



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES DE ACATLÁN
MAESTRÍA EN POLÍTICA CRIMINAL

**EL REALISMO DE DERECHA, TERRORISMO DE ESTADO Y
ESTADO DE EXCEPCIÓN EN MÉXICO. ANÁLISIS A LAS
REFORMAS PENALES CONSTITUCIONALES Y LEGALES
DE 2008-2009**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN POLÍTICA CRIMINAL

PRESENTA:

JUAN CARLOS HERNÁNDEZ CÁRDENAS

TUTOR:

DR. AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL



SANTA CRUZ ACATLÁN, ESTADO DE MÉXICO 2012



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional Autónoma de México la oportunidad de continuar en el incansable camino del conocimiento.

A mi actual casa de estudios: la Facultad de Estudios Superiores Acatlán y en particular al Posgrado en Derecho por la excelencia característica de su planta docente.

Al Doctor Augusto Sánchez Sandoval agradezco su tenacidad, motivación y formación para la realización del presente estudio.

A la Doctora Leticia García García, agradezco su amistad, consejos y enseñanzas, siempre como un aliciente en las etapas más difíciles.

Al Doctor Eduardo Rosales, estoy en infinita deuda por el aprendizaje metodológico reflejado a lo largo de la presente investigación.

Al Doctor Günther Aschemann, su visión y opiniones alejadas de la cuadratura jurídica fortalecen el contenido de esta investigación.

A la Maestra Anahí Rodríguez, las coincidencias y disidencias de las interminables pláticas que nutren el contenido de este trabajo.

A mi familia, son el pilar sobre el que descansa todo el esfuerzo para lograr la culminación de esta etapa.

Al licenciado Everardo Pérez, su amistad, apoyo y por ser un gran ser humano.

A mis amigos (Claudia Díaz, Alejandro Avilés, María de Jesús Aldana, Leticia Sarmiento, Idalit García y Grisel) en la lejanía los lazos nos refuerzan.

**Nadie combate la libertad;
a lo sumo combate la libertad de los demás.
La libertad ha existido siempre,
pero unas veces como privilegio de algunos,
otras veces como derecho de todos.**

Karl Marx.

**Desde el principio, la prisión debía ser un instrumento tan
perfeccionado como la escuela, el cuartel o el hospital
y actuar con precisión sobre los individuos.
Se constata que la prisión, lejos de transformar a los
criminales en gente honrada, no sirve más que para
fabricar nuevos criminales o para hundirlos
todavía más en la criminalidad.
Entonces, como siempre, en el mecanismo del poder
ha existido una utilización estratégica de
lo que era un inconveniente.
La prisión fabrica delincuentes, pero los delincuentes
a fin de cuentas son útiles en el dominio económico
y en el dominio político. Los delincuentes sirven.**

Michel Foucault

ÍNDICE

EL REALISMO DE DERECHA, TERRORISMO DE ESTADO Y ESTADO DE EXCEPCIÓN EN MÉXICO. ANÁLISIS A LAS REFORMAS PENALES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE 2008-2009

INTRODUCCIÓN	I
1. ESTADO, CONTROL SOCIAL Y DERECHO PENAL	1
1. Marco Conceptual.	1
1.1. El Estado.	1
1.2. La soberanía.	4
1.3. El poder.	10
1.3.1. Concepción jurídica y económica.	12
1.3.2. El poder como represión y guerra.	14
1.3.3. El poder político.	16
1.3.4. Derecho y poder.	19
1.4. Control social.	21
1.4.1. El control social formal.	22
1.4.2. El control social informal.	23
2. FASES DEL PODER PUNITIVO: DEL ESTADO ABSOLUTISTA AL NEOLIBERAL	26
2.1. El Estado absolutista: la venganza pública como expiacionismo y correccionalismo.	29
2.2. El Estado liberal y la retribución penal como contraprestación a la violación de la ley.	39
2.3. El Estado de bienestar y la readaptación del delincuente.	46
2.4. El Estado neoliberal: la neutralización del enemigo y la expropiación de sus bienes.	52
2.4.1. Realismo de derecha.	61
2.4.2. Terrorismo de Estado.	66
2.4.3. El estado de excepción.	76
3. EL PODER PUNITIVO EN MÉXICO: REALISMO DE DERECHA, TERRORISMO DE ESTADO Y ESTADO DE EXCEPCIÓN	83
3.1. La política criminal.	83
3.2. Política criminal internacional.	89

3.3. Política criminal en México.	91
3.3.1. Seguridad pública.	95
3.3.2. Seguridad nacional.	96
3.4. El Derecho Penal del enemigo.	102
3.4.1. Delincuencia organizada.	113
3.4.2. Factores económicos.	118
4. ANÁLISIS A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	
EN MATERIA PENAL	121
4.1. Instrumentación del Estado de excepción, terrorismo de Estado y realismo de derecha en la política criminal en México.	121
4.2. El Estado de excepción: paradigma de gobierno en México.	128
4.3. La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.	138
4.4. La reforma constitucional: la transgresión de la seguridad jurídica.	142
4.4.1. El arraigo: la presunción de culpabilidad.	143
4.4.2. Ley Federal de Extinción de Dominio y la expropiación de bienes.	148
4.5. Legislación secundaria y su adecuación a los principios del Estado posmoderno.	158
4.5.1. Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.	158
4.5.2. Testigos protegidos y recompensas.	166
4.5.3. Ley Federal de Telecomunicaciones y disposiciones relativas. El panóptico estatal.	173
CONCLUSIONES	184
REFERENCIAS DOCUMENTALES	193

INTRODUCCIÓN

a) Antecedentes.

El Estado moderno se ha legitimado desde su implementación en la supuesta condescendencia y consentimiento de las personas que se someten a su poder y jurisdicción. Así, a partir de la caída de los Estados absolutos, basados en la idea de un poder individual omnipresente y omnipotente se ha planteado la legitimación de éste en la participación colectiva de la población; específicamente, de los que tienen la calidad de ciudadanos en la constitución de su estructura y objetivos. Dicha participación se ha construido a partir de la conceptualización de la soberanía, con la cual se legitima su existencia y actuar.

El objetivo de seguridad que busca el Estado no puede entenderse sin la implementación de una estructura jurídico-política que le permita el ejercicio del poder sistemático. A través de la ficción de la soberanía, legitima su actuación basado en el discurso de atender la satisfacción del interés general, por lo que en su uso, organiza la forma de su reproducción y perpetuación del sistema por medio de subsistemas que permiten su auto sustentación y auto legitimación. Situación que ha hecho evolucionar al Estado nacional moderno en el Estado posmoderno.

La legitimidad del Estado se basaba en la ficción soberana y, por lo tanto, actuaba en torno a la conducción de un interés general de acuerdo al discurso declarado. Su función latente ha sido el obtener el sometimiento y la dominación de distintos sectores de la población a través del consenso y en caso de no obtenerlo así, hacer uso de la fuerza para obtenerlos. Sin embargo, la conservación del orden de la estructura estatal en sus cimientos era consecuencia de que su función latente permanecía en ese lugar de forma discreta y muy rara vez mostraba su función dominante.

En la posmodernidad, las circunstancias sociales han escapado de forma más abierta al control jurídico-político estatal, perdiendo su legitimidad consistente en el reconocimiento del derecho de gobernar, que a su vez justifica simultáneamente el poder político y la obediencia. La legitimidad no puede prescindir de la consideración de las normas, pues gobernar es un acto de derecho a condición de que aquellos que gobiernan y aquellos que obedecen se pongan de acuerdo sobre los valores que la política quiere promover.

El Estado posmoderno impone su legitimidad a través de la obediencia por medio de una excesiva juridización de las relaciones sociales, así como del uso coactivo del orden jurídico, el empleo de la violencia y el uso legítimo de la fuerza estatales para obtener las conductas que espera de determinados sectores del grupo social, se ha apoyado en el subsistema jurídico por excelencia: el Derecho Penal. El empleo del poder punitivo estatal es elemental para mantener su vigencia, objetivos y estructura en sus diferentes etapas, desde el absolutismo puro hasta el posmodernismo neoliberal.

De ahí, la necesidad de analizar la evolución del consenso que da origen al Estado y la posterior dominación consentida que éste ejerce sobre la sociedad. Atendiendo a las características particulares que han presentado en sus diferentes calificativos, llámense: absolutistas, despóticos, ilustrados, modernos, liberales, intervencionistas, de bienestar, neoliberales y posmodernos. Cómo el sustento de su actuar en fundamentos éticos y axiológicos, hoy pierden vigencia, desentrañando un realismo ya no dígase al menos contenedor de conflictos, sino generador de los mismos, en una abierta contienda de segregación, neutralización y hasta la eliminación del adversario y de la diversidad misma.

En la posmodernidad estatal prevalece el interés de conservar a toda costa un sistema ideológico y de producción económico, que a su vez genera condiciones de descrédito social. Un Estado que crea las condiciones propicias para infundir un miedo colectivo en lo social, con la finalidad perversa de justificar su intervención desmedida, violentando cualquier rastro de intimidad en aras de

una magnificada seguridad con el consecuente y paradójico trastoque y destrucción de un orden normativo para su autoconservación.

En este contexto, juega un papel determinante el poder político penal que, a través de la política pública, específicamente la política criminal, ha determinado quienes son los excluidos, los estigmatizados, los perseguidos, los indeseables y los sancionados, conforme a un discurso legitimador. Asimismo, la desfragmentación de la ficción jurídico-política de la soberanía y la inserción de los entes estatales en entes regionales, globales y mundiales de mercado, determinan las pautas a seguir en este sentido. Por ello, una política criminal estatal debe ser estudiada dentro de su interacción y sometimiento a los factores de dominación regional e internacional.

En el caso de México, la finalidad del tratamiento penitenciario ha evolucionado junto con la aplicación de un sistema ideológico-económico determinado. En la etapa de los llamados Estados de Bienestar, la estabilidad económica permitió que grupos sociales se organizaran, exigieran y obtuvieran el ejercicio de derechos sociales y reconocimiento de derechos humanos para la población, incluyendo la penitenciaria, atendiendo a la calidad humana de los individuos, sin importar su estatus jurídico, generando mejores condiciones de seguridad social en la población y la consiguiente baja en los niveles de criminalidad.

Con el fin de la guerra fría y la victoria del bloque occidental capitalista sobre el oriental socialista, las condiciones económicas globales fueron determinantes en la desaparición de los llamados Estados de Bienestar y la preferencia por la economía de libre mercado, con la no intervención estatal en la economía. Cambio que provocó una amplia privatización del sector público conforme al nuevo orden establecido, la consiguiente marginación y criminalización de los sectores excluidos de la actividad económica.

El retorno del liberalismo económico global en esta nueva faceta y la exclusión de un gran sector del grupo social de sus beneficios, origina mercados

informales que en su forma más primitiva no dejan de ser considerados ilícitos por los nuevos detentadores del poder punitivo, tolerados hasta cierto límite por tratarse de una válvula de escape a la organización jurídico, política y económica estatal que no puede incluirlas. No obstante, ciertas actividades y grupos organizados encuentran cauces para desarrollar actividades económicas al margen de la normatividad existente.

El Estado neoliberal posmoderno al verse afectado por una economía subterránea creada por el propio sistema de producción, trata de ampliar el alcance de la juridización de la interacción social y de sancionar aquellas circunstancias que considere ponen en riesgo los cimientos de la estructura económica. En términos de Marx, por medio de la superestructura y de sus instrumentos, la economía de mercado busca no sólo la contención sino la eliminación de dichas prácticas, legitimando su actuar en la legalidad de las disposiciones normativas y la consiguiente persecución de las actividades no autorizadas por los actores dominantes del sistema.

El poder económico del mercado ilegal de manera indirecta incrementa los niveles de inversión, ingreso y consumo de una nación, y en esta dinámica su poder se transmuta en poderes sociales, ideológicos, políticos, de violencia, de coacción y la transnacionalización de los mismos. El contexto coyuntural hace imposible que el Estado utilice de manera eficaz los instrumentos formales de control que tiene a su alcance; y en su propia dinámica los perfecciona y sofisticada, exaltando el valor seguridad sobre cualquier otro bien, en un supuesto objetivo de bienestar general.

El mercado ilegal es representado por el discurso del poder estatal en la delincuencia organizada. Hoy en día, el concepto de crimen organizado es atribuido a grandes grupos organizados, dedicados a actividades ilícitas, estructurados con la naturaleza y en ocasiones, también con apariencia de corporaciones de carácter lícito, pero a través de las cuales se realizan o se ocultan operaciones criminales. Esta forma corporativa, implica una estructura directiva, cuadros operativos, acervo tecnológico, ciclo de financiamientos,

relaciones con otras corporaciones criminales, programas de expansión, jefaturas de proyectos, desarrollo y entrenamiento de personal, actividades de reclutamiento, control interno, y en general todo aquello que puede tener cualquier corporación internacional lícita.

Sin lugar a dudas, la inclusión de la delincuencia organizada en una economía más globalizada le da la oportunidad de aprovechar sus recursos y posibilidades, con ello generan operaciones con productos de procedencia ilícita, su avance le permite reforzar la transnacionalización y desvalorizar la fortaleza de las fronteras. En los últimos años, se ha convertido de un problema local a uno de los más graves a nivel internacional, por las transformaciones que ha tenido, como mayor organización; el uso de violencia para la comisión de cierto tipo de delitos; internacionalización o globalización de la delincuencia y; el incremento de su tecnología, posibilitada por su poderío económico.

La problemática del poder estatal es la afectación directa a la economía formal de grandes capitales del sistema neoliberal, ya que, las ganancias que obtiene la delincuencia organizada se generan al margen del control del sistema político económico y jurídico vigente. Por tal motivo, el gobierno del Estado actúa dentro de sus facultades para implementar una política criminal con el discurso de que la delincuencia organizada no es sólo un problema que afecte intereses individuales o generales, sino que pone en riesgo la propia seguridad de la nación y la vigencia del Estado de Derecho; ya que, por sus características se encuentra en ventaja frente a los tradicionales medios de control estatal.

b) Planteamiento del problema.

Lo anterior ha servido en México para justificar la adopción de medidas político-criminales que desde el punto de vista del gobierno y sus instituciones resultan más eficaces frente a dicha problemática, entre las cuales están: detención por simple sospecha; plazos de detención más amplios ante el Ministerio Público (arraigo); expropiación de bienes por medio de la figura de extinción de dominio (sin necesidad de que haya sentencia condenatoria previa

para su ejecución); recompensas por colaboración y beneficios de reducción de penas a miembros de la delincuencia organizada; investigación e invasión electrónica de la privacidad; la extradición funcional de personas de acuerdo a las necesidades del poder; militarización de las labores de seguridad pública y la correspondiente violación de derechos fundamentales.

Estas acciones aunque en el discurso oficial del gobierno mexicano señale su realización con respeto a los derechos humanos, en la práctica son acciones contrarias a los mismos, sólo que con el amparo de la ley para realizarlas. Esta intervención punitiva implica un grave retroceso del Derecho Penal democrático y el consiguiente establecimiento del Derecho Penal de excepción, cuya excepcionalidad se convierte en permanencia, lesionando, y eliminando derechos constitucionales e internacionales y potenciando la corrupción de las instituciones del sistema penal.

La problemática consiste en la instauración del realismo político en el contenido pragmático de la política criminal, carente de sentido ético, desencarna su cinismo en la proliferación de ordenamientos jurídico-penales ávidos de obtener el sometimiento de coyunturas cíclicas de tipo social al control social estatal e internacional. Con la imposición de disposiciones de carácter internacional como la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se busca que los Estados nacionales adopten medidas que permitan la ampliación del mercado transnacional, bajo el paradigma de la seguridad pública y nacional.

La incorporación de un mayor número de actividades bajo el cobijo de la protección de la seguridad nacional, significa un amplio abanico de posibilidades de regulación y sanción excesiva de comportamientos sociales. La instrumentación en los ordenamientos locales nacionales ha generado la confrontación directa con derechos fundamentales contenidos en el ordenamiento constitucional, el poder político lo ha solucionado por medio de modificaciones a

los ordenamientos que significan un obstáculo a su aplicación y la creación de ordenamientos *ex profeso* que permitan su aplicabilidad integral.

En México, en junio de 2008 con las reformas constitucionales y, en enero y febrero de 2009, con las reformas y expedición de los ordenamientos legales, se materializó jurídicamente lo que hasta aquí se ha señalado. Se instrumenta el estado de excepción permanente y el Derecho Penal de excepción, con la consecuente restricción de los derechos fundamentales al aplicar una política represiva a la totalidad de la población, queda al arbitrio de la autoridad la selección de delincuentes comunes y organizados, peligrosos y tolerados, su trato diferenciado auspiciado por una economía de mercado que busca desaparecer la competencia del mercado informal.

La política criminal estatal en México deja abierta la posibilidad de criminalizar la manifestación de disconformidad con el sistema económico y político; así como cualquier demanda social. El Estado puede responder con políticas represivas, control estricto y negación de derechos individuales bajo el cobijo de instrumentos legales, es decir, ahora el derecho es inutilizado por el propio derecho, a través de la emergencia y de la necesidad inferida por el poder estatal y por los actores del mercado, para su permanencia e imposición como sector dominante, sin reparar en las funestas consecuencias de alteración del orden social por el establecimiento de uno nuevo acorde con las exigencias capitalistas.

El aumento de la inseguridad pública en la sociedad encuentra la panacea en penas intimidantes y creación de leyes privativas (como la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada); lo que en realidad se oculta es la incapacidad del gobierno de cumplir su obligación de proporcionar seguridad, su complicidad en las estructuras del crimen organizado y, sobre todo, la instauración de un Estado totalitario al arbitrio de las estructuras reales de poder en menoscabo de los derechos fundamentales de las personas.

La importancia y vigencia de la presente investigación consiste en la realización de un esfuerzo de análisis integral de la política criminal de Estado violatoria de derechos fundamentales en México, sustentada por el discurso oficial gubernamental basado en la supremacía del orden público sobre cualquier otro bien jurídico; para tal fin, implementa leyes privativas, así como acciones amparadas en el ordenamiento jurídico que sirven a tales propósitos. El poder del Estado aprovecha la coyuntura político-económica para establecer un rígido control social, con el propósito de segregar, excluir e inclusive desaparecer del escenario a cualquier actor que considere pone en peligro al sistema político y económico establecido.

c) Objetivos.

La presente investigación pretende contribuir al análisis de la política criminal implementada a partir de la última década del siglo XX y la primera del XXI en México a nivel federal, periodo en el cual se produce una profunda transformación en sus contenidos, objetivos y métodos. El Estado Mexicano públicamente se declara un Estado Social Democrático de Derecho en el que supuestamente existen una serie de derechos fundamentales que son garantizados por el Estado; sin embargo, a pesar de lo bien intencionado del discurso oficial, la realidad en la política criminal en México se encuentra fuertemente permeada de elementos contrarios al fin declarado.

El control social informal se aplica en un primer momento, a través de la difusión, infusión y exaltación en el imaginario colectivo de situaciones de emergencia que escapan a los medios legítimos y legales existentes para hacerles frente; así, el poder del Estado mexicano justifica y a la vez legitima su actuación de carácter excepcional por tratarse de una situación de la misma envergadura y, una vez hecho, creó todo un marco normativo *ad hoc* para dar juridicidad, formalidad y robustecer la situación de facto, que lo acerca más a un Estado Policía que Social de Derecho.

En el capítulo primero se propone analizar la constitución del Estado; para tal fin, se estudia la fundamentación y legitimación en la que se sustenta, así como el constructo de la soberanía que le permite ejercer el poder a través del consenso y la dominación. El uso que realiza el poder político del Derecho, como instrumento de dominación, a través de la normalización de las conductas sociales para la autoreproducción del sistema ideológico-económico de producción, empleando los aparatos ideológicos y represivos con los que cuenta el Estado, traducido en controles sociales.

Estos controles sociales permiten que el Estado por medio de la ideología establezca una construcción particular de la realidad, con la cual crea en el imaginario colectivo una exaltación de situaciones de riesgo y así, poder intervenir mediante el uso de la fuerza legítima e ilegítima para reprimir las situaciones que ponen en riesgo la aparente bondad del sistema estatal.

En el capítulo segundo se propone analizar el poder punitivo estatal en los diferentes tipos de Estado; para tal fin, se estudia la evolución del consenso que le da origen y la posterior dominación consentida que éste ejerce sobre la sociedad. Atendiendo a las características particulares que han presentado en sus diferentes calificativos, llámense: absolutistas, despóticos, ilustrados, modernos, liberales, intervencionistas, de bienestar, neoliberales y posmodernos, los cuales han empleado el sistema jurídico-político-penal para su permanencia y vigencia.

Asimismo, analizar cómo el sustento de su actuar en fundamentos éticos y axiológicos, hoy pierden vigencia, desentrañando un realismo político ya no dígase al menos contenedor de conflictos, sino generador de los mismos, en una abierta contienda de segregación, neutralización y hasta la eliminación del adversario y de la diversidad misma.

En el tercer apartado se pretende analizar el contexto en que se desenvuelve la aplicación de una política criminal específica, atendiendo a los factores reales de poder tanto locales como transnacionales. La evolución en las características y finalidades de la aplicación punitiva estatal en México en sus diferentes etapas

como Estado hasta su aplicación actual en torno a la aplicación de un sistema formal y uno excepcional, los cuales se fusionan en uno sólo, de acuerdo al tipo de destinatario que se traten.

Un sistema penal emergente propio de un estado de excepción como lo señala Giorgio Agamben, en donde se implementa un sistema penal paralelo, llamado por Günther Jakobs “Derecho Penal del Enemigo” y un Terrorismo de Estado que difunde e infiere condiciones de miedo en la población para legitimar y justificar la actuación estatal de emergencia, en aras de su autopreservación busca la segregación, neutralización e incluso la eliminación de aquellos indeseables del sistema.

Por último, en el capítulo cuarto realizamos un análisis crítico del sistema penal de excepción en México, que de la aplicación del poder de facto, se estructuró una normatividad jurídica para dotarle de validez, de igual forma se eliminaron las posibilidades de defensa efectiva ante las arbitrariedades estatales que acarrea el sistema en cuestión.

El estudio, análisis y crítica de la implementación del sistema jurídico paralelo penal en México es de suma importancia en virtud de que en él se posibilita la intervención estatal en un gran número de actividades cotidianas de la población aduciendo paradójicamente que la restricción de las libertades se hace en función de su preservación, justificando la aparición de un Estado policía que se enmascara en la idea de la democracia occidental de un Estado Democrático de Derecho.

1. ESTADO, CONTROL SOCIAL Y DERECHO PENAL.

1. Marco Conceptual.

1.1. El Estado.

El Estado como el derecho, proviene de la actividad humana en el ámbito sociológico, contiene cualidades específicas y características esenciales análogas o diferentes a otras instituciones políticas semejantes. El Estado es concebido principalmente como un órgano de producción jurídica, y en su conjunto como un ordenamiento jurídico.

Jellinek sostuvo la necesidad de distinguir el punto de vista jurídico del sociológico respecto de la concepción del Estado, con el que afirmó que *“la doctrina social del Estado tiene por contenido la existencia objetiva, histórica y natural del Estado, mientras que la doctrina jurídica se ocupa de las normas jurídicas que en aquella existencia real deben manifestarse”*.¹

Dicha contraposición se basa en la esfera del “ser” y del “deber ser”, en donde igualmente se puede hablar de una validez ideal para los juristas y una validez empírica de las normas, de la que se ocupan los sociólogos. En las relaciones sociales la situación del Estado es considerada como una relación política, es decir, una relación específica entre dos sujetos de los cuales uno tiene el derecho de mandar, otro el deber de obedecer.

Al final de la Edad Media los escritos políticos se basan en tratar el problema del Estado principalmente desde el punto de vista de los gobernantes, en los cuales sólo se refieren a uno solo de los dos sujetos de la relación, al que está arriba y que de tal manera se convierte en el verdadero sujeto activo de la relación, el otro es tratado (gobernados) como el sujeto pasivo.

En la época moderna se da un cambio con la introducción de la doctrina de los derechos naturales, que son inherentes al individuo, por lo tanto la sociedad política comienza a ser entendida como un producto voluntario de los individuos que deciden con un acuerdo recíproco vivir en sociedad e instituir un gobierno.

¹ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, Trad, José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 73.

Bobbio señala que *“la palabra “Estado” se impuso por la difusión y prestigio del Príncipe de Maquiavelo”*², lo cual no significa que antes no se conociera el término, sino que fue debido a la gran aceptación de la obra en mención que dio pauta a que el concepto fuera aceptado como paso del significado común del término *status* de “situación” a “Estado” en el sentido moderno de la palabra; dicho término sustituyó paulatinamente los términos tradicionales con los que se había designado *“la máxima organización de un grupo de individuos sobre un territorio en virtud de un poder de mando”*³.

La formación histórica del Estado se ha dado a través de un proceso de concentración del poder de mando en un territorio determinado, que se da a través de la monopolización de ciertos servicios esenciales necesarios para el mantenimiento del orden tanto interno como externo, los cuales en la evolución del Estado han sido delegados a través de diferentes figuras a poderes fácticos, con la consiguiente disminución de poder formal estatal.

Max Weber lo señala como un proceso de expropiación por el poder público de los medios de servicio y de producción, en la concepción weberiana del Estado moderno definido *“mediante los dos elementos constitutivos de la presencia de un aparato administrativo que tiene la función de ocuparse de la prestación de los servicios públicos, y del monopolio legítimo de la fuerza”*.⁴

El Estado, de acuerdo a las teorías sobre el mismo, señalan por un lado la continuidad de su existencia, es decir, que el Estado como tal ha existido desde tiempos remotos y, por el otro, aquellas que señalan que su aparición se desenvuelve en la época moderna.

Conforme al primer grupo, el Estado entendido como un ordenamiento político de una comunidad, nace de la disolución de la comunidad primitiva (que se basaba en vínculos de parentesco), y la consiguiente unión de muchos grupos familiares que se da principalmente por razones de sobrevivencia interna (medios de sustentación) y externa (medios de defensa frente a otros grupos).

² *Ibidem*, p. 86

³ *Idem*.

⁴ *Ibidem*, p. 91.

Sobre la aparición del Estado en la época moderna, Friedrich Engels señala que el punto de partida de la aparición del Estado es la propiedad; en las comunidades primitivas la propiedad se regía por la propiedad colectiva, mientras que con el nacimiento de la propiedad privada se da la división del trabajo, y a la vez ésta acarrea que la sociedad se divida en clases, la de aquéllos que detentan la propiedad y la de los que están desposeídos de la misma; con ello surge el poder político en donde el Estado cumple una función esencial de mantener el dominio de una clase sobre la otra, mediante el uso en caso necesario de la fuerza.

La evolución del Estado y de las funciones que lleva a cabo, desarrolla su connotación jurídica y su significado en la época moderna, entendido como *“una persona moral neutra por encima de las formas de gobierno coyunturales que en él se encuentren vigentes”*,⁵ y en una concepción política como *“un instrumento de dominación en el que reside el monopolio legítimo de la coerción”*⁶.

Actualmente, el Estado según Bobbio puede ser estudiado desde la visión de dos disciplinas didácticamente diferentes: la filosofía política y la ciencia política. Sin embargo, la concepción de Estado puede ser estudiada desde la sociología para determinar la influencia que los grupos ejercen sobre él; desde el punto de vista jurídico como la manifestación de las normas jurídicas en su ejercicio; y el económico, en relación a los factores de producción determinantes de las relaciones económicas que se dan dentro de él. Dichas disciplinas en realidad se acercan más a la forma en que se da el ejercicio del poder por el Estado hacia sus destinatarios, que a su conceptualización.

Algunas concepciones que se tienen del Estado dentro del ámbito ya no estrictamente jurídico sino de la sociología jurídica son como una *“ficción resultado del discurso jurídico”*⁷, y también quienes no la perciben como una mera ficción sino *“como una institución histórica con personalidad jurídica”*⁸.

⁵ García García, Guadalupe Leticia, *Derecho ejecutivo penal*, México, Porrúa, 2005, p. 4.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Correas, Óscar, “El pluralismo jurídico, un desafío al estado contemporáneo”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 168, México, UNAM, abril-junio de 1997, p. 96.

⁸ Cárdenas Gracia, Jaime F, *Redefinición institucional y Estado de derecho*, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1998, pp. 146 a 148.

Finalmente, podemos definir al Estado desde sus aspectos sociales, económicos y políticos analizados hasta aquí como *“una unidad social organizada política y jurídicamente, la cual, asentada en un lugar determinado, cuenta con un gobierno que ejerce el poder de mando a través del control social en todas sus formas y manifestaciones.”*⁹

1.2. La soberanía.

En la concepción jurídica y política del Estado, éste no puede entenderse sin un elemento esencial que le da fundamento a su poder de mando y decisión, es decir, la soberanía da fundamento jurídico y político a su existencia.

La soberanía estudiada por los juristas tiene la esencia de ser fuente del poder en el que se basan los actos de gobierno de un Estado, los cuales se encuentran debidamente legitimados en la potestad suprema con la que cuenta.

A través de la historia ha cambiado en quién o en quiénes recae la soberanía, de la cual depende el tipo de Estado que se pretende constituir y declarar formalmente.

En el Estado mexicano, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que la soberanía es de origen popular de acuerdo al artículo 39 constitucional que dispone:

“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo el tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”

El texto constitucional sólo señala en quién reside la soberanía, más no proporciona una definición de la misma; por ello es importante conocer su alcance y significado.

El concepto de soberanía aparece hasta el siglo XVI en los Seis Libros de la República de Jean Bodin, su aportación consiste en que conceptuó a la soberanía como cualidad esencial de un Estado. Para él *“sólo es República la que tiene un poder soberano. A su juicio la soberanía es una fuerza legalmente suprema y perpetua, que asegura la unidad del estado y permite que éste prevalezca como*

⁹ García García, Guadalupe Leticia, *Op cit*, p. XI.

un cuerpo político independiente”¹⁰

La principal función de la soberanía es “*expedir y derogar leyes*”¹¹ en una República la cual es “*la comunidad humana cuyo poder temporal es independiente del espiritual y de todos los poderes humanos*”¹²

En la época de la Edad Media se consideró que la soberanía provenía del poder de Dios, cuyo titular indirecto es el pueblo, en donde se contraponía el poder divino al de la soberanía popular. Al final de la Baja Edad Media y tras la desaparición del feudalismo, dichas teorías dieron sustento al origen divino del poder real y a la aparición de la monarquía absoluta, cuyo depositario no era la institución real, sino él o los monarcas como personas individuales.

Anterior a la etapa de la Revolución Francesa, pensadores como Thomas Hobbes y John Locke, establecieron los antecedentes del origen contractual del Estado. El primero de ellos, abordó la soberanía desde la constitución del Estado, a través de su composición real, de su comunidad política y de su naturaleza humana, señalaba que el hombre en su estado natural es egoísta y está en constante lucha con los demás, resumiéndolo en la frase “el hombre, es el lobo del hombre”, por lo que ante este estado de supervivencia del más fuerte, es necesario el establecimiento del Estado, cuyo titular tiene un poder soberano absoluto con la finalidad de asegurar la paz y la defensa comunes.

John Locke coincidió con Hobbes en el estado de naturaleza del hombre, pero no llegó al extremo de considerarlo su propio depredador, sino fundamentó el origen del Estado en el consenso, es decir, ya que las necesidades del hombre no podían ser satisfechas en un estado natural, es necesario crear un grupo con el acuerdo de todos, formando así una comunidad cuya finalidad sería buscar la satisfacción a las necesidades generales de dicha comunidad.

Rousseau, quien ha sido considerado como el mayor exponente del contractualismo del origen del Estado, consciente de que la soberanía residida en el pueblo por cada uno de los integrantes que lo componen es imposible ejercerla por la masa popular, señala que los hombres con tal de alcanzar la satisfacción de

¹⁰ Heller, Hermann, *La soberanía*, 2ª ed, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1992, p, 81.

¹¹ *Ibidem*, p. 127.

¹² De la Cueva, Mario, *Estudio preliminar*. En Heller, Hermann, *Op cit*, pp, 14-15.

sus necesidades, ceden parte de su libertad, en afán de la construcción de una comunidad política mediante un pacto que crea al Estado, quién estará encargado de la búsqueda de los medios para la satisfacción de dichas necesidades, ejerciendo de esta forma la soberanía, pero residiendo originariamente en el pueblo, quién será en conjunto el que decida la permanencia o la salida de las personas encargadas de la administración pública.

Etimológicamente, la palabra en cuestión significa *“cualidad de soberano”*, así como *“autoridad suprema del poder público”*, *“alteza o excelencia no superada en cualquier orden inmaterial”*. La soberanía nacional es entendida como *“la que reside en el pueblo y se ejerce por medio de sus órganos constitucionales representativos”*¹³.

En su connotación jurídica, Juan Palomar de Miguel la define como *“autoridad suprema del poder público. Conjunto de los poderes ejercidos por el Estado sobre los propios ciudadanos, y excepcionalmente sobre los extranjeros.”*¹⁴

Rafael de Pina la define como la *“calidad de soberano que se atribuye al Estado como órgano supremo e independiente de autoridad, y de acuerdo con lo cual es reconocido como institución que dentro de la esfera de su competencia no tiene superior.”*¹⁵

Jorge Carpizo la define como *“la instancia última de decisión. La soberanía es la libre determinación del orden jurídico...”*¹⁶

Ignacio Burgoa atendiendo a su esencia de poder la define como un *“atributo del poder del Estado, de esa actuación suprema desarrollada dentro de la sociedad humana que supedita todo lo que en ella existe, que subordina todos los demás poderes y actividades que se despliegan en su seno por los diversos entes individuales, sociales, jurídicos, particulares o públicos que componen a la colectividad o se encuentran dentro de ella.”*¹⁷

Andrés Serra Rojas define la soberanía como *“la capacidad que tiene un*

¹³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia, 21ª. ed, España, Espasa, 2001, p.1409.

¹⁴ Palomar De Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo ediciones, 1981, p. 1259.

¹⁵ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de derecho*, 19ª. ed., México, Porrúa, 1993, p. 457.

¹⁶ Carpizo Mc-Gregor, Jorge, *Soberanía. En Enciclopedia Jurídica Mexicana.*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Porrúa, 2002, t. VI p. 465.

¹⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, 7ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 411.

*Estado para determinarse a sí mismo y para contraer compromisos y obligarse sin necesidad de contar con la aprobación de ningún otro poder mayor, igual o menor que el suyo.*¹⁸

En una conceptualización de carácter político, Dieter Nohlen la “*concibe en la Ciencia Política, la Teoría del Estado y el Derecho Internacional como la pretensión de dominación que constituye al Estado moderno hacia dentro y hacia fuera, así como una de las fundamentaciones esenciales para su monopolio en la dominación.*”¹⁹

Carlos Arellano se aproxima después de un análisis, a un concepto de soberanía como “*la aptitud que tiene el estado para crear normas jurídicas, en lo interno, con, contra o sin la voluntad de los obligados; en lo internacional, dándole relevancia a su voluntad para la creación de las normas jurídicas internacionales, expresamente a través de los tratados internacionales y tácitamente a través de la costumbre internacional.*”²⁰

A pesar de lo completo que pudiera parecer la definición anterior, sólo se enfoca al aspecto jurídico, siendo que el concepto de soberanía antes que jurídico se basa en un origen anterior, es decir, en el poder.

Norberto Bobbio nos proporciona una primera aproximación al concepto, no sólo de carácter jurídico, atendiendo a su naturaleza:

*“en sentido amplio el concepto político-jurídico de soberanía sirve para indicar el poder de mando en última instancia en una sociedad política y, por consiguiente, para diferenciar a ésta de las otras asociaciones humanas, en cuya organización no existe tal poder supremo, exclusivo y no derivado. Por lo tanto tal concepto está estrechamente vinculado al de poder político: en efecto, la soberanía pretende ser una racionalización jurídica del poder, en el sentido de transformar la fuerza en poder legítimo, el poder de hecho en poder de derecho.”*²¹

Recordemos que todo problema jurídico como lo señala Heller “*tiene sus raíces, de un lado, en la sociología y del otro, mirando hacia arriba, en la esfera de*

¹⁸ Serra Rojas, Andrés, *Diccionario de ciencia política*, 2ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1999, p. 1175.

¹⁹ Nohlen, Dieter, *Diccionario de ciencia política. Teorías, métodos y conceptos*, México, Porrúa, 2006, p. 1268.

²⁰ Arellano García, Carlos, *Primer curso de derecho internacional público*, 4ª. ed., México, Porrúa, 1999, p. 173.

²¹ Bobbio, Norberto, *et al.*, *Diccionario de política*, 3ª ed. México, Siglo XXI, 1985, V. II, pp. 1534-1535.

*lo ético-político.*²² Por lo que el problema de conceptualizar la soberanía, entender su naturaleza y finalidad, está definida en su propia naturaleza, es decir, el poder, que significa

*“encontrar obediencia, pero encontrarla sin consideración a si la persona que obedece acepta en su fuero interno el mandamiento o lo rechaza y, sobre todo, la obediencia ha de ser independiente de los intereses que representa la persona a quien va dirigido el mandamiento. Está fuera de duda que el poder conduce a la autonomía del que manda, pero también es evidente que la docilidad de quien obedece descansa en la confianza de que serán protegidos sus intereses y, generalmente, es provocada por el entusiasmo.”*²³

El poder en esencia sólo puede ser ejercido sobre quienes están obligados o constreñidos a la obediencia, este mismo es el fundamento de la soberanía, al ser su naturaleza de poder último, sobre el que otro poder ya no ejerce su mando.

Lo anterior, nos conduce a un concepto que abarca la connotación política y de poder de la soberanía, entendida como *“la cualidad de la independencia absoluta de una unidad de voluntad frente a cualquiera otra voluntad decisoria universal efectiva. Este concepto, en su aspecto positivo, significa que la unidad de voluntad a la que corresponde la soberanía es la unidad decisoria universal suprema dentro del orden de poder de que se trate.”*²⁴

Así, la soberanía es un elemento fundamental del Estado el cual lo ha legitimado en las diferentes épocas y características que ha tenido.

La cuestión de la soberanía es entendida como una cuestión de legitimidad, en el sentido de que quien domina busca un sustento adecuado para mantenerse en una posición privilegiada frente a los demás, para lo cual necesita de un fundamento sólido que frente a los dominados tenga la apariencia de natural e incuestionable, es decir, la soberanía permite mantener el poder de forma oculta, de acuerdo a la concepción clásica para permanecer y perpetuar su detentación por aquél o aquéllos que estarán a cargo de la dirección de una comunidad humana específica; sin embargo, como lo señala Foucault el poder no se trata de un bien tangible que pueda ser retenido o detentado por alguien o algunos en

²² Heller, Hermann, *Op cit*, p. 111.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 197.

particular y la carencia de los demás del mismo, se trata de una cuestión de ejercicio, es decir, el poder no se detenta sino que se ejerce a través de discursos de verdad es decir, *“el poder nos obliga a producir la verdad, dado que la exige y la necesita para funcionar, tenemos que decir la verdad, estamos forzados, condenados a confesar la verdad o a encontrarla”*²⁵ El poder no puede ser ejercido de manera directa si se quiere perpetuar su ejercicio durante un prolongado periodo de tiempo, así, es necesaria la elaboración de discursos que permitan cubrir los efectos del ejercicio del poder en verdades, conseguir el sometimiento a la verdad o a verdades por medio de un discurso verdadero que es elaborado por quien decide y ejerce el poder.

Es en función de discursos verdaderos que se consiguen efectos específicos de poder, dentro de estos discursos se encuentra el Derecho, el cual busca a través del consenso el sometimiento de los individuos a sus reglas que aparecen como discursos de verdad legitimados.

La soberanía señala Foucault aparece en torno al poder real para servirle de instrumento y justificación *“se trataba del poder real de dos maneras: ya fuera para mostrar en qué basamento jurídico se investía ese poder...ya fuera, al contrario, para demostrar cómo había que limitar ese poder del soberano, a qué reglas de derecho debía someterse, según y dentro de qué límites tenía que ejercer su poder para que éste conservase su legitimidad”*²⁶

En consecuencia, la función esencial del Derecho en las sociedades occidentales se orientó a través de sus discursos y técnicas a disolver la existencia de la dominación por medio de su reducción y encubrimiento; así como hacer indiscutible los derechos legítimos de la soberanía y la obligación legal de la obediencia. *“El derecho es, de una manera general, el instrumento de esa dominación”*²⁷, en la cual Foucault enfatiza que no hay que entender la dominación de un grupo o individuo sobre otro u otros, sino a *“múltiples formas de dominación que pueden ejercerse dentro de la sociedad,... no al rey en su posición central, sino a los súbditos en sus relaciones recíprocas, no a la soberanía en su edificio*

²⁵ Foucault, Michel, *Defender la sociedad*, 2ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 34.

²⁶ *Ibidem*, p. 35.

²⁷ *Ibidem*, p. 36.

*único, sino a los múltiples sometimientos que se producen y funcionan dentro del cuerpo social.*²⁸

Siguiendo a Foucault, el Derecho aparece como instrumento legitimador de la imposición de ciertas regulaciones de conductas sociales; sin embargo, el trasfondo es encubrir las relaciones de dominación existentes en la sociedad y el establecimiento de los mecanismos de sometimiento, esto es posible a través de la ficción de la soberanía con la cual el Derecho encubre la cuestión central de sometimiento y dominación social.

La concepción jurídico-política de la soberanía ha permitido al grupo dominante imponer un discurso verdadero, con el cual crea el edificio jurídico que permite legitimar el orden social vigente en una sociedad determinada y así, tener un ejercicio del poder justificado en una contractualidad original para el establecimiento del orden estatal consentido por quienes son sujetos al mismo, cuando la realidad es el establecimiento de un orden social basado en el sometimiento y la dominación, enmascarado en el discurso del *ser* sujeto de derechos y obligaciones.

1.3. El poder.

El concepto de poder se caracteriza por ser una relación social que en inicio compromete a dos sujetos, en la cual uno de ellos logra obtener del otro una obediencia forzada o consentida, mediante la amenaza que puede ser legítima o no con causarle un daño físico o en sus bienes.

La definición clásica de poder de Weber se refiere a la “*determinación de la conducta de otros*”²⁹, para poder determinar dicha conducta, es decir, para el ejercicio del poder no solamente se puede hablar de sometimiento por medio de la fuerza o la violencia, sino que el sujeto sobre el cual se ejerce el poder puede aceptar la conducta que se le impone sin necesidad de forzarla. Es decir para la eficiencia del ejercicio del poder se pueden *inducir* conductas y no sólo *forzarlas*, es a lo que Gramsci llama “*consenso y dominación*”³⁰.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Correas, Óscar, *Introducción a la sociología jurídica*, México, Fontamara, 1999, p. 203.

³⁰ *Ibidem*, p. 204.

El Estado y la política están estrechamente vinculados en cuanto a su referencia al fenómeno del poder. En la filosofía política el problema del poder es estudiado desde tres aspectos, en donde se pueden distinguir tres teorías fundamentales del poder: sustancialista, subjetivista y relacional.

La sustancialista es interpretada por Thomas Hobbes según la cual el poder de un hombre “*son los medios que tiene en el presente para obtener algún aparente bien en el futuro. Estos medios pueden ser dotes naturales, como la fuerza y la inteligencia, o bien se pueden adquirir, como la riqueza*”³¹, este significado del poder puede ser entendido como algo que sirve para alcanzar lo que es objeto de nuestro deseo. Para Bertrand Russell el poder puede adoptar dos formas: “*el poder físico, el cual puede visualizarse concretamente en el poder militar; y el psicológico, que se basa en amenazas de castigos o promesas de recompensas*”³², el cual se ejerce mediante la persuasión o la disuasión, y se materializa en las sociedades modernas mediante la educación.

La subjetivista es interpretada por John Locke, quien entiende el poder como una capacidad, es decir, “*la capacidad de un sujeto de obtener determinados efectos*”³³, en su época lo relacionaba en torno al soberano, quien tiene el poder de hacer leyes y al hacerlas influye en la conducta de los súbditos. En la actualidad se relaciona con lo que en el ámbito jurídico se conoce como derecho subjetivo, en el que el ordenamiento jurídico le dota al sujeto de la capacidad de optar por la obtención de ciertos efectos con su actuar, entendido como una facultad y no como obligación.

La relacional es la que aparece en la política contemporánea, en donde el poder se entiende como una relación entre dos sujetos de los cuales uno de ellos obtiene del otro un comportamiento que éste de otra manera no hubiera realizado.

El poder representa una relación entre dos o más individuos o grupos, uno de los cuales posee efectivamente una capacidad o fuerza para influir sobre el otro. A través de la historia la dominación absoluta constituye la excepción, las sociedades han preferido el consenso a la violencia, la forma originaria de poder

³¹ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad, Op cit*, p. 103.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*, p. 104.

social ha sido la autoridad, y está legitimada por creencias y mitos religiosos, donde hay poca posibilidad de coacción.

El poder no se caracteriza por ser un bien que pueda ser detentado por alguien o algún grupo en particular; en realidad la cuestión en torno al poder es el cómo de su ejercicio, se trata de su funcionalidad, es decir *“el poder... debe analizarse como algo que circula,... nunca se localiza aquí o allá... el poder funciona... los individuos... están siempre en situación de sufrirlo y también de ejercerlo.”*³⁴

Por lo tanto, el poder puede ser ejercido por cualquier individuo al ser éste producto de aquél, *“uno de los efectos primeros del poder es precisamente hacer que un cuerpo, unos gestos, unos discursos, unos deseos, se identifiquen y constituyan como individuos”*³⁵. No obstante, el poder al encontrarse en cada uno de los individuos en su ejercicio y sometimiento, en las distintas sociedades la repartición histórica del mismo es lo que permite la imposición de una ideología dominante, la cual buscará por diferentes instrumentos político-jurídicos su permanencia y desarrollo.

1.3.1. Concepción jurídica y económica.

Dentro de los efectos de poder se encuentra el establecimiento e imposición de un orden normativo que cumpla ciertas formalidades con las cuales se le dota de validez y de una legitimidad originaria, es así como el poder tiene como efecto concreto el desarrollo de un sistema ideológico-económico de producción que estará resguardado por la regulación jurídica.

En la concepción marxista del poder se encuentra el efecto de la funcionalidad económica, esto es el *economicismo* en la teoría del poder. Se señaló que en la concepción de la teoría jurídica clásica el poder es considerado como un derecho que es susceptible de ser poseído, como si se tratase de un bien y, por lo tanto, puede ser objeto de transferencia o enajenación a través de un acto jurídico creador de derecho. En cambio, en la concepción marxista del poder se

³⁴ Foucault, Michel, *Op cit*, p. 38.

³⁵ *Idem*.

encuentra la llamada *funcionalidad económica del poder* “en la medida en que el papel del poder consistiría en esencia, en mantener relaciones de producción y... prorrogar una dominación de clase que el desarrollo y las modalidades características de las fuerzas productivas hicieron posibles”³⁶

El poder político basado en la concepción de la funcionalidad económica del poder se encuentra basado en el desarrollo de condiciones propicias para la continuidad y permanencia de un sistema económico de producción en una sociedad determinada, es decir, mantenimiento y prórroga de las relaciones económicas imperantes.

Así entendido, el poder tiene como característica esencial la represión, en virtud de que gracias a su ejercicio es que se posibilita la existencia de un orden jurídico, político y económico; el poder “es la guerra, es la guerra proseguida por otros medios”,³⁷ con esta aseveración Foucault invierte la conocida formulación del principio de Clausewitz según la cual la guerra no es más que *la continuación de la política por otros medios*.

Por lo tanto, las relaciones de poder en su concepción jurídica tienen como finalidad el establecer a fondo y perpetuar cierta relación de fuerza establecida en un momento dado en la guerra; mediante una aparente paz en la sociedad los efectos de aquélla se mantienen vigentes a través del poder político, haciendo uso de la institucionalización de coyunturas de relaciones de fuerza permite la perpetuación de las condiciones de desigualdad económica en la sociedad apoyado en el orden jurídico.

El poder en términos económicos prórroga el desequilibrio de fuerzas por medio de sus mecanismos, dichos mecanismos de poder “en un momento dado, en una coyuntura precisa y mediante una serie de transformaciones, comenzaron a volverse económicamente rentables y políticamente útiles”³⁸. La rentabilidad económica del ejercicio del poder origina nuevos mercados en los que existe la necesidad de aplicación de controles sociales traducidos en la elaboración y aplicación de una política criminal determinada que perseguirá y sancionará a

³⁶ *Ibidem*, p. 27.

³⁷ *Ibidem*, p. 28.

³⁸ *Ibidem*, p. 40.

aquéllos que resulten indeseables e incómodos al sistema ideológico-económico de producción.

1.3.2. El poder como represión y guerra.

*“La guerra es un acto de violencia destinado a obligar al adversario a hacer nuestra voluntad”.*³⁹ La guerra constituye un acto social, al suponer una pluralidad de voluntades encontradas y enfrentadas, esto se refiere a colectividades organizadas políticamente. Cada una de éstas desea imponerse a la otra, para tener hegemonía y por lo tanto control de actuación. Este sometimiento se da por medio de la violencia cuya finalidad es la imposición de la voluntad.

La guerra ciertamente es claramente visualizada como un acto de violencia; sin embargo, esta violencia no es medible para conocer sus límites, son los adversarios en pugna quienes determinarán los límites hacia el contrario. Se trata de cálculo al momento de ejercer la violencia, esto es, porque un adversario puede utilizar una brutalidad mayor para combatir al otro, lo que debió haber sido previsto por éste, en cuyo caso si hubiese actuado primero probablemente habría obtenido una ventaja frente a su adversario.

Una causa profunda de la guerra es la intención hostil, cuando esta figura se presenta en los bandos en lucha, las pasiones y el odio son lo primero que inspira a los combatientes. Hoy en día no sólo estas pasiones y odios dirigen una guerra, principalmente es dirigida por la inteligencia, la cual ha enseñado a emplear de un modo más eficaz la fuerza *“que a través de esa brutal manifestación del instinto”.*⁴⁰

A pesar del lugar que ocupa la inteligencia en la dirección de una guerra en las sociedades civilizadas, no ha cambiado la voluntad de destrucción del enemigo, que es inherente al concepto de la guerra, dicha finalidad subsiste a pesar del progreso de la civilización.

La finalidad de dirigir una política hostil hacia otro es la de desarmarlo, *“queremos forzar al adversario con un acto de guerra hacer nuestra voluntad, se hace necesario desarmarlo realmente o colocarlo en una posición tal que se sienta*

³⁹ Raymond, Aron, *Paz y Guerra entre las naciones*, Tomo I, Teoría y Sociología, Trad de Luis Cuervo, 8ª ed, Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 49.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 50.

amenazado por esta probabilidad”.⁴¹ Para este desarme debe tomarse en consideración que el adversario opondrá resistencia, por lo que la guerra se da por un choque de la fuerza real de las voluntades en pugna, la guerra se ganará en tanto uno de los dos adversarios imponga su voluntad sobre el otro, esta imposición debe ser eficaz para hablar de una victoria real como resultado de la guerra.

La guerra no puede ser vista como un acto netamente aislado que surja de manera abrupta y sin una causa que le de origen, los adversarios en lucha se conocen previamente, por lo que tienen una idea de la capacidad de acción violenta del adversario, esto permite buscar la mejor estrategia con base en ese conocimiento. Es así como la actividad guerrera se convierte en una acción aventurada, en un cálculo de probabilidades, en función de la información accesible que cada uno tenga del adversario en el juego político.

La situación y el motivo que originan la guerra es de carácter político, su naturaleza es la de pertenecer al entendimiento, y como tal es un instrumento utilizado por la política para alcanzar sus fines, es decir, la subordinación que existe de la guerra a la política, es correspondencia a la relación entre instrumento y objeto.

En una acción de guerra la política parece desaparecer cuando se da a sí misma por único objetivo la destrucción del enemigo, aún cuando la política no aparezca visible en la guerra, aquélla continúa siendo el motor de ésta.

El Estado utiliza la política como *“la que decide con razón o sin ella, proponerse por objetivo exclusivo la destrucción de las fuerzas armadas del enemigo, sin consideración de objetivos ulteriores y sin reflexionar sobre las consecuencias de la misma victoria.”*⁴²

La política entonces, es el factor que determina los alcances y límites de la guerra, el Estado antes de recurrir a la violencia, intentará el convencimiento utilizando la diplomacia, y sólo en caso de una falta de sometimiento voluntario

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Ibidem*, p. 52.

recurrirá a la fuerza, donde tendrán que hacer uso de la estrategia para obtener el sometimiento al menor costo posible.

En tanto el poder como factor originario del Estado, y éste empleando la política puede hacer uso de la violencia excesiva por medio de la guerra, en la concepción de un choque de voluntades de colectividades organizadas políticamente, no es necesario que la pugna se realice entre iguales, como por ejemplo entre Estados, ya que las organizaciones colectivas de carácter político existen dentro del mismo Estado, las cuales pueden ser factores de riesgo para la estabilidad y permanencia del grupo de poder dominante; por lo que podrá usar la política y su instrumento la guerra, para hacer frente a estos factores desestabilizadores utilizando como legitimadores los intereses de la colectividad, a través de elementos pasionales que buscan influir con un ánimo positivo de que las políticas aplicadas buscan finalidades de interés general, representando al adversario como opuesto a los intereses generales influidos.

1.3.3. El poder político.

Dentro del poder se establecen diferentes formas del mismo, la tipología clásica es la que se ha transmitido a través de la *Política* de Aristóteles, en el que distingue tres tipos de poder con base en la esfera en que se ejerce: el poder del padre sobre el hijo, del amo sobre el esclavo y del gobernante sobre los gobernados, donde la tipología del poder también puede ser vista según Aristóteles “*con base en el sujeto beneficiado de la relación de poder, en el caso del poder paternal es ejercido en atención al interés de los hijos; el patronal o despótico en torno al interés del amo; y el político en interés de quien gobierna y de quien es gobernado*”⁴³.

John Locke siguiendo la división aristotélica parte de la diferenciación con base en el fundamento de dichas tipologías de poder, señala que “*el poder del padre es un poder cuyo fundamento es de carácter natural en tanto que éste deriva de la procreación misma; el poder patronal es el efecto del derecho de castigar a quien se ha hecho culpable de un delito grave y; por lo tanto, se hace*

⁴³ Bobbio, Norberto, Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, Op cit, p. 105.

*acreditor a una pena...; el poder civil se fundamenta en el consenso expreso y tácito de quienes son sus destinatarios*⁴⁴, es decir, por medio del contrato social y de la aceptación del rol en la sociedad.

Hasta aquí, no se puede claramente distinguir con las anteriores tipologías de poder a que se refiere el llamado poder político, empero, el poder político requiere y requisa siempre algún modo de argumentación o de reconocimiento que lo legitime o lo justifique, primeramente ante sí mismo, y después ante aquellos sobre quienes se ejerce, todo ello, con la finalidad y la pretensión del aseguramiento, ya sea por persuasión o por el uso de la fuerza o coacción del sometimiento y obediencia de éstos.

Por lo tanto para entenderlo y diferenciarlo de cualquier otro tipo de poder hay que buscar su origen en la concepción de los juristas medievales de la concepción de soberanía como la *summa potestas*.

El Estado de la sociedad medieval abarca dos grandes poderes, el del Estado y el de la Iglesia, la cual es caracterizada por una disputa por la preeminencia de uno sobre la otra y viceversa, es necesario hacer una delimitación de la competencia y de dominio de cada uno de estos poderes, en relación a su carácter específico. La iglesia conduce a un camino de dirección, de orientación en tanto es prerrogativa vista como facultad, mientras que la prerrogativa del Estado está caracterizada por la coacción.

Hablando de potestad, la del Estado se diferencia en su temporalidad, al igual que su atribución del derecho y la aplicación en un determinado territorio y en referencia a sus habitantes de la fuerza física, dejando por otro lado a la Iglesia el derecho y poder de enseñar la religión y preceptos morales, es decir, de dirigir las conciencias hacia bienes de tipo espiritual, principalmente hacia la salvación del alma.

El poder político se identifica con el ejercicio de la fuerza, y es definido como *“el poder que para obtener los efectos deseados tiene derecho de servirse en última instancia como extrema ratio del uso de la fuerza”*⁴⁵, ello nos conduce a una

⁴⁴ *Ibidem*, p. 106.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 107 y 108.

clara distinción entre los dos tipos de poder y cuál es el medio utilizado para hacerlo efectivo; el poder de la Iglesia se basa en el uso de amenazas de penas o premios ultra terrenales; mientras que el poder político que ejerce el Estado utiliza la fuerza física, que es por excelencia el uso de las armas.

Por lo tanto, el uso de la fuerza es condición necesaria para el ejercicio del poder político, sin embargo, no es condición suficiente, porque para poder hablar de éste es necesario que la fuerza sea ejercida de manera exclusiva, y quien lo hace así sobre un territorio determinado es el soberano.

La fuerza es el medio más eficaz y resolutivo para ejercer el dominio del hombre sobre el hombre, quien detenta el uso de este medio excluyendo a todos los demás dentro de ciertos confines es quién dentro de estos mismos tiene la soberanía entendida como el poder supremo, ya que, no existe otro poder por encima de éste.

El poder político debe ser entendido como un poder que tiene aplicación en un espacio social que va a definir el ámbito de su ejercicio, en la sociedad moderna existen diferentes poderes supremos en cada uno de los Estados nacionales actuales, cada uno de ellos tiene su espacio social políticamente organizado de acción, donde sólo es posible mantener relaciones de indiferencia, de alianza o de hostilidad, entendido así, actualmente el poder político se define *“como un poder de soberanía externa que consiste en la capacidad de declarar la guerra o de decidir la paz frente a un espacio exterior actual o virtualmente enemigo”*⁴⁶.

Aún en los Estados modernos, el tema de la exclusividad del uso de la fuerza como característica del poder político es el tema hobbesiano por excelencia; el paso del estado de naturaleza al Estado se representa por una concentración de la fuerza, que era anteriormente utilizada de manera indiscriminada de los hombres hacia otros, dicha concentración puede ser depositada en una sola persona o en un órgano colegiado, quien tiene la facultad de carácter exclusivo que se le da al Estado para el uso de la fuerza y la violencia legítima, con el

⁴⁶ Giménez, Gilberto, *Poder, estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, 3ª. ed México, UNAM, 1989, p. 28.

consentimiento originario de los destinatarios de la coacción y su posterior reproducción y permanencia en las sociedades con el paso del tiempo.

El poder político justifica el ejercicio de un poder supremo, con éste el Estado posee la facultad de producir leyes y normas, proteger los derechos en su caso y los deberes, incluyendo en su actuación el poder legítimo de castigar a los infractores de las normas que elabora y, no en último lugar, la potestad de declarar la guerra a quien considere su enemigo. El poder político estatal monopoliza para sí el uso exclusivo de la fuerza o coacción, independiente de su legitimidad, y subordina a su potestad regulatoria la complejidad de las relaciones sociales.

1.3.4. Derecho y poder.

Comúnmente se contraponen la violencia y el poder con el Derecho. Sin embargo, la tarea propia del Derecho es desplazar la violencia y sustituirla por la equidad y por la ley, y en caso de que no se produjera el cumplimiento de la ley hacer efectivo el ejercicio del monopolio de la violencia para que se cumplieran las leyes creadas para evitar la violencia al margen del Estado. A pesar de ello, en la realidad no se puede hablar de esa idealización del Derecho y verlo como un instrumento al servicio del poder, que sirve como codificador del poder, reflejado en el ordenamiento jurídico de cada sociedad.

La violencia, lejos de ser excluida por el Derecho, es un último recurso de obediencia y sometimiento; ya que, la ley debe tener un medio para hacerse efectiva y conseguir su propósito aún en contra de la voluntad de su destinatario, es decir, el poder busca consenso por medio del Derecho, pero en caso de que no se realice, es necesario contar con un arma eficaz para forzar la conducta que el poder necesite establecer para la permanencia de las instituciones del grupo hegemónico.

Para la instauración de la autoridad y su legitimación es necesario que el Derecho se base en una serie de creencias trascendentales que puedan ser relacionadas con la divinidad, con el pasado histórico y tradiciones comunes, sobre las cuales su discurso se identifique con los destinatarios del mismo.

No sólo bastará que el Derecho se base en esas creencias, sino que las creencias sean interpretadas para alcanzar un fin valioso para la colectividad, la dirección del Derecho debe corresponder a la naturaleza del acuerdo que le da origen, fundado en reglas generales que tiendan a la consecución del bien común y del interés general de los asociados.

La dirección no implica, en teoría, un derecho subjetivo, en el sentido de que su fuente está constituida por la voluntad de uno o varios sujetos soberanos, sino que al igual que el poder histórico real, el derecho real constituye generalmente una combinación de arbitrariedad, de ideologías y de legitimidades (que se basan en la idea del contrato social), cuyo producto final será el derecho positivo aplicable en una sociedad determinada.

En la modernidad este Derecho ha sido concebido como un sistema de *racionalidad jurídica* que se utiliza principalmente para dirimir conflictos; desafortunadamente, en la creación y en la aplicación del Derecho no se ha tomado en consideración la desigualdad existente en las sociedades actuales, y por consiguiente se ha establecido y reproducido un sistema de producción capitalista, cuyos principios básicos son la libre competencia y la explotación del hombre por el hombre; por lo tanto, un Derecho que hable de principios de igualdad basado en la desigualdad existente no tiene más que la finalidad de ejercer el poder en forma de dominación.

Así, el uso del discurso del Derecho se da a través de las normas que *“tienden a prever los actos que ya se realizan en ella, pero que se contraponen al interés del sujeto individual o colectivo que maneja el sistema social de producción-dominación y que tiene la fuerza para institucionalizarlas e imponerlas a todos como delitos”*⁴⁷, es evidente que a través del Derecho del Estado el poder real hegemónico impone su voluntad para la permanencia y reproducción de la ideología dominante, ya sea mediante el uso de la violencia como último recurso o por medio del control social informal que busca la obediencia de las personas por su propio convencimiento.

⁴⁷ Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, México, UNAM, 2005, p. 14.

1.4. Control social.

El control social se refiere a la regularización de conductas de un grupo o de una sociedad por medio de instrumentos para hacerlas efectivas o para que por medio de dichos instrumentos se dé una autorregulación de los destinatarios del control de forma voluntaria.

Una de las formas más eficaces para imponer el control en la sociedad es la interiorización de las normas, esto es, que las personas de manera natural adopten conductas a lo largo de su actuación individual y dentro del grupo social, que sean acordes con las que impone el grupo de poder hegemónico, en las que no exista la necesidad de intervenir con el uso de la fuerza y la violencia para su realización.

El control social está íntimamente ligado al poder político, ya que éste necesita de aquél para su pleno ejercicio, a lo largo de la historia el poder político se ha ejercido por la fuerza directa y por la capacidad de generar consenso; el primero, expresado por la violencia y más sutil por la capacidad de la imposición de la ideología para conseguir la obediencia de las personas por consentimiento propio, que asimilan los objetivos del proyecto político del grupo hegemónico con el propio y el de la colectividad.

En la modernidad, la ideología impuesta por el discurso del Derecho ha conseguido la obediencia de las personas por el convencimiento de que dicho discurso tiene como referente la preservación de la seguridad y el bienestar general, señalando que su origen se debe al consenso y a la realización de la voluntad general de la sociedad, por lo que las consecuencias del ejercicio del discurso del Derecho son aceptadas por considerarse que cumplen un objetivo que tiende a los objetivos individuales y grupales de las personas.

Entonces, el control social como instrumento del ejercicio del poder político, busca en la sociedad legitimar, permanecer y reproducir una determinada estructura económica, utilizando a su vez las instituciones ideológicas y jurídicas que sirven para mantener un sistema de producción e ideológico en una sociedad determinada.

Se trata pues de un proceso social y cultural, ya que por un lado se trata de un fenómeno de la cultura (ideología), que corresponde a los significados compartidos que actúan para ejercer una determinada presión en la forma de acciones de un o unos individuos sobre otro u otros; y por otro lado es un fenómeno creador de instituciones, las cuales buscan abarcar a toda la sociedad para mantener un orden social ya sea nacional, regional o internacional mediante el uso del Derecho, creando leyes y aparatos de aplicación de las mismas empleando la coacción.

1.4.1. El control social formal.

La eficacia de la ideología hace que el control social sea considerado como algo que busca el orden social en beneficio de todos y que por tanto no busca la realización de intereses particulares en beneficio de unos cuantos, pese a ello en la realidad no se presenta así, de ahí la necesidad de analizar las formas en las que se instaura en la sociedad.

“El control social formal consiste en la ideología-derecho que contiene una sanción jurídica y está promulgada”⁴⁸, el Derecho como tal, busca el mantenimiento del orden y la estabilidad del sistema, pero a la vez conduce el cambio social de acuerdo al avance y dirección que quiera darle el poder político para su preservación y alcance de sus intereses, esto es porque la humanidad a través de su historia se ha dado, creado y recreado, mecanismos para imponer un determinado orden social y ha creado las instituciones correspondientes para su mantenimiento y reproducción.

Los controles sociales formales pueden ser puros, que *“son ideología hecha normas obligatorias, que cumplen para su formación discursiva y aplicación, los principios generales del derecho moderno y que son coercitivas jurídicamente, aunque no sean conocidos por la persona a la cual se aplican”⁴⁹*; ya que, de acuerdo al principio del Derecho moderno de que *“la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”* constituye una amplia posibilidad de aplicación del control de

⁴⁸ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁹ *Idem*.

manera arbitraria, justificando la imposición de normas que aun siendo contrarias al beneficio e interés general de los destinatarios de la norma, hace que se adopten determinadas conductas sin el consentimiento de las personas, so pena de ser forzadas y sancionadas por su incumplimiento.

Así, los individuos dentro de la sociedad se encuentran en un estado de indefensión, al ser materialmente imposible conocer todas las normas de conducta establecidas por el grupo hegemónico.

Existen también dentro de los controles sociales formales los *espurios* que “*son los mismos, coercitivos jurídicamente, pero que no respetan en su construcción discursiva o en su aplicación los principios generales del derecho. Esto es, que no cumplen las reglas propias que dan origen a su producción como discurso*”⁵⁰, siendo así hay que añadir al estado de indefensión ya existente de las personas destinatarias de las normas del discurso jurídico, aquéllas normas que no cumplen con los principios de su creación, y que por lo tanto amplían el abanico de posibilidades para ser forzados y sancionados por la no realización de conductas que, además de ser desconocidas, sean contrarias a los intereses que de acuerdo a la ideología, persiguen las instituciones creadas para tal fin.

Ahora bien, hay que considerar que las personas a las cuales se dirige la aplicación del control social no son iguales entre sí en la sociedad moderna, algunas tendrán más poder real que otras; por lo tanto, su aplicación está condicionada y deberá ser diferenciada por el grupo hegemónico para asegurar su permanencia y reproducción, por lo cual “*un controlador aplicará controles blandos a quien tenga más poder que él, aún cuando sean responsables de delitos; y es más probable que aplique controles duros, a personas sin poder, aunque sean inocentes.*”⁵¹

1.4.2. El control social informal.

La ideología mediante el uso y aplicación del discurso del Derecho no es suficiente para ejercer el control social eficazmente, la razón es que el Derecho no

⁵⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁵¹ *Idem*.

puede abarcar todas las conductas de las personas en la sociedad, ya que de éstas habrá muchas que escapen a su aplicación, por eso es necesario institucionalizar controles sociales que se construyan previamente al conocimiento de la ideología del Derecho y moldeen la conducta para conseguir la deseada por el dominador.

Los controles sociales informales son los que se adquieren por el individuo de una manera aparentemente natural, y están constituidos *“por la ideología-norma cuya coercitividad se convierte en un auto-reproche o culpa, derivados de una construcción previa de la conciencia moral, es decir, del haber aprendido el contenido del mandato de acción u omisión”*⁵², es decir, aquí el control se ejerce de tal forma que no hay necesidad del uso de los aparatos de aplicación institucionalizados para forzar la conducta por medio de la coacción, sino que es el mismo sujeto que en su conciencia particular de la realidad ejercerá la coacción, tendrá en su concepción determinadas conductas que cree debe realizar y otras que cree debe evitar por ser lo correcto, y así trata de evitar la auto sanción y el sentimiento de culpa por no actuar “debidamente”.

Este tipo de control social se puede ejercer de forma pura entendido como *“ideologías coercitivas moral o socialmente, sin una consecuencia de carácter jurídico, pero que provocan sentimiento de culpa. Los controles sociales informales pueden ser puros, cuando se hacen respetando las reglas propias del discurso ideológico que les da origen, y son espurios, cuando se construyen transgrediendo la racionalidad de su propia construcción discursiva.”*⁵³ De la misma manera que los controles sociales formales, los informales pueden ser blandos y duros atendiendo a la misma condición que aquéllos.

De esta manera, el poder, específicamente el poder político en su ejercicio impone una visión particular de la realidad para mantener el sistema de producción que le da sustento, siendo que los destinatarios del control actuarán con base a éste reproduciéndolo, mediante su conversión en norma (moral y/o jurídica) verdad y totalidad para las personas.

⁵² *Ibidem*, p. 20.

⁵³ *Ibidem*, p. 21.

El control social y sus diferentes tipos mediante *“el lenguaje-ideología crea artificialidades y condiciona las formas de comportamiento humano con respecto a esas apariencias, que son previstas por normas morales, sociales o jurídicas que contienen la amenaza de una sanción, para quienes no cumplan el deber de acción u omisión que puedan contener”*⁵⁴

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 21-22.

2. FASES DEL PODER PUNITIVO: DEL ESTADO ABSOLUTISTA AL NEOLIBERAL.

Algunos autores, como es el caso de Rusche y Kirchheimer establecen que “*la pena como tal no existe, solamente, existen sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales*”⁵⁵. El sistema punitivo existe gracias a la pena. Así, los diferentes sistemas punitivos han evolucionado con el paso del tiempo y las penas de igual forma han pasado de aquellas penas pecuniarias y basadas en la venganza durante la alta Edad Media, por un sistema de sanciones centradas en el castigo al cuerpo como nuevo ente durante la baja Edad Media, a través de un severo sistema de penas corporales y de muerte que subsistió hasta el siglo XVIII.

La evolución de los sistemas punitivos, la aplicación y la elección de unas penas sobre otras, atiende no sólo a la declarada protección de intereses de los distintos grupos sociales; sus fines y logros cambian de acuerdo a las condiciones sociales, las relaciones de dominación imperantes, los sistemas de producción y finalmente a la economía de mercado que se ha desarrollado desde el incipiente inicio del capitalismo hasta nuestros días.

La trayectoria de la pena ha pasado por diferentes fases; la primera de ellas es la Fase Vindictiva, en la que la pena se caracteriza por un alto contenido de venganza en su aplicación, entendiendo a ésta como un acto de represalia contra quien ha causado un agravio o daño. No obstante, actualmente la pena sigue conteniendo elementos vindictivos en su aplicación, sólo que de forma legitimada e institucionalizada. La venganza implica la ira de quien ha recibido una ofensa sea un individuo o grupo, tiene su origen en el mal ocasionado y la finalidad es devolver ese mal a quien inicialmente lo ha causado.

La fase vindictiva de la pena tiene como característica la venganza privada, es decir, la facultad de ejercer o no la acción sancionadora corresponde exclusivamente a los particulares, (salvo el Código de Hamurabi en el siglo XVII a.

⁵⁵ Rusche Georg y Kirchheimer Otto, *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis, 1984, p. 3.

C. en el que se aplicaba la venganza pública), la venganza presenta las siguientes características:

- *“En el ejercicio de la venganza existe desproporcionalidad”*⁵⁶, en razón de que al momento de aplicar la acción de venganza el ofendido se excedía del daño inicial, con lo que se generaban excesos.
- La venganza privada va más allá de la sanción exclusiva al agresor, ya que, el castigo trascendía a su familia y/o grupo.
- *“No existe un procedimiento formal”*⁵⁷ en el que se puedan presentar probanzas favorables a la inocencia del agresor.
- No se tomaban en consideración las circunstancias en las que se originaba la ofensa, por lo que la venganza se aplicaba en contra del agresor de manera independiente a los hechos que hayan motivado la agresión, *“el hecho de que hubiera existido legítima defensa no exime de la aplicación del castigo”*⁵⁸.
- *“La venganza es unilateral”*⁵⁹, al ser privada el que ejerce la acción vengativa se considera una especie de autoridad y es libre de aplicar en la forma que le parezca conveniente la venganza al agresor.
- La característica de desproporcionalidad y de cambio en la forma original de la agresión al ejercer *“la venganza ocasiona la contravenganza”*⁶⁰, es decir, cuando existe desproporcionalidad, el ofendido se convierte en agresor, por lo que el agresor original convertido en víctima puede ejercer la venganza para reparar el daño ocasionado por el exceso de aplicación de la venganza inicial, lo que origina una aplicación sucesiva de venganzas de manera indeterminada.
- Lo anterior, *“genera la destrucción de grupos de poblaciones y de comunidades, al acabar las venganzas en mutilaciones y muertes de sus*

⁵⁶ García García, Leticia Guadalupe, *Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2010, p. 87.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 88.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Idem*.

*integrantes, por una afectación directa a la economía de las agrupaciones”.*⁶¹

Principalmente, la afectación de orden económico a las comunidades fue lo que hizo a los pueblos primitivos pensar en instituciones cuya finalidad fuese evitar la desaparición de sus integrantes, estas instituciones fueron:

1. La Ley del Talión. Consiste en que el daño ocasionado por la represalia debía ser en igual proporción al daño sufrido inicialmente *ojo por ojo, diente por diente*, con esto se trató de eliminar el exceso en el ejercicio del derecho de venganza y la generación de contravenganza.
2. La Compositio. La venganza era considerada un derecho, por lo que a través de esta figura se renunciaba a él a cambio de una transacción comercial.

En cambio, Rusche y Kirchheimer señalan que las instituciones fueron: “*la contienda (venganza particular admitida por las leyes medievales); y la Penance: (pena pecuniaria debida al injuriado impuesta por una autoridad distinta de la judicial).*”⁶² La *Penance* evitaba que la venganza se convirtiera en una contienda de sangre interminable, a través de una asamblea de hombres libres se efectuaba un juicio en el que se obligaba al culpable al pago de una *Wergeld*⁶³

Con la institucionalización de la venganza privada a través de las distintas figuras que regulan su aplicación, comienza la intervención de la autoridad en la aplicación de sanciones a los particulares y; así, la etapa final de la fase vindicativa privada de la pena.

En la Edad Media con la aparición del *procurador*⁶⁴ y la relegación de la víctima en el proceso de sanción se expropia el derecho de venganza a los particulares para trasladarlo a quien ejerce el poder en un territorio determinado.

⁶¹ *Idem.*

⁶² Rusche Georg y Kirchheimer Otto, *Op cit*, p. 7.

⁶³ Pena pecuniaria prevista en el antiguo derecho germano impuesta al autor de una muerte o lesiones corporales y que debía ser pagada a la víctima o a sus allegados, en García García, Leticia Guadalupe, *Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano, Op cit*, p. 89.

⁶⁴ Representante del señor feudal para dirimir los conflictos que se suscitaban dentro del territorio en el que tenía jurisdicción, en García García, Leticia Guadalupe, *Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano, Op cit*, p. 89.

De acuerdo a Rusche y Kirchheimer son tres los factores que convergen para eliminar el carácter privado del Derecho Penal en la Alta Edad Media y transformarlo en instrumento de dominación social:

“Primero. La amplia extensión territorial del feudo impedía al señor feudal ejercer un control sobre sus habitantes, el traslado de la ejecución de sanciones y el incremento de las funciones disciplinarias de los señores feudales amplió su control.

Segundo. La lucha constante de las autoridades centrales por incrementar su influencia extendiendo sus derechos jurisdiccionales, y;

Tercero. Los intereses de tipo fiscal, la monopolización de la administración de justicia por quien detenta el poder se convirtió en un negocio redituable al mismo tiempo que incrementaba el control y la imposición de medios disciplinarios, el intento de obtener ingresos de los fondos de administración de la justicia criminal, constituyó uno de los principales factores para transformar el Derecho penal, de un mero sistema de arbitraje entre intereses privados, en una parte fundamental del Derecho público”.⁶⁵

A pesar del cambio de visión en el sistema punitivo y considerarlo como una gran fuente de ingresos y de poder, la pena privativa de libertad aún no se contemplaba como un factor originador de mano de obra barata, sino sólo una medida procedimental de naturaleza preventiva, que cumplía una función de custodia hasta en tanto se determina la pena definitiva.

En la fase vindicativa existen ciertas penas que dan la idea de privación de libertad como son el uso de cadenas, pozos, jaulas y canteras.

2.1. El Estado absolutista: la venganza pública como expiacionismo y correccionalismo.

El pasaje de la venganza privada a la pena como retribución, exige como presupuesto necesario el dominio cultural del concepto de equivalencia medido como cambio por valores. En la época medieval hay coincidencia con el Estado absolutista en el que la pena no se establecía en razón del daño hecho a la víctima, sino en la ofensa hecha a Dios. La palabra “expiar” habla de ponerse en paz con Dios; por lo tanto, *“la pena o penitencia tiende a reconciliar al pecador con*

⁶⁵ Rusche Georg y Kirchheimer Otto, *Op cit*, pp. 9 y 10.

*la divinidad, pretende despertar el arrepentimiento en el ánimo del culpable, pero de ahí no se sigue que deje de ser una expiación y un castigo.*⁶⁶

La consolidación de la Iglesia se da a través del argumento de la “delegación divina”, por lo que la administración de la justicia y sobre todo la resolución de los conflictos entre los particulares, la elección y la ejecución de las penas se basan en las ideas religiosas, con lo cual se justificaba el poder político y se daba legitimación a la imposición de sanciones penales.

La venganza privada ha quedado relegada, así como los particulares en su calidad de víctima y victimario desaparecen del contexto de la impartición de justicia, ahora quien tiene la titularidad del ejercicio de la venganza, traducido en una acción penal es un representante de la divinidad, quien ha tomado el lugar de víctima para toda clase de acciones que sean dignas de sanción, es cuando surge una nueva etapa en la trayectoria de la pena: la fase de la venganza cristiana.

La jurisdicción eclesiástica, aplica penitencia a quienes cometen infracciones eclesiásticas y luego a herejes y delincuentes comunes. *“La penitencia consiste en el encierro durante determinado tiempo, acompañado de fustigación corporal, ayuno, obscuridad en algunos casos y, en otras, luz que permitieran la lectura de oraciones.”*⁶⁷ La finalidad era el expiacionismo en un primer momento y en otro la corrección del individuo con base en las normas que dictaba el imperio eclesiástico y aquellas dictadas por los Estados absolutos que en esa época justificaban y legitimaban su existencia en la “delegación divina” con la complicidad de la cúpula eclesiástica.

*“La pena privativa de libertad surge a nivel eclesiástico acompañada de sufrimientos corporales, aparece como una doble pena, donde la función manifiesta es el encierro, el aislamiento de la persona, lejos de la sociedad, mientras que la función latente se objetiviza en el ejercicio del poder de moldear conductas.”*⁶⁸

La fase expiacionista tiene como característica en la aplicación de la pena por la Iglesia la instauración del sacramento de la confesión. En sus inicios, este

⁶⁶ Neuman, Elías, *Prisión abierta*, Argentina, Depalma, 1984, p. 17.

⁶⁷ García García, Leticia Guadalupe, *Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano*, *Op cit*, p. 98.

⁶⁸ *Idem*.

ritual del reconocimiento de los pecados debía hacerse en público, ante la audiencia que acudía al templo y sólo en celebraciones religiosas especiales, en este acto se confesaban, aquellas personas que eran autorizadas para ello, a tal confesión seguía una penitencia. A una confesión pública debía seguir una pena o penitencia pública que se cumplía con la reclusión antes dicha.

Esta etapa de la pena cuya finalidad declarada es obtener la expiación por la ofensa hecha a una divinidad de manera independiente al daño causado a la víctima directa de la acción, tiene una fuerte influencia del Derecho Canónico presenta las siguientes características en la aplicación de la sanción penal:

- *“Aislamiento en celdas.*
- *Obligación de silencio.*
- *Búsqueda del objetivo a través de la meditación.*
- *Ausencia del trabajo carcelario.*
- *Condiciones materiales de miseria extrema.”⁶⁹*

Paulatinamente a la aplicación de la pena por la Iglesia, el Estado absolutista busca en la aplicación de la pena basado en su poder político no una expiación, sino una corrección del individuo en razón de la manutención, la estabilidad y la permanencia del monarca como representante divino, al considerar las faltas merecedoras de sanciones penales como ofensas directas al soberano.

El Estado absolutista es un término con el cual se va a denominar a las monarquías centralizadas que surgen en el Renacimiento.

En la *Política* de Aristóteles, encontramos diversas ideas que son precursoras y en parte dan fundamento al Estado absolutista, una de ellas es la idea del “animal político”, que señala que el hombre por naturaleza es un ser sociable, tiene una dimensión social y política; por ello, la convivencia social del hombre es una característica ínsita de su naturaleza.

Así como los hombres son por naturaleza seres sociales que tienden a la convivencia social, Aristóteles señala que por naturaleza los hombres son desiguales; es decir, tal diferenciación se debe a razones históricas no susceptibles de ser eliminadas, por ello cada quien ocupara un lugar diferente en la sociedad, y por consiguiente, existirán jerarquías sociales y de dominación

⁶⁹ *Ibidem*, p. 99.

política, lo que escapa a la producción humana por ser un hecho aportado por la misma naturaleza.

La concepción de naturaleza fue interpretada por la Escolástica y trascendió como una naturaleza de carácter divino, lo natural es así porque Dios lo ha querido, es algo inscrito en el orden que la divinidad ha forjado para el cosmos, por lo que criticar, cuestionar y dudar de dicho orden, equivale a oponerse al curso que Dios ha trazado para el universo.

Tales ideas fueron base de la antigua sociedad estamental, en donde a cada quien se le atribuía una función social determinada y característica, así, para el funcionamiento de cada estamento se elaboraba y asignaba un régimen jurídico diferenciado. El Derecho basado en la desigualdad social creaba diferencias sociales, las ratificaba y las reproducía en un sistema de privilegios.

El origen divino del poder constituye uno de los elementos que dan configuración al Estado absolutista, dicho poder se entiende inmediatamente divino, es decir, no existen mediaciones ni eslabones intermedios, así que Dios entrega directamente el poder al soberano o rey, quedando como titular de un poder legítimo, irresponsable e ilimitado.

La soberanía es otro elemento constitutivo del Estado absolutista, el poder se constituye como un poder soberano, que recae directamente en el monarca, el cual lo ejerce de forma concentrada e indivisa, es un legislador, ejecutor e impartidor de derecho, quedando fuera del alcance del mismo en virtud de su responsabilidad exclusiva de carácter divino.

En los siglos XIV y XV durante el feudalismo *“las constantes crisis económicas y sociales imponen límites al modo de producción feudal característico de la etapa medieval”*⁷⁰, así el Estado absolutista aparece en Occidente en el siglo XVI. Engels lo va a denominar como un Estado en el que se va a producir un equilibrio de clases entre la vieja nobleza feudal y la nueva burguesía⁷¹. Por su parte Karl Marx ve en dicho Estado las estructuras instrumentales en contra del feudalismo por medio de la burocracia y el poder

⁷⁰ Anderson, Perry, *El Estado absolutista*, trad. Santos Juliá, 10ª ed, España, Siglo XXI, 2007, p. 9.

⁷¹ *Ibidem*, p. 11.

estatal centralizado, sobre todo en la burocracia Marx señala que *“bajo la monarquía absoluta, la burocracia no era más que el medio para preparar la dominación de clase de la burguesía”*⁷²

El Estado absolutista no rompió de inmediato con el sistema feudal, sino al contrario, sirvió como un *“aparato reorganizado y potenciado de dominación feudal.”*⁷³ El feudalismo como modo de producción representaba una unidad orgánica de economía y política distribuida en una cadena de soberanías fragmentadas. Su desaparición significó un desplazamiento de la coerción política hacia una centralización de poder político y militar, pasar del plano de la aldea o pequeña comunidad al plano nacional.

Para legitimar al Estado absolutista, resurge la aplicación del Derecho Romano en los nacientes Estados, esta aplicación jurídica trajo como consecuencia el reforzamiento del dominio de la clase feudal tradicional, a través de la institucionalización del ejército, la burocracia, los impuestos, el comercio y la diplomacia. *“Los estados absolutistas... eran máquinas construidas especialmente para el campo de batalla”*.⁷⁴

El Estado absolutista en occidente representaba un aparato que servía para la protección de la propiedad y los privilegios aristocráticos; así, de igual manera los medios empleados para dicha protección servían para proteger y asegurar la permanencia de los intereses básicos de las nacientes clases mercantil y manufacturera.

La supremacía social de la aristocracia y la limitación de la propiedad privada son características propias del Estado absolutista, la nobleza conservaba sus privilegios depositando el poder en el monarca y éste a su vez dejaba un margen para el enriquecimiento de la naciente burguesía, siempre y cuando no afectara los derechos nobiliarios. *“La dominación del Estado Absolutista fue la dominación de la nobleza feudal en la época de transición del capitalismo. Su final señalará la crisis del poder de esa clase... y la aparición del Estado capitalista.”*⁷⁵

⁷² *Ibidem*, p. 10.

⁷³ *Ibidem*, p. 12.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 27.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 37.

En la cuestión de la penalidad en el Estado absolutista y en la decadencia justificativa que dentro de este Estado inicia esta etapa a finales del siglo XVIII, con la revolución norteamericana de 1776 y la francesa en 1789, la retribución económica que los sentenciados debían hacer en la fase retributiva cambia y ahora se manifiesta como objetivo principal su corrección, ésta se hace más patente al considerarse como función declarada de la fase llamada correccionalista.

En esta fase, el Código Criminal francés de 1791 establece formalmente la pena privativa de libertad como sanción, pero también como condición para obtener la corrección del recluso. La pena correctiva de libertad aparece como una consecuencia lógica de la limitación y posterior abolición en algunos lugares, de la pena de muerte. Se pasa de las torturas a las prisiones. Ciertamente no es ya la época de la retribución, pero sólo cambia el modo de cómo infringir sufrimiento a los penados. El avance tecnológico hizo que el trabajo manual de los reclusos resultará improductivo.

Las principales manifestaciones de los regímenes penitenciariamente clásicos de ésta etapa cuya finalidad era la corrección del delincuente y sobre todo ser sometido a un orden y control por parte del grupo hegemónico son:

El sistema filadélfico que se presenta poco tiempo después de la independencia de las colonias inglesas y la influencia de la Iglesia protestante hace que el delito equivalga a pecado, ser delincuente implica la separación de Dios. La ideología basada en la disciplina origina el ideal de corregir al individuo considerado desviado internándolo en un establecimiento hecho para tal fin: la penitenciaría.

En 1790, fueron abolidos los trabajos forzados y la pena de muerte se limitó a sancionar sólo aquellos homicidios en los que existía malicia y premeditación. En la cárcel de Walnut Street en Filadelfia se estableció un régimen de total aislamiento conocido como “régimen celular” o “sistema filadélfico” con las siguientes características:

“En cada celda hay una pequeña ventanilla, situada en la parte superior, fuera del alcance del convicto y protegida por doble reja de hierro...No se permite

*al criminal, encerrado en la celda... el uso de cualquier mueble u objeto necesario para soportar la vida sin riesgo de perder la salud*⁷⁶ El aislamiento en la penitenciaría era total, de tipo celular en tanto no existía la posibilidad de contacto con otros internos *“ninguna comunicación es posible entre los presos en las diferentes celdas...para evitar que el criminal vea cualquier persona, se le ponen a su alcance las provisiones una sola vez por día*⁷⁷. Se daba por hecho la transformación del individuo a través de la meditación y la penitencia. Se busca la reconciliación de los penados con Dios y con ellos mismos, por lo que la única lectura lícita y permitida es la Biblia.

Señalado lo anterior, el sistema filadélfico presenta las siguientes características:

- *“Separación de los delincuentes”*⁷⁸, con la finalidad de que entre éstos no existiera contacto que permitiera el intercambio de experiencias, por ende, el aprendizaje de conductas nocivas.
- Existe demasiado *“tiempo para la reflexión y el examen de conciencia”*⁷⁹, en razón de que la anulación de la actividad en cualquier trabajo se hacía con la finalidad de que el delincuente encontrará en la meditación la expiación y la corrección de sus pecados ante Dios y ante la sociedad de la que se había desviado.
- *“La anulación de la comunicación a través del habla”*⁸⁰, ya que, existía una imposibilidad material de contacto con otros individuos debido a la estructura de la penitenciaría.
- *“Uso de la biblia como guía”*⁸¹, en atención a que el sistema se encuentra fuertemente impregnado por las ideas de la ideología protestante recientemente reforzada con la independencia de las colonias de Inglaterra.

⁷⁶ Del Pont, Luis Marco, *Penología y sistema carcelario, Penología*, Buenos Aires, Depalma, 1974, tomo I, p. 36.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 61-62.

⁷⁸ García García, Leticia Guadalupe, *Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano, Op cit*, p. 124.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 125.

⁸¹ *Idem*.

En sus inicios, el sistema celular puro, concibe al trabajo como contrario al recogimiento y al arrepentimiento, en este sistema al individuo se le rompe cualquier esquema que haya tenido con la sociedad, no solamente es la pena de privación de la libertad, se suman una serie de castigos múltiples que van causando locura y muerte, como lo señala Dickens *“Habría sido mejor que le hubieran colgado, antes de ponerle en ese estado, devolverle luego así en un mundo con el que ya no tiene nada en común...”*⁸².

Desafortunadamente los efectos del sistema no eran los deseados, el fin del cambio en el individuo se alcanzaba, pero el cambio logrado no era de individuo malo en bueno, sino de cuerdo en loco, de vivo en muerto.

El sistema pronto empieza a fracasar debido a la improductividad que representaba la inactividad de los internos en la penitenciaría, aunado al gasto que representaba su manutención; la demanda de mano de obra de principios del siglo XIX no concordaba con tal desaprovechamiento.

Uno de los argumentos a favor del sistema de Filadelfia es la corrección que causa en el individuo el aislamiento celular *“la prisión solitaria es ventajosa... porque es sin duda alguna, la que más impresión causa sobre el espíritu público y sirve de preventivo a los hombres dispuestos al mal”*⁸³. Sin embargo, el sistema de confinamiento solitario no podía llenar el objetivo que perseguía: devolver al sujeto a la sociedad.

El sistema de Auburn. Surge debido a la demanda de mano de obra que el avance del capitalismo requería y que no podía dejar pasar la introducción del trabajo carcelario. El trabajo organizado con maquinaria rendía buenas ganancias, sobre todo cuando los costos no eran gravados con la mano de obra libre.

El trabajo era realizado con una estricta disciplina basado en la imposición de castigos corporales, la finalidad del sistema fue la imposición de trabajos forzados

⁸² Hentig, Hans Von, *La pena, Formas primitivas conexiones histórico culturales*. Madrid, Espasa Calpe, 1968, tomo I, p. 226.

⁸³ Memoria que acompaña el proyecto de Penitenciaría para el Distrito Federal y presentado al director de la Escuela de Bellas Artes, por el cuerpo de profesores del ramo de arquitectura de la misma escuela, escrita por el socio Antonio Torres Torija; en memoria del Ayuntamiento que comenzó a funcionar el 5 de diciembre de 1876 y concluyó el 31 de diciembre de 1877, Imprenta de Ignacio Escalante, 1878, p. 65, en *Catálogo de Documentos, Cárcel de Belén (1900-1911)*, México, Gobierno del Distrito Federal, periodo 1998-2000, pp. 49-50.

para la corrección de los delincuentes, basado en la disciplina y la actividad física; no obstante, se mantenía el aislamiento a fin de evitar la contaminación por otros reclusos *“los presos están obligados a guardar inquebrantable silencio...No deben comunicarse por escrito. No deben mirarse unos a otros...No está permitido cantar, silbar, bailar, correr, saltar o hacer algo que altere en lo más mínimo el uniforme cursos de las cosas o pueda infringir las reglas o preceptos de la prisión”*⁸⁴

Al igual que el sistema filadélfico, Auburn fracasa debido a la competencia desleal de precios entre el trabajo carcelario y el trabajo libre, esto provocó la inconformidad de los sindicatos al sentirse perjudicados por tal situación. Así, la economía y su incipiente desarrollo capitalista fue el factor determinante para la eliminación de estos sistemas penitenciarios, en atención a las necesidades del mercado que requerían de penalidades distintas que fueran más provechosas a sus intereses.

El sistema penitenciario evolucionó no solo en el sentido de la aplicación de métodos y técnicas de castigo a los delincuentes, sino en la construcción de los centros penitenciarios, la disciplina y la vigilancia fueron los elementos centrales sobre los que se basó el sistema penitenciario para lograr el fin declarado de corregir a los delincuentes.

Para lograr la efectiva aplicación de los métodos correctivos en el sistema penitenciario era necesaria una amplia vigilancia que sólo podía ser posible a través de un sistema arquitectónico que permitiese una vigilancia absoluta con el menor costo posible de recursos humanos, el Panóptico es *“un establecimiento propuesto para guardar a los presos con más seguridad y economía para operar al mismo tiempo en su reforma moral con medios nuevos de asegurar una buena conducta y de proveer a su subsistencia luego de su liberación”*⁸⁵

Disciplina y vigilancia son los elementos que caracterizan de modo total a una institución. Inicia la etapa de la institución carcelaria en la que su fin es la

⁸⁴ Hentig, Hans Von, *Op cit*, p. 226.

⁸⁵ Neuman, Elías, *Op cit*, p. 64.

corrección del individuo, dependiente de la severidad de las normas, de la autoridad que las hace respetar y de los instrumentos de vigilancia disponibles.

La palabra *panóptico* etimológicamente tiene como origen vocablos griegos: *Pan*: todo. *Optikos*: óptico; se refiere a un edificio construido de modo tal que permita ver todo su interior desde un solo punto, es una forma de construcción de las prisiones en el que las celdas están dispuestas de modo que todas puedan ser vistas desde un solo punto, así, un solo guardia puede vigilar a cientos de reclusos.

En contraposición al sistema de Filadelfia y de Auburn, el panóptico no permite la privacidad del recluso, añadido a la pena privativa de libertad se sufre de tortura psicológica al saberse observado en todo momento; de esta manera, *“se logra la eficacia benigna de una vigilancia sin falla, con el mínimo gasto posible en lo que se refiere al personal empleado.”*⁸⁶

El sistema arquitectónico permite que todo sea observado desde la torre central, *“se utilizaban en las celdas una especie de persianas dispuestas en zig-zag, hoy se usan circuitos cerrados de televisión. El avance tecnológico ha permitido mejorar la eficiencia de la vigilancia con el mismo objetivo: control y vigilancia absolutos.”*⁸⁷

Sin embargo, es menester señalar que el Panóptico ha traspasado a la institución carcelaria y se ha implementado en diversos ámbitos que han permitido una vigilancia y control casi absolutos a nivel social. En las Megalópolis actuales se cuenta con infinidad de sistemas de vigilancia constante, monitoreadas desde un mando central, en donde al igual que en el Panóptico se desconoce al vigilante; es decir, actualmente vivimos dentro de un Panóptico que permite controlar y mantener determinadas situaciones sociales y económicas en beneficio del grupo hegemónico que controla a las instituciones de vigilancia.

Ejemplo de esto es la situación actual en la ciudad de México, en el que se cuenta con un proyecto llamado *“Bicentenario”*, inició con la instalación de cámaras y sensores en todas las delegaciones del Distrito Federal, luego de que

⁸⁶ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, 29ª ed, México, Siglo XXI, 1999, p. 253.

⁸⁷ García García, Leticia Guadalupe, *Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano*, *Op cit*, p. 252.

se emitió la Ley que Regula el Uso de la Tecnología para la Seguridad Pública, que establece en más de sus preceptos “Contribuir al **mantenimiento del orden**, la tranquilidad y estabilidad en la convivencia, así como a **prevenir situaciones de emergencia** o desastre e incrementar la seguridad ciudadana”, esto es con la operación de 12 mil cámaras de vigilancia”⁸⁸

2.2. El Estado liberal y la retribución penal como contraprestación a la violación de la ley.

El llamado Estado moderno adopta como primera forma la monarquía absoluta, como una forma de gobierno en la que el monarca representa la voluntad soberana y sus decisiones se convierten en ley, a las cuales él no está sujeto e igualmente podía modificar a su entera voluntad en el momento que considerara pertinente.

Las revoluciones que se desarrollaron a partir del siglo XVII en Europa dan lugar a un cambio de la perspectiva que se tenía de la concepción de soberanía y abren paso a la incorporación del concepto del imperio de la ley, el monarca ya no va a ser considerado en una superposición con respecto a la ley, sino que se somete a la misma e inclusive puede ser juzgado por ella.

El pensamiento liberal surge a partir de los postulados de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano con la culminación de la Revolución Francesa en el año de 1789, donde señala que los derechos estipulados en ella son de carácter universal; es decir, todos los hombres tienen derecho al uso y disfrute de los mismos en virtud de su calidad humana, la finalidad de los postulados de la Declaración es otorgar las libertades a los ciudadanos de las cuales carecían en el régimen monárquico.

A pesar de que en la Declaración en cito se refiere a la universalidad de los derechos que consagra, hay que considerar como lo señala Luigi Ferrajoli que los derechos fundamentales tienen excluyentes en su otorgamiento y ejercicio, ya que éstos como “*derechos subjetivos atribuidos por una norma jurídica a un sujeto en*

⁸⁸ Datos de la página de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal consultada el 30 de noviembre de 2011, <http://www.ssp.df.gob.mx/Pages/Proyecto-Bicentenario.aspx>.

cuanto a su *status de persona, de ciudadano o de persona con capacidad de obrar*⁸⁹, por lo cual en el contexto histórico de la Declaración, los derechos eran atribuidos en consideración al *status* de ciudadanía de la época.

Con la incorporación de la aportación de Montesquieu, en relación a la división de los poderes del Estado, las funciones del Estado son transferidas a varias personas a través de distintas instituciones para la existencia de límites al poder, mediante el sistema de pesos y contrapesos.

La evolución del Estado absolutista al Estado liberal se basa en la incorporación de tres principios como base del nuevo sistema jurídico:

1. El principio de libertad de cada miembro de la sociedad (en cuanto su calidad de persona).
2. Principio de la dependencia de todos respecto a una única legislación en común de carácter general (en el carácter ya no de súbditos, sino de una situación de igualdad ante la ley, en la que todas las personas estarán regidas por el mismo Derecho, en cuanto a su calidad de ciudadano).
3. Principio de igualdad (la calidad de ciudadanos determina que todos ante la ley tienen los mismos derechos y obligaciones).

Para el mantenimiento de estos principios se elabora la teoría de la soberanía popular con base en el contractualismo social, donde se establece que para la permanencia de la libertad de los hombres, es necesaria la cesión de la soberanía particular de cada uno de ellos hacia el Estado, el cual estará destinado a preservar las libertades ciudadanas.

La característica del Estado liberal es que protege la libertad y protege los derechos individuales, basado en el liberalismo con el postulado de que el individuo constituye el núcleo de la actuación política, así como también los individuos pueden perseguir sus intereses de acuerdo con las reglas de la competencia económica y del libre intercambio con la mínima intervención del poder estatal en el control del mercado: *laissez-faire laissez-passer*.

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, 2ª ed, Madrid, Trotta, 2001, p. 37.

La política no es concebida con la finalidad de buscar el bien común, sino que su función es el equilibrio de los diferentes intereses individuales en la sociedad, su función principal será proporcionar seguridad al libre desarrollo de las actividades del mercado, en otras palabras, el Estado liberal se ocupará de proteger la vida de sus miembros (en cuanto *status* de ciudadano), mantener la seguridad (para preservar los principios del mercado), reducir el miedo y la incertidumbre (lo cual es consecuencia de la anterior, en términos económico-productivos), crear la paz civil (preservando y reproduciendo el sistema económico liberal), asegurar el derecho de propiedad (que constituye el fundamento del Estado liberal como bien supremo de los hombres) y facilitar el comercio (la no intervención estatal, salvo para crear reglas que fomenten el crecimiento del libre mercado).

La fundamentación del Estado liberal se encuentra en el liberalismo, el cual surge como una defensa de la libertad frente al absolutismo, entendiendo esta libertad (de acuerdo al contexto de aparición y fortalecimiento de la burguesía) como una doctrina de carácter económico dándole un sentido completamente distinto al que originalmente tuvo, conocido como liberalismo económico.

Maurice Duverger señala que *“para los liberales clásicos, el liberalismo político y el económico eran las dos caras de una misma realidad. La libertad de industria y de comercio era una forma particular de la libertad individual y de la igualdad entre los ciudadanos”*⁹⁰; por ello, la connotación que se le da al liberalismo encierra una doctrina legitimadora de la nueva clase hegemónica en el poder, con la bandera de la libertad asegura el Estado mínimo *“limitado a unas pocas funciones: asegurar el orden público interior, proteger contra las invasiones exteriores y garantizar eventualmente el cumplimiento de las reglas de competencia entre los individuos y las empresas.”*⁹¹

El liberalismo económico va a entender al mercado como un mecanismo de coordinación social, es decir, señala que si el mercado se desenvuelve libremente,

⁹⁰ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, trad. Eliseo Aja, et al, 3ª ed, Barcelona, Ariel, 1980, p. 202.

⁹¹ *Idem.*

una consecuencia del desarrollo del mercado será también la estabilidad social mediante la distribución de los beneficios de aquél.

Es por eso que la mínima intervención del Estado en el ámbito económico hace que sus recursos y objetivos se centren hacia la protección de los lineamientos que permiten el desarrollo del mercado, así que la función de seguridad que desempeña el Estado liberal es criminalizar conductas que atenten contra los principios y el libre desarrollo de las reglas del mercado.

Así, en torno a la pena la redención que otorgaba la expiación, ahora la otorgará la retribución que se hará al grupo social del daño causado con el delito cometido. Se “paga” se retribuye el mal a través del trabajo. Surge aquí el sentido económico de la pena, efectivamente la medida más efectiva para evitar la reincidencia, era y es la pena de muerte. También era una medida efectiva para reducir el desagradable espectáculo que ofrecían a la sociedad decente de otras épocas los vagabundos y pordioseros; sin embargo, implicaba desperdicio de capital, al considerar que el trabajo podría reportar beneficios económicos.

A partir del siglo XV se otorga valor a la mano de obra. La situación que origina la visión del delincuente como productor de beneficios económicos, tiene que ver con la satisfacción de la necesidad de bienes de consumo y la escasez de mano de obra. El condenado se convierte en términos capitalistas, en medio de producción, propiedad del capitalista. Los ofensores fueron preservados y hechos siervos o esclavos, y puestos a trabajar, a cultivar el suelo, a remar en galeras, etc.

El Estado capitalista en la concepción de Marx y Engels procede de las relaciones capitalistas de producción, funge como instrumento de expresión de la clase dominante en donde la sociedad civil es el escenario de la lucha de clases, por causa de esta lucha de clases existe una maquinaria de tipo político-estatal con su administración y aparato represivo. Marx catalogaba al Estado como una máquina, como el aparato coercitivo en las manos de la clase dominante para velar por los intereses de la burguesía, traduciendo como interés general los intereses de esa clase.

Altwater señala que “*bajo el capitalismo, el Estado asume la forma de instrumento de dominación del capital sobre la clase trabajadora*”⁹², el capitalismo se encuentra disperso en unidades individuales sujetas a limitaciones por intereses dispersos y contradictorios; es decir, dentro del capital no se da la unificación automática, inmediata y libre de fricciones pues subsisten intereses capitalistas contradictorios en pugna.

La contradicción y pugna de los diversos intereses de las unidades individuales deben ser superados por medio de una institución especial que no esté sujeta a las limitaciones del capital, aquella cuyos actos no estén determinados por la necesidad de producir plusvalor: el Estado capitalista; éste debe favorecer aquellas medidas que sean favorables para crear y recrear capital; cuando las presiones de los trabajadores son fuertes se debe favorecer medidas que permitan el intercambio mercantil y la obtención de ganancia aún en el nivel más mínimo.

Las penas que se establecen en el naciente Estado capitalista y en el transcurso de su desarrollo son diversas, pero todas tendientes a la creación de capital y al mantenimiento del Estado, la explotación de la mano de obra de los delincuentes es un objetivo primordial para incrementar el desarrollo del capitalismo; así, las funciones básicas que el Estado capitalista desarrolla son:

1. La creación de las condiciones materiales generales de la producción, consistente en la dotación de infraestructura (canales, puentes, caminos, carreteras, etc.) utilizando mano de obra proveniente de galeras, presidios y fortalezas militares, por medio del trabajo forzado se obtienen atractivos rendimientos con una mano de obra que no generaba ningún expendio, al contrario, se podía aprovechar al límite su capacidad para la generación de capital.

En el caso de las galeras se trata de una combinación de privación de la libertad con trabajo forzado, que resultaba en el equivalente a una muerte lenta y dolorosa. “*La cadena perpetua a galera, al igual que la pena de muerte, era*

⁹² Altwater, Elmar, “Notas sobre algunos problemas del intervencionismo de Estado” en Sontag, Heinz y Valecillos, Héctor, (Comps), *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, Siglo XXI, 1977, p. 89.

*considerada como pena capital: una condena perpetua a galeras no duraba generalmente más de cuatro años; ese era el máximo que el prisionero lograba sobrevivir en tales condiciones.*⁹³

Igualmente se comenzó a utilizar a los presos en la elaboración de obras públicas, los convictos eran utilizados en la construcción de caminos, carreteras, obras hidráulicas, mantenimiento de puertos, ciudades, etc. La sociedad a través de estas actividades constata y aprueba el trabajo como pena.

2. La determinación y preservación del sistema legal de carácter general para regular y controlar las relaciones de los sujetos en la sociedad capitalista, en general son las condiciones para regular la propiedad, el intercambio, el aspecto civil, el ámbito penal y laboral.

Específicamente la creación del sistema penal es indispensable en la sociedad capitalista, debido a que será en aquél donde se inserten todas aquellas disposiciones permisivas del libre desarrollo del sistema de capital, a través de la sanción de aquellas conductas que afecten la actividad económica mediante la elaboración de tipos penales que contengan como bienes jurídicamente tutelados aquellos intereses y objetivos perseguidos por el sistema, pero declarados como de interés general.

Aquellos que sean un obstáculo al desarrollo del sistema y a su permanencia se convierten en opositores del interés general y, por tanto, en enemigos de la sociedad que deben de pagar por sus actos retribuyendo a la sociedad el supuesto daño que se le ha causado por medio de un beneficio de orden económico (llámese trabajo forzado, presidio militar, construcción de infraestructura, etc.) para el supuesto beneficio de la colectividad.

3. La regulación de los conflictos entre trabajadores y capitalistas y, de ser necesario la opresión política de la clase obrera, tanto con medios políticos como militares; se señala como una de las funciones de mayor relevancia, en virtud del fin primordial de limitar al máximo la mayor remuneración de la fuerza de trabajo, para favorecer el margen de plusvalía.

⁹³ García García, Leticia Guadalupe, *Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2010, p. 101.

El Estado liberal tiene la obligación de presentar condiciones de igualdad, en las relaciones de los sujetos en su carácter de iguales dentro de la sociedad, aunque de forma latente se trata de una relación de dominación y explotación. Para tal efecto, el Estado asume funciones encaminadas a encubrir la creación de las condiciones generales de explotación, la regulación de los salarios y la supresión de la lucha de clases.

En el supuesto de que no sólo se trata de luchas obrero-patronales, sino de aquellas que se dan dentro de la sociedad entre los distintos grupos organizados que la conforman, de las cuales tienen relevancia aquellas que signifiquen empoderamiento al margen de las disposiciones normativas establecidas para el control y mantenimiento de las condiciones sociales y económicas de producción, que signifiquen su puesta en peligro. Para ello podrá hacer uso de la violencia legítima que dispone para reprimir las conductas consideradas peligrosas para el mantenimiento del sistema.

Penalidades como la deportación se traducen en la exclusión y marginación de los indeseables al sistema, con ello se obtenía un doble beneficio, por un lado se legitimaba la pena con el discurso de la separación del sujeto socialmente dañino, del aislamiento del desviado de la sociedad normal y, por el otro, se obtiene la dispersión y disolución de individuos y grupos de resistencia al sistema hegemónico. Además del beneficio económico que representaba la colonización y explotación de los recursos naturales en las tierras conquistadas por las potencias ahora capitalistas en el siglo XVI.

La regulación del ocio por medio de la criminalización de la pobreza permitió la creación de establecimientos de corrección llamados *Casas de trabajo*, en el que se encerraba a mendigos, vagos, prostitutas, etc; y a aquellos que se les había impuesto como pena por la infracción de alguna disposición normativa. “*En este tipo de instituciones se recluye al mal en general, al mal intencional representado en los delincuentes, el mal involuntario como el de los enfermos mentales, al mal social representado por la vagancia y mal vivencia, en el que*

*coinciden que de todos ellos se obtiene un beneficio de carácter económico, al explotar el trabajo de cada uno de estos individuos representantes del mal.*⁹⁴

La retribución como finalidad de la pena maneja un doble discurso, en el que se atiende a la ficción de la representación de la “*sociedad*” como a aquella a la que se afecta con la actualización de conductas delictivas y que, por ende, se le debe resarcir el daño que se le ha causado, en razón de que al estar conformada por cada uno de los individuos que la integran, es que el resarcimiento es de carácter general.

La realidad es que las conductas delictivas afectan intereses y bienes específicos; así, el traslado de la facultad de sanción hacia el ente público, impide a quién es afectado por una conducta delictiva se beneficie directamente del producto de la sanción impuesta al agresor, en atención a que la retribución se hace a la generalidad, aunque en su cúmulo signifique un provechoso producto económico para cierto grupo encargado de la administración e impartición de legalidad.

2.3. El Estado de bienestar y la readaptación del delincuente.

Ante los postulados conservadores del liberalismo en donde se da una adversidad a cualquier tipo de intervención pública por considerarla como una amenaza al régimen de libertades y principios que promueven el progreso individual y el crecimiento económico, aparece una corriente reformista.

Dicha corriente situó al Estado como una solución alternativa a los problemas estructurales del capitalismo que estaban poniendo en riesgo la estabilidad y permanencia del propio Estado, así que éste tenía que asumir una posición activa ante la situación de desigualdad prevaleciente con el fin de moderar los efectos sociales del desarrollo industrial, como la indigencia y el desempleo y, así, evitar confrontaciones entre los factores de la producción; es decir, se abría una alternativa para tratar de solucionar los conflictos sociales ocasionados por el capitalismo a través de la lucha política en el marco de la democracia liberal.

⁹⁴ García García, Leticia Guadalupe, *Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano*, Op cit, p. 111.

El final de la Primera Guerra Mundial y de la crisis económica ocasionada por la gran depresión de 1929, fueron acontecimientos determinantes para cimentar nuevas posiciones tendientes a la regulación pública de las actividades económicas.

Anteriormente, la regulación de la economía no estaba presente en las Constituciones nacionales durante el siglo XIX; ya que, de acuerdo a las tendencias liberales de aquella época se tenía la certeza de que la economía en su desarrollo se regía por sus propias leyes naturales de cumplimiento forzoso, el establecer leyes de carácter artificial para regular la economía se consideraba una tarea innecesaria.

Una vez terminada la Primera Guerra Mundial y debido a los efectos devastadores que trajo consigo, se concluyó que era necesaria la intervención estatal en la economía, al ser ésta producto de la actividad humana y no de leyes naturales absolutas.

Es cuando se da la aparición del constitucionalismo social, representado por las Constituciones de México de 1917, la de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1918 y la Constitución Alemana de 1919 como pioneras de dicha corriente, se colocan las directrices para la intervención estatal en la economía con el objetivo de establecer parámetros de protección a las personas en las dimensiones social y económica.

En el constitucionalismo social se desarrolla la alternativa en torno a la crisis del Estado liberal abstencionista en materia económica, en el que no sólo se van a atender el reconocimiento de los derechos fundamentales sino que se va a tratar de dar garantías a los mismos, entendiendo éstas “*como las técnicas idóneas para asegurar (el máximo grado de) efectividad a las normas que los reconocen*”⁹⁵, sobre todo a aquellos derechos que son menester su protección para el adecuado desarrollo humano, es decir, “*llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede garantizarse por sí mismo*”,⁹⁶ surge el Estado social.

⁹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Op cit*, p. 105.

⁹⁶ García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977, p. 19.

En el constitucionalismo social, la Constitución Mexicana de 1917 tiene el mérito de establecer los derechos laborales por primera vez en un ordenamiento constitucional, con la finalidad de que el Estado intervenga en la economía para la protección del sector más desfavorecido, el de los trabajadores; la Constitución de la ex-Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (1918) fue más allá de implementar un constitucionalismo social, al establecer un sistema político distinto para modificar por completo el régimen económico con la implementación del socialismo; la Constitución Alemana de Weimar de 1919, establece una sección denominada “*la vida económica*” en donde se regula de manera orgánica la economía a nivel constitucional, por lo que se considera la primera constitución económica del constitucionalismo moderno.

El Estado de bienestar es aquél que interviene en la regulación económica con la finalidad de redistribuir la producción mediante el otorgamiento de subsidios principalmente en los sectores de educación y salud, a través de las instituciones públicas se busca proveer una política social dirigida a mejorar las condiciones de vida y de promover la igualdad de oportunidad de acceso a los servicios indispensables para un adecuado desarrollo humano.

Hasta que la libertad y el tiempo del hombre son considerados valiosos por el Estado y que el tiempo productivo es considerado como valor de cambio, es que la pena privativa de libertad comienza a ser de uso primario. Anteriormente, la visión del castigo era en torno a la conducta delictiva, al resultado de la conducta como delito. Ahora, la concepción de la pena y su finalidad se dirige al delincuente en su calidad de sujeto de relaciones sociales.

La conducta delictiva deja de ser objeto de venganza en el discurso formal para ahora centrarse en la atención al delincuente, por medio de un equipo de científicos encargados del estudio de su situación física y emocional se tratará de lograr el objetivo principal: la rehabilitación del delincuente.

El discurso estatal en esta fase punitiva se basa en que la pena privativa de la libertad tiene como finalidad la rehabilitación del delincuente, la justificación es que el delincuente comete un delito motivado por una disfunción, llamada “disfunción social”; por lo tanto, la privación de la libertad sirve para separar al

delincuente de la sociedad en la que funcionó de manera negativa, posteriormente se valora su estado por diversas disciplinas científicas y se le aplica un tratamiento que al concluir permitirá la reinserción del sujeto que delinquiró a la sociedad, completamente rehabilitado.

La característica de esta etapa es el tratamiento hacia el sujeto que delinque, no considerado en el hecho delictivo sino en las motivaciones y causas que dan origen al comportamiento de la conducta delictiva, atendiendo a circunstancias económico-sociales el sujeto es valorado como un desadaptado o inadaptado social; por lo tanto, un tratamiento adecuado basado en múltiples disciplinas proporcionarán al sujeto las condiciones adecuadas para su reinserción en el cuerpo social.

La reinserción del sujeto al cuerpo social en el Estado de bienestar se distingue de la concepción actual de *reinserción* en el sistema neoliberal, en cuanto mejora y creación de condiciones sociales distintas a las que en origen llevaron al sujeto a delinquir, tiene un doble efecto, correctivo y preventivo, en tanto que las condiciones sociales permiten el mejoramiento de la calidad de vida de los individuos.

El cambio en el discurso de la aplicación de sanciones en el sistema penitenciario se debe en gran parte al auge económico de los países hegemónicos posterior a la culminación de la Segunda Guerra Mundial, los efectos que tuvo en los países en vías de desarrollo en Latinoamérica y particularmente en México permitió una mejora en las condiciones sociales de varios sectores de la población.

En el caso de México, a partir de la salida de Porfirio Díaz de la Presidencia de la República se presenta un cambio sustancial en el grupo que controlaba el aparato de dominación. El Estado se convirtió en la fuente del derecho de propiedad (artículo 27 constitucional) con limitaciones para extranjeros. El artículo 123 facultó al Estado como regulador de las relaciones de trabajo entre asalariado y capital y, las facultades del Poder Ejecutivo se concentraron de tal manera que prácticamente asumió y absorbió la mayoría de las funciones de los Poderes Legislativo y Judicial.

El Estado mexicano intervencionista en la regulación y directamente en las actividades económicas del país a diferencia del Estado capitalista deja de ser un mero árbitro para ser un actor en la actividad económica, permitió el reconocimiento e integración al sistema de los “*grupos de interés*”, como los sindicatos dando inicio a la corporativización del Estado.

Una vez terminada la lucha armada post-revolucionaria, el Estado mexicano que se desarrolla con los ideales plasmados en la Constitución Política de 1917 procura un beneficio social para las masas campesinas y trabajadoras, controladas con modalidades paternalistas y autoritarias, con la finalidad de desarrollar el capitalismo en un sector más amplio de la sociedad.

El papel del Estado fue sumamente activo, como empresario y propugnador de la economía mixta, fomentó el crecimiento económico que le permitió una prolongada estabilidad política, se convirtió en un Estado benefactor y árbitro de los conflictos sociales. Desafortunadamente, el atraso económico, social y político del país hizo que a partir de los años cuarenta el desarrollo del aspecto social del Estado se detuviera, debido a que se habían sentado prematuramente las bases jurídicas de lo social sin una base material suficientemente desarrollada.

Para mantener el estado de Bienestar en México, se trataron de realizar medidas que no eran acordes a la realidad social y económica, por lo que los resultados fueron distintos, al pertenecer a los países llamados del “tercer mundo”, surgen dos problemas para la implementación de las políticas de bienestar e intervención estatal: el primero, en estos países la producción de bienes y la recaudación de impuestos no es suficiente para hablar de una redistribución, sino de un gasto excesivo por parte del Estado, lo que necesariamente desemboca en una deuda interna y externa sumamente asfixiante; segundo, en la mayoría de estos países existe una multiculturalidad, que pocas veces es considerada en las políticas de desarrollo y de ahí su fracaso.

De lo expuesto, el sistema de protección social conformado en México hasta los años ochenta manifiesta características un tanto similares, pero, en la práctica alejadas respecto de los desarrollos observados en las democracias capitalistas. Formalmente, hoy en día la Constitución reconoce derechos sociales que son

comúnmente aceptados en las sociedades modernas como componentes del mínimo indispensable para disponer y gozar de una vida digna y de oportunidades de integración y ascenso sociales.

La afinidad de objetivos sociales y económicos en el diseño y expansión de la intervención estatal por sí misma no constituye un factor de desigualdad. El problema en el caso de nuestro país fue que los acuerdos trazados excluyeron a la sociedad y economía rurales cuando el país era esencialmente campesino, el proyecto de los años cuarenta dejó en un papel secundario a la agricultura, que junto con el abandono de las políticas e inversiones públicas, apresuraron el deterioro social en el campo y agotaron el potencial agrícola hasta llegar a su crisis en la década de los sesenta, esto obligó a mucha gente a emigrar a las ciudades en busca de mejores oportunidades; así, el espacio urbano se convirtió en receptáculo de la pobreza rural y generador de nuevas miserias.

Para los años sesenta el Estado de Bienestar en México entró en crisis, las condiciones sociales que había prometido el movimiento revolucionario no habían llegado, sino al contrario, se deterioraron diversos aspectos de la vida social que impidieron ampliar la base social del sistema de bienestar. La eliminación de los programas orientados a la mitigación de la pobreza una vez iniciada la crisis de 1982 confirmó la fragilidad de los compromisos del Estado con los sectores sociales menos favorecidos, demostró que la política social en su conjunto no ocupa un lugar prioritario en las prioridades gubernamentales.

La falta de alguna resistencia política ante todos estos cambios, corrobora la precariedad con la que opera la democracia como instrumento de defensa de los intereses mayoritarios. Las iniciativas emprendidas con posterioridad se han centrado en ofrecer alternativas endebles para la población pobre y aplicar reformas racionalizadoras (descentralización, control de gasto, búsqueda de eficiencia) y liberalizadoras (eliminación de subsidios, reestructuración del sistema de pensiones, subrogación) de los servicios que, han reducido los beneficios y limitado aún más las oportunidades de acceso social.

El sistema de bienestar que logró desarrollarse a lo largo del siglo XX generó una sociedad dividida en cuanto a la satisfacción de sus necesidades básicas. El

sistema ha contribuido a acentuar las desigualdades que se generan en el ámbito económico, lo que lo hizo claramente regresivo respecto de la norma redistributiva que se supone debe orientar su función. Todo esto ha configurado una política social que solo favorece a los individuos con mejor ubicación en la estructura económica, con ingresos más altos y con capacidad de organización e influencia en las decisiones gubernamentales.

Esta orientación aproxima al Estado mexicano en un sentido contrario a los objetivos y marcos formales de bienestar, indispensables para la mejora en la calidad de vida de los ciudadanos y, por ende, en condiciones de oportunidades preventivas en conductas sancionadas por el derecho penal; por el contrario, el Estado mexicano se aproxima a aquellos regímenes que privilegian el bienestar ocupacional, en el cual nuestro país ha excluido a un amplio sector de la población, generando un caldo de cultivo para la sanción de aquellas conductas de resistencia a las condiciones impuestas, criminalizando la condición social de aquellos desfavorecidos y excluidos de los beneficios políticos y sociales.

Por lo tanto, la idea de la readaptación del delincuente y su consideración como persona con plenos derechos dentro del sistema político y jurídico-penal perdió su vigencia junto con los beneficios del endeble Estado de Bienestar mexicano, contrariamente incrementó la aplicación del sistema punitivo a un universo cada vez mayor de la población relegada y empobrecida con las políticas que comenzaron con la desmantelación del sistema intervencionista estatal para dar paso a la llegada de la modernización estatal, a través de la descentralización como un nuevo modo de acción pública.

2.4. El estado neoliberal: la neutralización del enemigo y la expropiación de sus bienes.

La crisis financiera de los Estados benefactores provocado en gran parte por los inversionistas capitalistas que decidían no invertir en un Estado con un carácter social por el miedo que les ocasionaba sufrir pérdidas, determinó la desaparición del Estado benefactor, para dar paso al regreso del liberalismo económico reformado en el Estado neoliberal, en el que además de buscar la

modernización económica, busca introducir cambios de carácter estructural en las instituciones.

Es una vuelta al tránsito de las funciones de la esfera pública hacia la esfera privada, donde se da una transformación integral de las fuerzas políticas a través de su redefinición ideológica y a las personas en su *status* de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar, significa el enfrentamiento con nuevas condiciones laborales, económicas y sociales definidas nuevamente por el mercado pero ahora de carácter global.

Los orígenes de la visión de un Estado liberal con funciones mínimas se remonta a Adam Smith y los fisiócratas quienes trataban de entender y de explicar como una nación podía incrementar su riqueza. Para Smith el hombre de manera natural cuenta con condiciones de libertad y propiedad, así que cada individuo determina el mejor uso de sus recursos con la finalidad de mejorar su condición, y por ende, esto traerá como consecuencia inevitable el bienestar general, la intervención estatal impediría el desarrollo de dicho bienestar.

Para Smith el Estado tiene tres obligaciones “*la defensa del exterior, la administración interna de justicia y, el mantenimiento de obras y establecimientos públicos de un prohibitivo costo para los particulares*”.⁹⁷.

Otro de los ideólogos del liberalismo en principio y posteriormente del neoliberalismo es Jean Baptiste Say, el cual cree en la imposibilidad de una crisis de sobreproducción, señala que cada oferta crea su propia demanda, así que la intervención estatal de carácter económica es innecesaria, postuló que cuando el gasto del Estado contribuía a crear o a mantener el capital, entonces era un gasto productivo, en cambio era improductivo cuando el gasto estatal se destinaba a satisfacer las necesidades de la sociedad.

Stuart Mill señala que el sistema impositivo debe respetar la propiedad privada y las desigualdades económicas, toda vez que estas resultan de las diferentes habilidades y capacidades de los individuos, para lo cual es necesaria

⁹⁷ Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, 5ª ed, México, Publicaciones Cruz O, 1981, volumen II, p. 297-328.

una política educativa que permitiera mayores oportunidades a los individuos para lograr eliminar de forma gradual la diferencia social.

Estos postulados habían sido superados cuando el liberalismo económico entra en crisis y se opta por la instauración del Estado social primeramente, basado en la obras de William Beveridge acerca de la política social, en su libro *Pleno empleo en una sociedad libre*, establece la relación entre empleo y seguridad, y plantea a ésta última como un medio de inclusión social.

Para Beveridge la política social debe tener como propósitos los de evitar tanto la indigencia como la polarización del bienestar, el Estado puede promover una redistribución en la medida de asegurar los ingresos necesarios para la subsistencia. Los principios básicos de su modelo de seguridad social son: *“justicia, la oportunidad razonable de tener trabajo remunerado, la certeza de contar con ingresos suficientes para estar a salvo de la indigencia y la defensa de la familia como unidad social”*⁹⁸. Sin embargo, como lo señala Jeannot *“Beveridge inaugura una política estatal benefactora pasiva o indemnizadora, que a la postre a llevará a la crisis del estado benefactor”*⁹⁹.

Con el Estado benefactor (*Welfare state*), a pesar de los esfuerzos de los diferentes Estados que habían adoptado la socialización de sus políticas finalmente a una crisis insostenible, debido a un crecimiento ilimitado de las demandas de bienestar social que se reflejó en el continuo incremento del gasto social, ocasionando una crisis fiscal al tener limitaciones para poder realizar las recaudaciones que le permitieran solventar el gasto social cada vez más demandante. Junto con la crisis fiscal, las instituciones públicas del Estado de bienestar comenzaron a entrar en sus propias crisis fundamentalmente por la obesidad burocrática, la corrupción y la insensibilidad social que fue origen de su implementación.

Uno de los últimos bastiones del Estado socialista terminó con el fin de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, así como la derrota del socialismo frente al capitalismo en la Guerra Fría, por lo que la opción era regresar a la

⁹⁸ Kusnir, Liliana, *La política social en Europa*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1996, p. 48.

⁹⁹ Jeannot, Fernando, *Tercera vía. La nueva economía mixta que impone el pragmatismo*. Plaza y Valdés, México, 2000, p. 41.

privatización de la economía, donde se presentaron argumentos de tipo económico: señalando que la privatización eleva la eficiencia en la asignación de los recursos públicos; político: debido al incremento de organizaciones sindicales la privatización permite el desmembramiento y disolución de las coaliciones sociales que buscan beneficios excesivos por parte del Estado; sociológicos: el reconocimiento de la ineficacia de los programas sociales gubernamentales, permiten sugerir el fortalecimiento de instancias comunitarias descentralizadas y no gubernamentales que sean capaces de garantizar la eficacia de los programas públicos.

Los gobernantes en el sistema neoliberal capitalista dicen perseguir cuestiones relativas al bien común, el interés nacional, la seguridad nacional, la independencia nacional, tratando de ocultar y distanciar los objetivos reales que están encaminados a la preservación de los intereses capitalistas. El marxismo señala que el objetivo primordial del Estado es el mantenimiento del sistema mismo.

El regreso al liberalismo surge con la sociedad de Mont Pelerin (Suiza) en 1947, organizada durante la reunión a la que el economista Friedrich Von Hayek convocó a otros ideólogos entre los que destacan Karl Popper, Milton Friedman, Ludwig von Mises y Walter Lipman. Esta sociedad se declaró enemiga de todos los formatos de organización económica en los que el Estado asumía algún grado de intervención, un claro rechazo a la visión del Estado socialista, en ella se planteó que el Estado debe garantizar la libertad para elegir; por lo tanto, sus únicas funciones deben ser: brindar protección interna y externa, mantener un sistema de justicia como sustento de los contratos y la propiedad, organizar el financiamiento para la producción privada de bienes públicos y brindar cuidado social a los que carecen de capacidad para asumir responsabilidades.

El neoliberalismo introduce cambios de carácter estructural en las instituciones, la transición de la esfera pública a la esfera privada, se califica a la esfera pública como “pasado” sinónimo de algo negativo, mientras que a la esfera de lo privado aparece como el espacio de la “verdad”. El Estado interventor y de bienestar expresado como pasado es el adversario principal, ya que, se encuentra

anclado en la oscuridad ideologizado e irracional; en cambio, el racional es aquel que se encuentra en el futuro, lo que le permite entender los nuevos tiempos y la magnitud del desafío de cambio.

Los cambios de la transición de la esfera de lo público a la privada presentan variables económicas, políticas y sociales, entre ellas: la modificación del mercado laboral, la economía informal, el aumento de la desocupación y el desempleo, la concentración del ingreso y, el aumento del costo social consecuencia de las políticas de ajuste y la distribución inequitativa de sus costos al interior de la sociedad.

La propuesta neoliberal se implantó por vez primera en Inglaterra durante el mandato de Margaret Thatcher en 1979, posteriormente en Estados Unidos en 1981 con Ronald Reagan. A partir de 1990, con la caída del muro de Berlín, se implementó en Europa y la Unión Soviética, igualmente en China mediante los modelos de la economía socialista de mercado y los bolsones de economía capitalista. La crisis en Asia de 1997-1998 fue interpretada por los neoliberales como una prueba de que el fuerte intervencionismo del Estado y el alto nivel de proteccionismo inhibían el correcto funcionamiento capitalista.

En América Latina, el neoliberalismo ha constituido la respuesta al desgaste de los modelos intervencionistas. El liberalismo extremo o fundamentalismo de mercado se ha convertido en el paradigma dominante y ha sido tal su penetración en esta región, que en muchos de estos países los sacerdotes de la economía neoliberal consideran que sus políticas son insustituibles. La forma en que ha penetrado ha tomado la forma de Programas de Ajuste Estructural¹⁰⁰, recomendados y supervisados por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, como condición para proporcionar la ayuda necesaria ante las crisis en las que habían entrado los países solicitantes.

¹⁰⁰ Los Programas de Ajuste Estructural consisten en un conjunto de políticas destinadas a terminar con los Estados de bienestar latinoamericanos de mediados del siglo XX. Consisten en recomendaciones que tienden al achicamiento del Estado, la privatización de las empresas y servicios públicos, la liberación de los mercados, especialmente el mercado externo, la eliminación de las políticas sociales, la privatización de la seguridad social, el incremento de la recaudación tributaria mediante impuestos indirectos, la reforma del mercado laboral y del sistema educativo.

La doctrina neoliberal radicaliza el derecho de propiedad al no concebir que sea una función del Estado utilizar el gasto público como un medio para hacerse cargo del bienestar de las personas y las familias, porque la desigualdad tiene efectos benéficos sobre la dinámica de las actividades privadas. *“La posición neoliberal es que se obtendrá el máximo crecimiento económico permitiendo que la distribución del ingreso sea determinada por el mercado; los gobiernos no deberían adoptar políticas de redistribución del ingreso de los ricos a los pobres”*.¹⁰¹

En el Estado mexicano, los tecnócratas neoliberales apoyan la instauración del neoliberalismo basados en la crítica al Estado de bienestar al que señalan como un sistema de representación de intereses que ha sido calificado como corporativismo de Estado, asentado en coaliciones distributivas que fueron la base de la estabilidad política.

La naturaleza corporativista del Estado mexicano se expresó en que *“...las posibilidades de solución de las demandas dependen de la adscripción, es decir, de la pertenencia a determinada organización, de la fidelidad política personal y no del ejercicio de un derecho ciudadano y de la validez de la demanda...”*¹⁰², así, el Estado presenta un formato atrasado, distante de los Estados de bienestar europeos surgidos a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial *“Al intercambiar apoyo político por solución de demandas, se dificulta y se desalienta la autonomización de los ciudadanos y se propicia la reproducción de relaciones clientelares y de cacicazgos rurales y urbanos”*¹⁰³.

Después de casi tres décadas el nuevo modelo no ha sido capaz de promover un ciclo de crecimiento alto y sostenido, el efecto benéfico de las reformas estructurales es temporal y concentra sus beneficios en los grupos sociales propietarios del capital, quienes exigen más reformas estructurales. El liberalismo ocupó al estado de Bienestar para *“amansar a las clases*

¹⁰¹ Mac Ewan, Arthur, *Neoliberalismo o Democracia*, Interpón Oxfam, Barcelona, España, 2001, p. 115.

¹⁰² Gordon, Sara R., “El Programa Nacional de Solidaridad en la modernización del Estado Mexicano” en Carlos M. Vilas (Coordinador), *Estado y políticas sociales después del ajuste*, Nueva Sociedad-UNAM, México, 1995, p. 18.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 118.

*peligrosas*¹⁰⁴, sobre todo al sector obrero, para legitimarse ante esas clases peligrosas que podían a través de revueltas y manifestaciones alterar el orden y matiz hegemónico. En México, las *clases peligrosas* estuvieron maniatadas a través de un partido político, el Partido Revolucionario Institucional, el cual aglomeraba en su seno a los sectores obrero, campesino y popular a través de organizaciones destinadas para ello.

La alternativa al anacrónico Estado de Bienestar es el Estado Neoliberal en el que se pugna por un Estado Mínimo, es decir, se incentiva la participación de la iniciativa privada y de la ciudadanía en diversas áreas del Estado, en la que éste se apartaría para otorgar a otros actores sociales la competencia de éstas, incluida la cuestión social. Ahora, las fuerzas del mercado podrían actuar libremente sin riesgo de perder su hegemonía, aspecto que provocaría la pobreza, marginación, vulnerabilidad y exclusión de millones de personas.

La política social neoliberal brinda a cada actor social la oportunidad de participar en materia de asistencia social; ya que, esa situación lo eleva al rango de ciudadano, pero es injusto para muchos grupos vulnerables dejarlos al libre albedrío, sin ningún apoyo estatal de por medio, la inserción cada vez más extensa de actores de la iniciativa privada en la política social es la persecución del lucro, contrario a la finalidad de la intervención estatal social.

En el Estado neoliberal, la política social presenta características de exclusión, selectividad y temporalidad:

La exclusión debido a que las políticas sociales no abarcan a la gente que más lo necesita, el apoyo se sigue presentando principalmente dirigida a la gente de las grandes urbes, a los mejor organizados, en detrimento de las personas que viven en las zonas rurales.

La selectividad entendida como una focalización con base en diversos estudios previos para determinar qué población está en condiciones para gozar o no de los beneficios de la asistencia social, es pasar de políticas sociales universales a políticas selectivas, los beneficios ya no son para todos. El Estado neoliberal utiliza como estandarte la selección de los beneficiarios de la política

¹⁰⁴ Wallerstein, Immanuel, *Después del liberalismo*, 4ª ed, México, Siglo XXI, 2001, p. 155.

social, será dirigido exclusivamente a los más pobres o a los grupos netamente vulnerables, con base en la situación de apoyar a los más necesitados y no a todo el universo poblacional.

La temporalidad es informar a la gente que los programas derivados de la política social tienen un tiempo de vigencia, la duración es por un periodo determinado, en ningún caso de forma permanente.

Los partidarios del Estado Neoliberal al visualizar que éste trae como consecuencia el incremento en la pobreza y las desigualdades, han adoptado algunos mecanismos existentes para legitimarse en el aspecto social. El Banco Mundial desde su instauración ha promovido proyectos productivos con la finalidad de erradicar la pobreza alrededor del mundo, ahora con los estándares neoliberales está orientado a legitimarse ante los grupos más vulnerables de la sociedad incluidos los considerados como *clases peligrosas* y ante aquellos grupos que el modelo ha conducido a la pobreza y marginación.

Con el modelo neoliberal, en la práctica las desigualdades sociales van en aumento, la lógica del beneficio personal prima sobre los intereses comunes, las libertades se restringen en la sociedad del espectáculo por la crisis del trabajo y la precariedad laboral. La retórica neoliberal ha impuesto en las sociedades como si se tratara de una verdad revelada en el que el principal enemigo no es otro que el Estado social.

En su momento con la propiedad social, los pobres pudieron acceder a una supuesta riqueza de un patrimonio común, se garantizaba en cierta medida un espacio de integración social, sobre todo para aquellos que por carecer de propiedades corrían el riesgo de ser relegados del resto del grupo social.

Con la descalificación de las instituciones públicas del Estado de Bienestar, la bipolarización de la sociedad entre ricos y pobres adquiere un ritmo acelerado, crece en el imaginario colectivo el miedo, el miedo de la inseguridad, las víctimas son convertidas en enemigos y, se debilita la cohesión de las clases medias para dar paso a un mayor número de sujetos y grupos excluidos de los beneficios del sistema político y económico. Lejos de la sensibilización por las condiciones de

marginación y desigualdad social creadas y existentes se responde apelando, como si de delincuentes se tratara, a las fuerzas del orden.

Desafortunadamente, cuando no se puede apelar a la delincuencia como sinónimo de la situación de desigualdad social y marginación, la exclusión se vuelve inclusión en el sistema punitivo. El Estado para ello crea un sistema normativo *ex profeso* con la finalidad de segregar a aquellos actores excluidos, incluyéndolos en nuevas modalidades de sanción penal, la finalidad es la perpetuación de la realidad, la realidad del mantenimiento del grupo hegemónico y de las condiciones sociales que le permiten mantenerse en ese lugar privilegiado y beneficiado de las consecuencias del sistema.

El castigo en el Estado moderno neoliberal tiene la finalidad de segregar a aquellos individuos y/o grupos indeseables, a las *clases peligrosas* “*la principal forma de castigo siempre ha sido señalar al culpable, mantenerlo a distancia, aislarlo, crear un vacío a su alrededor, separarlo de los ciudadanos que respetan la ley*”¹⁰⁵; así, la tendencia de criminalizar ciertas conductas que con la publicidad excesiva se convierten en los peores males de la sociedad, los cuales tienen que ser reprimidos por el Estado de la misma manera para verificar su eficiencia y justificación.

Al respecto Loic Wacquant señala que la cuestión penal se ha allegado de una agitación en torno a la seguridad de tipo penal con la peculiaridad de presentar varias características que la asemejan mucho al género pornográfico “*con el objeto de ser exhibido y visto...la prioridad absoluta es montar un espectáculo...los actos antidelito deben ser metódicamente puestos en escena, exagerados, dramatizados e incluso ritualizados.*”¹⁰⁶ Con ello, el Estado hace de la cárcel la verdadera protección contra los desórdenes que, cuando se producen fuera de este submundo, son acusados de amenazar las bases de la sociedad.

¹⁰⁵ Durkheim, Émile, Citado en su prólogo por WACQUANT, Loic, *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Trad. Margarita Polo, Barcelona, Gedisa, 2010.

¹⁰⁶ Wacquant, Loic, *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Trad. Margarita Polo, Barcelona, Gedisa, 2010, p. 14.

La política criminal aplicada en el Primer Mundo, específicamente la transformación de esa política en una consecución a través de la guerra parafraseando a Clausewitz por los Estados Unidos por medio de “La guerra contra el crimen” es fuente teórica e inspiración práctica para el endurecimiento de las penas y de las políticas represivas de seguridad de los países que la aplican, esto ha traído como consecuencia un aumento espectacular de la población privada de la libertad.

Finalmente, en el Estado neoliberal de forma paralela al desarrollo del modelo económico, político y social inherente, la evolución del sistema penal se ha desarrollado de forma paralela para la protección del nuevo orden, con la implementación de disposiciones normativas, específicamente de tipo penal, se busca establecer y perpetuar el nuevo orden, aunado a la segregación en establecimientos de alta seguridad de los integrantes de las *clases peligrosas*. De igual manera, el desmembramiento económico de los actores sociales considerados peligrosos para el sistema a través de la expropiación de sus bienes mediante figuras jurídicas como la extinción de dominio.

El neoliberalismo abre la oportunidad a la expansión de los mercados de aquéllos que son partícipes en los mismos, amplía la marginación y exclusión de aquéllos que no cuentan con una participación en ellos. Así, en un *“análisis comparativo de la evolución de la penalidad en los países avanzados en la última década revela un estrecho vínculo entre el ascenso del neoliberalismo...que propugna la sumisión al libre mercado y celebra la –responsabilidad individual- en todos los ámbitos, por un lado, y la adopción de políticas punitivas e impulsoras del mantenimiento del orden”*¹⁰⁷

2.4.1. Realismo de derecha.

La evolución del neoliberalismo en la política punitiva adopta nuevas estrategias que buscan mantener el orden establecido; sin embargo, en la criminología se mantienen diferentes posturas al respecto:

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 29.

1. *El abolicionismo penal*, cuyo postulado es la reapropiación del conflicto por parte de la víctima y la sustitución del sistema penal por un sistema de Derecho Civil o Administrativo.
2. *El garantismo penal*, también llamado Derecho Penal mínimo, en donde se avoca a la recuperación del Derecho Penal garantista, característico del llamado Estado de Derecho Democrático, donde solamente se penalizan las conductas que impliquen un daño verdadero y sean socialmente relevantes, y;
3. *El realismo de izquierda*, tiende más hacia la Política Social que a la cuestión criminal, es decir, se dirige hacia el estudio de las causas sociales que dan origen a la criminalidad y la atención a las mismas, exige una mayor protección a la clase trabajadora contra el delito, esto a través de más y mejor policía; una eficaz administración e impartición de justicia; y contar con modernas instalaciones penitenciarias en donde no haya problemas de sobrepoblación y se ejerza un eficaz control y vigilancia de los internos, lo anterior conlleva un incremento de los controles formales del Estado.

Frente a las ideas del realismo de izquierda surge el llamado Nuevo Realismo o Realismo de Derecha, el cual va a servir de sustento ideológico y criminológico al Estado Neoliberal para mantener un eficaz sistema de control; se basa ideológicamente en el aumento de la delincuencia en la sociedad, pero se concentra en la delincuencia de tipo organizada, la cual por su capacidad operativa y económica resulta de mayor complejidad su combate por los medios tradicionales.

De esta forma, el Estado neoliberal dentro del contexto global en que se desenvuelve, junto con la transnacionalización de la economía va a implementar la transnacionalización de disposiciones y ordenamientos jurídicos del mismo carácter, con la finalidad de proteger la economía de mercado de aquellos agentes que se consideren pudieran poner en riesgo el sistema político-económico de producción imperante.

El Estado mediante el uso de los aparatos ideológicos persuade a la sociedad de los beneficios de la instauración de aparatos represivos de mayor

eficacia a sus fines, legitimando dichas acciones en ficciones y exacerbaciones de la situación social existente, elaborando legislación de emergencia, con un carácter excepcional y privativa para así “proteger a la sociedad” de los actores que en realidad ponen en riesgo a la economía establecida por los agentes nacionales y transnacionales de poder en la sociedad.

La trascendencia en la aplicación de la política criminal es la exacerbación de determinadas situaciones de emergencia que justifican una agresiva intervención estatal para así poner orden a la situación emergente y llevar las cosas a su estado original, sin embargo, las cosas no vuelven a su estado original, sino que las medidas excepcionales permanecen con las alteraciones que permiten un efectivo control social hacia aquellos sectores que carecían de él.

A partir del 11 de septiembre de 2001, la política exterior norteamericana se caracteriza por la búsqueda de enemigos en diferentes lugares del mundo a los cuales hay que vencer por representar una amenaza latente a la seguridad nacional no sólo de aquél país sino de cualquiera del orbe, se erigen los Estados Unidos de América como el país estandarte de los valores occidentales que deben ser considerados de carácter universal, basados en el discurso de la libertad y la democracia ha legitimado su intervención en diferentes regiones del mundo por encima de la negativa de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas.

Con la justificación de la búsqueda y preservación de la seguridad mundial ante grupos desestabilizadores calificados de manera genérica como terroristas realiza intervenciones armadas, políticas, económicas y jurídicas. Las armadas consistentes en el envío de tropas a zonas ricas en energéticos como el petróleo, derroca regímenes que han prescrito en su utilidad a los intereses capitalistas de corte neoliberal para imponer nuevos regímenes que sean acordes con la realidad económica y política de expansión. Las políticas y económicas, a través de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial se condiciona la ayuda económica a los países a la implementación de políticas económicas reduccionistas de intervención estatal. Las jurídicas, en la elaboración de Convenciones que vinculan a los países a la adopción de medidas

excepcionales y contrarias a un sistema penal garantista, apegadas a medidas propias de un estado autoritario con legislaciones *ad hoc* basados en situaciones de inseguridad con las que se busca mitigar con medidas represivas situaciones de desigualdad social.

En esta etapa, la justificación de la finalidad del sistema punitivo penal es hecha a un lado, la penalidad en el sistema neoliberal se convierte en un fin en sí misma, esto es, conforme el Estado evolucionó a través de sus distintas etapas políticas y sus consiguientes sistemas económicos la pena fue modificada de acuerdo a los intereses que en cada sistema político y económico se buscaba preservar. El expiacionismo, el correccionalismo, la reinserción a través de distintas disciplinas para el tratamiento del sujeto desviado y su derivación en la readaptación social han sido los estandartes con los que el sistema punitivo ha legitimado y justificado su existencia y evolución, de igual manera a través de los distintos bienes que han sido y son objeto de tutela jurídica y en su caso de sanción penal cuando sufren de alguna transgresión.

Se pretende finalizar la *“era de la indulgencia penal y hacer un ataque frontal al problema del crimen”*¹⁰⁸ con medidas reactivas caracterizadas por la represión sin atender las causas de fondo que les dan origen. El Estado busca someter a todos aquellos grupos problemáticos al imperio de la ley, la cual es diferenciada atendiendo a la pertenencia y riesgo que represente al sistema.

La política punitiva significa una *“proliferación de leyes y un deseo insaciable de innovaciones burocráticas y dispositivos tecnológicos... procesos judiciales acelerados... cámaras de vigilancia...”*¹⁰⁹, el sometimiento a la ley, es de acuerdo a la nueva ley que impone el mercado y el sistema político-económico vigente, por medio de dispositivos que trasladan el panóptico del sistema carcelario fuera de éste para ampliar su esfera de acción y vigilancia.

Las condiciones sociales existentes son percibidas por una exaltación del clima de inseguridad social generalizado, por medio de la infusión y difusión en la sociedad de un terror atribuido a ciertos actores a los que se generaliza como

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 30.

¹⁰⁹ *Idem*.

“terroristas”, “delincuentes organizados”, “narcotraficantes”, “sicarios”, “halcones”, entre otros, con los que se estigmatiza para contar con un apoyo incondicional en las medidas represivas y en principio excepcionales aplicadas por el Estado, *“esas políticas punitivas se transmiten en todas partes a través de un discurso alarmista, incluso catastrófico, sobre la –inseguridad–, acompañado de imágenes... y difundidas hasta el hartazgo por los medios de comunicación comerciales”*¹¹⁰

Estos actores sociales peligrosos actúan con medios más eficaces que impiden su captura y, por ende, de ahí su impunidad; por lo tanto, las acciones del Estado deben ser de tal envergadura que superen en todos los ámbitos el margen de acción de los delincuentes estigmatizados, éstas se justifican en la razón de que protegen a todas aquellas víctimas generalizadas en la sociedad, la *“diligencia hacia esa nueva figura del ciudadano víctima del crimen que merece protección”*¹¹¹

Debido a los grandes males causados por la delincuencia estigmatizada, la sanción no amerita que sea igual a la de aquellos que causan un mal menor conforme a la valoración subjetiva que hace el juzgador; asimismo, la ejecución de sanciones penales tiene que ser en establecimientos distintos con mayor seguridad en donde la rehabilitación pasa a segundo plano; ya que, en el posmodernismo neoliberal los delincuentes son considerados incorregibles, por lo tanto, deben de proporcionar utilidad al sistema *“la filosofía terapéutica de la –rehabilitación– ha sido más o menos suplantada por un enfoque de gestión basado en la regulación, por medio de establecimientos de pago...abriendo así el camino a la privatización de los servicios correccionales”*¹¹²

El realismo de derecha puede resumirse en los cuatro postulados señalados por Charles Tame¹¹³:

- a) Afirmaciones radicales de los derechos naturalistas del liberalismo clásico, o libertarianismo;

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ *Ibidem*, p. 31.

¹¹² *Idem.*

¹¹³ Citado por Nájera González, Xavier, *Aproximaciones a las modernas teorías criminológicas*, documento en línea en http://www2.scjn.gob.mx/biblioteca/obras/Apuntes_juridicos_de_secretarios_del_PJF_pte_5.pdf. Consultado el 22 de noviembre de 2011.

- b) Aplicación vigorosa de las herramientas conceptuales del liberalismo económico de mercado;
- c) Una restitución del conservadurismo tradicionalista, y
- d) Un empirismo, principalmente una crítica desvalorada (*value free*) sobre la falla de las políticas establecidas.

2.4.2. Terrorismo de Estado.

Para entender el terrorismo de Estado es necesario comprender el significado y alcance de la palabra “terrorismo”. Henry Kissinger define al terrorismo de la siguiente forma: *“el terrorismo se define como ataques indiscriminados sobre los civiles con el fin de romper el tejido social”*¹¹⁴

Sobre este mismo concepto Raúl Carrancá y Rivas señala que *“El Terrorismo se define como la dominación por el terror...es un medio de lucha violenta practicada por una organización o grupo político contra el poder del Estado y para la consecución de sus fines... es en síntesis una sucesión de actos violentos (delitos) ejecutados para infundir terror”*¹¹⁵.

Regularmente al hablar de terrorismo se hace con referencia y en contra del poder estatal; no obstante, las acciones violentas pueden ser de forma inversa, es decir, que las conductas violentas sean realizadas por el ente estatal apoyado en su aparato represivo legítimo *“El terror y el terrorismo se oponen de manera definitiva, lo mismo a sus adeptos, a la legalidad y al Derecho o inventa su Derecho circunstancial y acomodaticio, por lo que una de sus características es promover la justicia de propia mano.”*¹¹⁶

El terrorismo de Estado es un fenómeno que se origina como consecuencia del poder de los Estados hegemónicos, es una conducta que va en contra de los intereses de los poderosos

¹¹⁴ Olloqui, José Juan de, “Problemas jurídicos y políticos del Terrorismo; Introducción” *Reflexiones en torno al Terrorismo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, serie de estudios jurídicos número 43, 2003, p. 2.

¹¹⁵ Carrancá y Rivas, Raúl, “El delito de terrorismo a nivel nacional e internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho- UNAM*, Primera edición, 2001, Tomo LI, número 236, p. 49.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 50.

No podemos alegar el fenómeno del terrorismo contra los poderosos sin enfrentar también “*el innumerable pero mucho más desproporcionado terrorismo de los poderosos contra los débiles.*”¹¹⁷

En el terrorismo, el Estado no es de forma exclusiva la víctima de sus actos, partiendo de una visión crítica su acción puede ser preparada y cometida por quién generalmente es víctima de hechos terroristas.

La resistencia dentro de una sociedad en contra de las decisiones que los grupos poderosos ejercen sobre los demás, es lo que se cataloga como terrorismo por parte del grupo en el poder.

El Estado mexicano en cumplimiento a las políticas hegemónicas neoliberales está combatiendo la resistencia del gobernado a través de la instauración del terrorismo de Estado por medio del ordenamiento jurídico penal, el cual también se le ha llamado Derecho Penal del Enemigo.

Es la lucha por imponer una verdad o ideología la que probablemente hace del terrorismo un problema tan natural, la lucha de las autoconciencias como lo explica Hegel y la negación de la conciencia dominante. Las acciones de los Estados-Nación que infunden terror y atentan contra los derechos del hombre y de la propia vida se denomina Terrorismo de Estado, estatal o del gobernante, es una lucha histórica y dialéctica de las ideologías opuestas, producto de la evolución histórica amo contra siervo.

El Estado tiene la obligación de proteger y respetar el contrato social que fundamenta a la sociedad civil, por lo tanto, no debe impugnarlo bajo el argumento de la permanencia del mismo por razones de Estado o de Seguridad Nacional.

Bajo estos argumentos se han creado disposiciones que han sido catalogadas por diversos autores (entre los que destaca Günther Jakobs como precursor) como una criminalización de estado previo; es decir, en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del procesal existen tendencias que hacen aparecer en el futuro de la política criminal estatal rasgos de un “*derecho penal de la puesta en riesgo*” de características antiliberales.

¹¹⁷ Chomsky, Noam. *Poder y Terror, Reflexiones posteriores al 11/09/2001*. 2ª ed, México, Edit. RBA, 2003.

Este Derecho se caracteriza primeramente por una amplia anticipación de la punibilidad, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (el hecho futuro) en lugar de su naturaleza retrospectiva (hecho cometido). Otra característica es la desproporcionalidad de las penas, ya que, son sumamente altas y la anticipación punitiva no es tomada en consideración para reducir la pena definitiva y; por último, ciertas garantías procesales y derechos fundamentales son suprimidas o relativizadas.

En este Derecho, el Estado ejerce una violencia legítima basada en la violación del sistema garantista, con la inserción de un sistema legislativo represor de situaciones de riesgo orienta su política criminal a un sistema radical de Derecho Penal Máximo.

Luigi Ferrajoli señala que las doctrinas de la pena *justificacionistas*¹¹⁸ tienen la función de justificar al Derecho penal, sus medios, sus fines, sus valores, su moralidad, a su vez se dividen en *absolutas*¹¹⁹, las que señalan a la pena como fin del Derecho penal, su objeto de castigo se ubica en el pasado, pretende sólo castigar, basado en la represión se considera como simplemente retributivo; las *relativas*¹²⁰, conciben a la pena como un medio para prevenir delitos futuros, éstas a su vez se dividen en Derecho Penal Máximo caracterizado por ser autoritario y referirse únicamente a la utilidad que representa a los gobernantes y; Derecho Penal Mínimo, antagónico del Derecho Penal Máximo, la utilidad es hacia los gobernados, se caracteriza por considerar delitos y merecedores de sanciones penales sólo a aquellas conductas que en realidad causen un daño social.

El Estado justifica la intervención e implementación del Derecho penal máximo en virtud de la existencia de condiciones de violencia generadas, inducidas y difundidas en muchos casos por el mismo; así, hace uso de la violencia legítima que posee en contra de la violencia ilegítima existente en la sociedad. La existencia de los dos tipos de violencia es considerada como algo natural en la sociedad, al complementarse una a la otra.

¹¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trad, Perfecto Andrés Ibañez, Trotta, Madrid, 2001, p. 253.

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ *Idem.*

“...en terminología actual la distinción entre violencia legítima y violencia ilegítima, y postula para la fuerza pública que su violencia es legítima. En esta medida, la legitimidad pertenece a las características conceptuales de la violencia impuesta por el Estado. Por lo tanto, no se trata de legitimidad “en sí” ni tampoco de la prueba concluyente de su fundamentación normativa o (racional), sino lo decisivo está en que remite necesariamente a la distinción violencia legítima y violencia ilegítima. Si no hubiera violencia ilegítima latente (o virtual) que se opusiera, tampoco habría violencia legítima por parte del Estado...”¹²¹

Dentro del sistema político, el terrorismo de Estado es generador del fenómeno de la resistencia; en lo que corresponde al sistema jurídico origina el fenómeno del terrorismo jurídico penal de Estado o “Derecho penal del enemigo”. Esta lucha genera una exclusión recíproca, es decir, una lucha o combate entre las razones de Estado y los derechos inalienables de los que resisten (llámense gobernados, siervos o débiles), una vez que se acoplen los sistemas político y jurídico este último debe generar condiciones y normas tendientes a proteger las razones de Estado, lo que tiene como consecuencia una grave lesión a los principios generales del Derecho penal moderno o garantismo penal y, surge el terrorismo jurídico penal de Estado.

El terrorismo de Estado materializado en el sistema penal es empleado con la finalidad de salvaguardar la permanencia y la estabilidad del grupo o grupos hegemónicos en el poder en contra de aquellos actores que son considerados como riesgo a dichos fines, así, el Derecho Penal Posmoderno¹²² utiliza un modelo jurídico penal del terror, el cual deja abierta la posibilidad del fenómeno de la resistencia o conocido por quienes crean el sistema penal como “terrorismo”.

La tendencia actual estatal es proteger al Estado-Nación, más allá de la protección de los derechos civiles de los individuos, el Estado mexicano está rompiendo con la protección a preceptos de tipo garantista y, en cambio, crea tipos penales en contra de conductas que atenten contra la seguridad nacional, particularmente delitos de carácter económico relacionados con la delincuencia organizada.

¹²¹ Torres Nafarrete, Javier, *Luhmann: La política como Sistema*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 214.

¹²² El neoliberalismo y el posmodernismo son dos fenómenos incidentes en tiempo y espacio, el primero relativo al ámbito económico y el segundo al cultural.

El empleo del Derecho penal en el contexto neoliberal se plantea dentro de la conformación del concierto de las naciones en torno a un solo bloque hegemónico, en el que el progreso es la finalidad de la historia, entendido como la acumulación (a diferencia del progreso puesto en la distribución del proyecto socialista) y la uniformidad en el modo de producción para el establecimiento de un único y gran mercado mundial, lo que conlleva otro tipo de uniformidades para alcanzarlo, esto es, la monoculturalidad, la política uniforme internacional y, en consecuencia, uniformidad ideológica; el progreso entendido como capital. Así, la política nacional e internacional apuesta por la permanencia del Estado-Nación por encima de los derechos del hombre.

El terrorismo de Estado se refleja en un aspecto en el establecimiento de un orden jurídico *ex profeso* que sanciona conductas no acordes al modelo hegemónico y que ponen en duda su legitimidad así como su estabilidad, por lo tanto, el Estado legitima su permanencia con el discurso de salvaguardar las condiciones establecidas en virtud de ser lo mejor para la colectividad, enalteciendo valores como la democracia, la libertad, la propiedad y el estado de Derecho, apuesta a su permanencia por encima del individuo, a través del discurso jurídico califica como conductas delictivas el derecho a la resistencia de la sociedad civil, que es una máxima del gobernado.

En el orden jurídico penal mexicano el terrorismo se contempló en un primer momento en el proyecto de iniciativa de fecha 18 de noviembre de 1969, para adicionar el entonces Código Penal para el Distrito Federal que señalaba:

El terrorismo provoca un estado anímico, individual o colectivo de miedo, espanto, pavor de un mal que amenaza o de un peligro que teme, de angustia, aflicción congoja o desesperación, con el fin de atentar contra el individuo, la sociedad y la Nación o Estado; asimismo con el objeto o finalidad de alarmar, amedrentar en alto grado, aterrorizar al medio social, alterar la paz pública, el orden o compeler a las autoridades para que satisfagan peticiones sin apego a las normas legales.

Actualmente el Código Penal Federal en su artículo 139 dispone que comete el delito de terrorismo:

...al que 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 actos en contra de las personas, las cosas o servicios públicos, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad para que tome una determinación...

Cualquiera de las dos argumentaciones jurídicas aplica para un terrorismo en el que el sujeto activo cambie y sea quien de acuerdo al orden jurídico vigente es el sujeto pasivo, es decir, que el terrorismo sea llevado a cabo por el Estado, para poder establecer una situación de necesidad tal, que permita la implementación de legislación de emergencia caracterizada por su permanencia, con la supuesta finalidad de salvaguardar el estado de Derecho, la seguridad de las personas y la preservación del ente estatal.

En el ámbito internacional el Convenio Internacional para la Represión del Terrorismo, dado en Madrid el 1 de abril de 2002, en su artículo 2 establece:

Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, colecta o recolecta fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte, para cometer: b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

En las diversas definiciones de terrorismo destaca (independientemente de los medios empleados) el obligar a la realización de un acto, dichas definiciones atienden a las acciones ejecutadas por los gobernados en contra del poderoso ente estatal y de los intereses que éste representa. En el caso del terrorismo de Estado son aplicables las definiciones expuestas, ya que, el Estado realiza acciones para intimidar a una población, a un grupo o sector con la finalidad de encontrar sometimiento a determinadas condiciones de existencia so pena de ser considerado enemigo o jurídicamente actualizarle el tipo penal de terrorismo por atentar en contra de la seguridad nacional representada en el Estado.

El terrorismo de Estado y los actos generados como consecuencia de éste son violentos, van dirigidos en contra de la población y tienen por objeto generar un miedo o terror intenso, a efecto de impugnar la legalidad o estado de Derecho

y, por lo tanto, generar un nuevo orden jurídico denominado terrorismo jurídico penal de Estado. Este tipo de terrorismo se gesta en el gobierno; sin embargo, no se ejerce dentro del marco de legalidad del Estado, sino que se comete en la clandestinidad, genera alarma, temor y terror en la población o en grupos o sectores de ésta.

Las razones de Estado son las que justifican la implementación de acciones propias de un terrorismo de Estado, esto es, cuando el grupo y/o grupos hegemónicos en el poder consideran en riesgo la estabilidad y permanencia de sus intereses de clase de carácter económico y políticos principalmente, es que se emplea el poder del gobierno para eliminar a un individuo o a un grupo en particular.

La lucha entre el poderoso y el débil se representa a través de la constante luchas de las autoconciencias señaladas por Hegel en “La Fenomenología del Espíritu”, donde la lucha es por la prevalencia de una ideología materializada a través de una particular conciencia de la realidad que se impone y se sobrepone como la ideología dominante a la ideología del dominado.

Al respecto José Juan de Olloqui señala *“La ideología dominante es la de la clase dominante, en este sentido la clase dominante, detenta el poder del Estado (en forma franca o más a menudo, mediante alianzas de clase o de fracciones de clases), y dispone, por tanto del aparato (represivo) del Estado.”*¹²³ Por lo que respecta a la ideología del dominado haciendo referencia a Althusser señala que las instituciones de Estado enseñan diferentes “haceres” que permiten la incorporación en los distintos estratos de la ideología dominante

*“...la escuela, la iglesia, ...el ejército enseñan otros tipos de “saber hacer” pero de manera que se asegure el sometimiento a la ideología dominante o el dominado a su “práctica”. Todos los agentes de la producción de la explotación y de la represión, sin que haga falta mencionar a los profesionales de la ideología (Marx) deben estar, de un modo u otro “penetrados” por esta ideología para asumir “concientemente su tarea”, sea de explotados (proletarios) sea de explotadores (capitalistas) sea de sumos sacerdotes de la ideología dominante (funcionarios)...”*¹²⁴

¹²³Olloqui, José Juan de, *Op cit*, p. 54.

¹²⁴ *Idem*.

Quienes impugnan a la ideología dominante a través de acciones que sean consideradas por todos aquellos permeados por ésta contrarias a la misma, son considerados enemigos, es cuando se entabla este combate que puede ser a muerte por el sometimiento a una ideología y por la verificación de sí mismo como autoconciencia de los combatientes, para lo cual se emplearán los medios que cada uno tenga a su alcance, los cuales en el caso del Estado será tanto el aparato ideológico como represivo para hacer frente a la alteración de las condiciones de producción prevalecientes.

El terrorismo de Estado se caracteriza por ser una lucha que se da por el gobierno de manera clandestina y al margen de la legalidad, el cual puede ser legal una vez que se crea el cuerpo jurídico penal necesario para legitimar las acciones que en algún momento se consideren ilegales, basado en razones de Estado por encima de los derechos del hombre realiza acciones encaminadas a la permanencia del grupo en el poder y de las condiciones de existencia prevalecientes, por lo tanto, el Estado emplea el poder del gobierno para eliminar a un individuo o grupo que considere ocasione inestabilidad e impugne la ideología dominante.

Las razones que permiten la implementación de acciones propias de un terrorismo de Estado atienden a mantener su existencia aún por encima de los derechos del hombre e incluso de las naciones, la conciencia e ideología dominante materializada en el Estado monopoliza el imperio de la violencia, impone a su voluntad no sólo a sus propios gobernados sino también a otros Estados-Nación, tal es el caso de los países hegemónicos como es el caso de Estados Unidos e Inglaterra. Esto se logra a través de un discurso de legitimidad que para no ser llamado terrorismo de Estado se le denomina “guerra preventiva” o lucha “por la paz, la democracia y la libertad”.

El imperio de la violencia se refleja en la distinción entre lo que un Estado cataloga como terrorismo y lo que no, al respecto Noam Chomsky señala

“...los términos [terrorismo] y [represalia] poseen también un sentido especial en el sistema doctrinal. [Terrorismo] se refiere a los actos terroristas perpetrados por distintos piratas, en especial los árabes. Las acciones terroristas llevadas a cabo por el emperador y sus partidos se

denominan [represalias] o tal vez ataques preventivos legítimos para evitar el terrorismo]...”¹²⁵

Hoy en día, los Estados Unidos de América es considerado el arquetipo de Estado hegemónico que aplica el terrorismo de Estado hacia otros Estados, con el discurso y argumentación de valores como la democracia, la libertad y los derechos humanos, se ha convertido en salvaguarda del orden mundial con un claro trasfondo económico y político de los intereses capitalistas de orden global.

Las acciones que un Estado implementa como terrorismo estatal regularmente van acompañadas de un orden jurídico que legitime su intervención ante las condiciones de terror y caos social creadas por él. Este orden jurídico se caracteriza por:

- a) Violar los principios generales del Derecho Penal liberal o garantismo penal;
- b) Imponer punibilidades o penas propias de un Derecho Penal Máximo, el cual describe Ferrajoli de la siguiente manera:

“...el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación. Debido a estos reflejos, el sustancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y, a la vez, su máxima incertidumbre e irracionalidad... concluye en la ausencia del límite más importante al arbitrio punitivo que, además, es la principal garantía de certeza: la rígida predeterminación respecto del proceso de lo que es calificable como delito.... Al predominio de las opiniones subjetivas y hasta de los perjuicios irracionales e incontrolables de los juzgadores. Condena y pena son en estos casos (incondicionadas): en el sentido de que dependen únicamente de la supuesta sabiduría y equidad de los jueces.”¹²⁶

- c) La forma en que el terrorismo de Estado se legitima a través del proceso legislativo, esto es, la instrumentación de un aparato jurídico *ad hoc* en el que las acciones violatorias de derechos fundamentales se conviertan en

¹²⁵ Chomsky, Noam, *Piratas y Emperadores, Terrorismo Internacional en el Mundo de Hoy*, Ediciones “B” Grupo Zeta, Barcelona, España, 2002, p. 10.

¹²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, *Op cit*, p. 105.

derecho positivo amparado en el discurso de la preservación de la seguridad pública y nacional.

El Estado generará el temor o miedo grave en la población o en un sector de ella, con el uso de una violencia argumentativa que se basa en premisas falsas o falacias, y que posteriormente se convierten en ley; así, el orden jurídico permite el establecimiento de categorías de personas, con un Derecho penal para los ciudadanos y otro para los individuos considerados peligrosos *“la coacción no pretende significar nada, sino pretende ser efectiva, lo que significa que no se dirige frente a la persona en derecho, sino contra el individuo peligroso. A través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede...a través de una medida de seguridad, no mediante una pena.”*¹²⁷

A través de la ideología se posibilita la legitimación de las normas de Derecho Penal Máximo, (las cuales previamente eran acciones que se realizaban fuera del marco de la legalidad del Estado) con el objetivo de eliminar a un individuo o a un grupo en particular según sea el caso, con fines políticos y económicos. De esta manera, los medios que emplea el Estado son tanto legales como ilegales, argumentando un bien superior basado en razones de Estado.

Eugenio Zaffaroni respecto a la legitimación de un Derecho Penal del enemigo argumenta lo siguiente:

“...Cualquier legitimación del derecho penal del enemigo tiene el mismo efecto, con la diferencia de que el ámbito de legitimación que ha abarcado la doctrina jurídico-penal es en ocasiones mucho mayor que el propuesto desde la visión estática. Este es el verdadero escándalo: la enorme medida en que, por acción u omisión, el derecho penal admite y legitima el trato de una persona como no persona, o sea, considerada como un puro ente o cosa peligrosa, sin importar conceptualmente (por supuesto que importa en cuanto a consecuencias personales) la extensión de los derechos de los que se priva a la persona por este título.

Por ende, es menester subrayar que el escándalo lo constituye la contradicción casi constante entre la doctrina jurídico-penal y el principio del estado de derecho.

El principio del estado de derecho (como principio ideal) no admite la legitimación de ninguna excepción, pues ésta importa su neutralización como instrumento orientador de la función del derecho penal en la

¹²⁷ Jakobs, Gunther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Colombia, THOMSON-Civitas, Universidad Externado de Bogotá, 2005, p. 17.

*dialéctica que opera en el interior de todo estado de derecho real o histórico con el estado de policía.*¹²⁸

Por lo tanto, la legitimación de un orden jurídico que establece medidas en donde se vulneran derechos fundamentales basado en razones de Estado determina la categorización de ciudadanos y de enemigos, con base a criterios subjetivos carentes de límites es contrario a un Estado de Derecho garantista “*si se legitima esa lesión a los derechos de todos los ciudadanos, se concede al poder la facultad de establecer hasta qué medida será necesario limitar los derechos para ejercer un poder que está en sus propias manos. De ese modo, el estado de derecho habrá sido abolido*”¹²⁹.

Finalmente, el Estado al basarse en *razones de Estado* para implementar medidas contrarias a la protección de los derechos fundamentales de las personas, busca su preservación y perpetuación a través de acciones que crean condiciones de miedo en la sociedad que permiten legitimar y tolerar la vulneración de derechos. La infusión y difusión de un miedo en el imaginario colectivo en el que se exacerban los peores prejuicios de los males en la sociedad y el señalamiento de su origen en actores específicos catalogándolos como enemigos de la sociedad, tiene como consecuencia el actuar del Estado sin límites establecidos en el orden jurídico y; la consiguiente creación de un orden jurídico *ad hoc* para aquellas medidas que necesiten de él para legitimarse en el actuar del ente estatal.

2.4.3. El estado de excepción.

La historia del término procede de la doctrina francesa, en relación al decreto napoleónico de 24 de diciembre de 1811, que preveía la posibilidad de un estado de sitio, que el Emperador podía declarar, con independencia de cuál fuera la situación efectiva de una ciudad sitiada o directamente amenazada de las fuerzas enemigas. El origen de la figura en el Derecho se encuentra en el decreto de 8 de julio de 1791 de la Asamblea Constituyente francesa, que distinguía entre el

¹²⁸ Zaffaroni, Eugeni Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Argentina, Sociedad Anónima Editorial, 2006, pp. 188 y 189.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 139.

“estado de paz”, en el que la autoridad militar y la civil actúan cada una dentro de su propia esfera sin invadirse mutuamente; el “estado de guerra”, en el que debe existir una coordinación y co-actuación de la autoridad civil y la militar; y el “estado de sitio” en donde todas las funciones de la autoridad civil para el mantenimiento del orden y la función policíaca pasan a la autoridad militar, que las ejercerá de manera exclusiva.

No obstante, en el Derecho Romano existía la figura del *iustitium*, en el que cuando se tenía conocimiento de una situación que ponía en peligro la República (*tumultos*: un estado de desorden y de agitación), el Senado emitía un *senatus consultum ultimum* por el que pedía a los cónsules y, en algunos casos, también al pretor y a los tribunos de la plebe y, en el límite, a cualquier ciudadano, que adoptaran cualquier medida necesaria para la salvación del Estado. El término significa literalmente “parada, suspensión del Derecho” el cual consiste en la producción de un vacío jurídico, lo que puede considerarse como un antecedente remoto de la aplicación de la excepción al Derecho para su autoconservación y la del Estado.

Posteriormente, el estado de excepción se emancipó de la situación bélica que le dio origen para ser utilizado por la autoridad civil de manera extraordinaria y discrecional para enfrentar desórdenes y rebeliones internas, convirtiéndose así en un estado de excepción ficticio o político, diferenciado ya de su naturaleza militar.

Se ha conceptualizado en la doctrina de diferente manera la situación excepcional, en la doctrina alemana se le ha llamado *Ausnahmezustand* también *Notstand*, en las doctrinas italiana y francesa se le ha denominado decretos de urgencia o estados de sitio (político o ficticio) y en la doctrina anglosajona los términos de *martial law* y *emergency powers*.

Sin embargo, las nociones “estado de sitio” y “ley marcial” no corresponden a la naturaleza y realidad de la fenomenología social, política y jurídica del estado de excepción, en virtud de que expresan una estrecha relación con el estado de guerra formal, es decir, una situación bélica entre naciones o guerra civil en la que existe una declaración en la que se cumplen con determinadas formalidades, al

respecto Carl Schmitt señala: “A pesar de su nombre, el derecho de guerra no es en realidad un derecho ni una ley, sino más bien un procedimiento guiado especialmente por la necesidad de conseguir un objetivo determinado”.¹³⁰

Por lo que cabe al término de “poderes de emergencia” o plenos poderes” se refiere a la expansión de poderes gubernamentales, cuando el poder ejecutivo realiza actos correspondientes al poder legislativo o judicial, concretamente el poder de emanar decretos con fuerza de ley, así, Tingsten señala “Entendemos por leyes de plenos poderes, aquellas leyes que en virtud de las cuales se atribuye al ejecutivo una potestad reglamentaria, en particular la facultad de modificar y de abrogar por medio de decretos las leyes en vigor”¹³¹.

La situación que se presenta en el estado de excepción varía en su aplicación y características de Estado a Estado, convirtiéndose en un híbrido, al contar con elementos tanto del estado de sitio, la ley marcial y los poderes de emergencia, con la característica de convertirse en un paradigma de gobierno que se legitima y legaliza en la situación de necesidad, así como en las condiciones sociales preexistentes y creadas *ex profeso*.

Dentro de la doctrina hay quienes justifican la situación excepcional como tal, es decir, temporal, para posteriormente regresar a su funcionamiento en condiciones normales “en tiempos de crisis, el gobierno constitucional debe ser transformado en la medida que sea necesaria para neutralizar el peligro y restablecer la situación normal. Esta alteración implica inevitablemente un gobierno más fuerte: es decir, el gobierno tendrá más poder y los ciudadanos menos derechos”¹³², los criterios que se emplean para justificar dicha medida son los de necesidad absoluta y de temporalidad, en la práctica se ha perdido la temporalidad convirtiéndose en paradigma de gobierno.

La justificación llega a tal grado que se ponderan como estandartes valores democráticos y de orden jurídico como el Estado de Derecho, a los que supuestamente se busca preservar en beneficio de todos; sin embargo, la

¹³⁰ Schmitt, Carl, *La dictadura*, Madrid, Revista de Occidente, 1968, p. 183.

¹³¹ Tingsten, H. Citado por Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, trad. Antonio Gimeno Cuspinera, España, Pre-textos, 2004, p. 17.

¹³² Rossiter, C.L., Citado por Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, trad. Antonio Gimeno Cuspinera, España, Pre-textos, 2004, p. 19.

paradoja resultante es que se trastoca el orden jurídico y los valores democráticos para su autoconservación “ningún sacrificio es demasiado grande para nuestra democracia, y menos que nunca el sacrificio temporal de la democracia misma”.¹³³

Los juristas generalmente consideran al estado de excepción como una situación de hecho más que de derecho, señalando que al ser una situación de “excepción” no puede revestir forma jurídica, además de que por su propia inclusión en el Derecho, debe ser visto como un hecho de carácter político, encontrándose en una paradoja el Derecho al darle forma legal a lo que no puede tener tal carácter.

La figura del estado de excepción mantiene una relación estrecha con la guerra civil, la insurrección y la resistencia, por lo que el Estado hace uso del mismo para dar respuesta inmediata a conflictos internos extraordinarios que ponen en riesgo su estabilidad; su traslado, de una figura utilizada en situaciones de agresiones provenientes del exterior como una medida provisional y excepcional, a una implementación como una práctica habitual de los Estados modernos para reprimir efectivamente conflictos internos lleva a la instauración de un *totalitarismo moderno* definido “como la instauración, por medio del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no sólo de los adversarios políticos, sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón no sean integrables en el sistema político”¹³⁴.

La primera aparición manifiesta del estado de excepción en el Estado moderno del siglo XXI es en los Estados Unidos, en la *military order* promulgada el 13 de noviembre de 2001, tras los ataques “terroristas” del 11 de septiembre del mismo año, la cual autoriza la detención indefinida de personas y su procesamiento por comisiones militares, al margen del orden jurídico civil, dirigida a todos aquellos no ciudadanos norteamericanos que se sospeche de su participación en actividades terroristas.

Con anterioridad la *Usa Patriot Act* del 26 de octubre de 2001 faculta a las autoridades militares para someter a detención al extranjero sospechoso de

¹³³ *Ibidem.* p. 20.

¹³⁴ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, I*, trad. Antonio Gimeno Cuspinera, España, Pre-textos, 2004, p. 11.

realizar actividades que impliquen peligro para la seguridad nacional de los Estados Unidos.

Esto ha creado un estatus jurídico nuevo, al no aplicarse ni la calidad de acusados (figura del orden penal civil), ni de prisioneros (figura del orden penal militar), sino simplemente una situación de hecho como “detenido” con carácter indefinido, que queda completamente sustraído a la aplicación de la ley y control judicial.

El estado de excepción ha sido sustituido de forma progresiva de su naturaleza excepcional para convertirse en regla, generalizando su uso en el Estado moderno como técnica normal de gobierno para preservar la seguridad, aduciendo la protección del Estado democrático y sus “valores”, cuando en realidad se instaura una dictadura constitucional en transición hacia la instauración de un régimen totalitario.

Si los ordenamientos jurídicos colocan dentro de éste al estado de excepción, el cual a su vez es la suspensión total o parcial del ordenamiento jurídico, hay la existencia de una anomia dentro del ordenamiento jurídico, una opinión recurrente es encontrar su fundamento en el concepto de necesidad, en donde se atribuye a ésta el poder de hacer lícito lo ilícito, operando como justificación de una transgresión en un caso específico por medio de una excepción. Sin embargo, la necesidad no es fuente de la ley, por lo cual se limita únicamente a sustraer un caso particular a la aplicación de la norma. Por lo tanto el *“estado de excepción moderno es...un intento de incluir la excepción misma en el orden jurídico, creando una zona de indistinción en la que hecho y derecho coinciden”*¹³⁵

Es así como el estatus de necesidad se incluye en el ordenamiento jurídico, y se concibe como no ajena a éste, sino como una fuente primaria y originaria de la ley, en virtud de que la suspensión del Derecho por el mismo Derecho se realiza como una necesidad para preservar el bien común. Hoy en día, el estado de excepción en el Estado neoliberal se presenta más como paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea, lo que trae consigo la transformación

¹³⁵ *Ibidem*, p. 42.

radical de la estructura y sentido de las constituciones modernas y deja un umbral de indeterminación entre la democracia y el absolutismo.

En torno a la necesidad, ésta aparece para atribuirse el poder de hacer lícito lo ilícito, opera como una justificación de una transgresión en un caso específico por medio de una excepción, ya que no se encuentra sometida a la ley. En el estado de excepción moderno se intenta incluir la excepción misma en el orden jurídico, como una medida jurídica y constitucional que se concreta con la producción de nuevas normas en la que el hecho se convierte en Derecho *“el Estado sigue existiendo, mientras que el derecho desaparece”*¹³⁶.

En algunos casos la instauración del estado de excepción no se ha dado de manera cínica, ya que, para legitimar su implementación se opta por introducirlo de forma paulatina, la declaración del estado de excepción ha sido sustituida de forma progresiva por una generalización sin precedentes del paradigma de seguridad como técnica normal del gobierno. Invocando valores democráticos, los Estados Unidos como los autodenominados garantes de la democracia a nivel mundial establecen y apoyan medidas de excepción *“una democracia protegida no es una democracia y que el paradigma de la dictadura constitucional funciona más bien como una fase de transición que conduce fatalmente a la instauración de un régimen totalitario”*¹³⁷

El estado de excepción comienza a partir de una situación de necesidad en la que legisladores y aplicadores judiciales de la ley elaboran un derecho positivo de crisis para colmar las lagunas del Derecho existentes que impiden afrontar la problemática, *“la laguna se refiere...a una suspensión del ordenamiento vigente para garantizar su existencia...el estado de excepción se presenta como la apertura en el ordenamiento jurídico de una laguna ficticia con el objeto de salvaguardar la existencia de la norma”*.¹³⁸

La concepción del realismo de derecha, el terrorismo de estado y el estado de excepción presenta características propias que en la mayor parte de las

¹³⁶ Schmitt, Carl, “Teología política”, en *Estudios políticos*, trad. F. J. Conde, Cultura Española, Madrid, 1941, p. 39.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 29.

¹³⁸ Agamben, Giorgio, *Op cit*, p. 49.

ocasiones interactúan de tal manera que resulta muy tenue y difícil la distinción entre donde tiene aplicación uno u otro, ya que, la implementación de cualquiera de ellos conlleva la aplicación de los otros, con base en las características de cada uno señaladas con anterioridad.

Así, la instauración del realismo en el contenido pragmático de la Política Criminal en México carente de sentido ético, desencadena un cinismo en la proliferación de ordenamientos jurídico-penales ávidos de obtener el sometimiento de coyunturas cíclicas de tipo social al control social estatal. Apoyado en la infusión y difusión de miedo en el imaginario colectivo, justifica su intervención violenta en un paradójico trastoque del orden normativo para su auto conservación.

3. EL PODER PUNITIVO EN MÉXICO: REALISMO DE DERECHA, TERRORISMO DE ESTADO Y ESTADO DE EXCEPCIÓN.

3.1. La política criminal.

La política criminal es una constante que aparece en todas las sociedades, la cual en general se va a avocar a detectar y tratar de suprimir, reprimir y sancionar aquellas conductas que se considera causan un daño social y, por ende, son consideradas como inaceptables dentro del grupo o grupos sociales.

La política pública que mediante el empleo de diversos mecanismos institucionales tanto formales como informales pretende lograr la supresión y/o la represión de las conductas definidas como antisociales es conocido como política criminal.

El Derecho penal es un ejemplo de estos mecanismos, al cual se recurre como algo excepcional, una vez que los encargados de definir las conductas antisociales determinen lo que se desea proteger o reprimir, la función del Derecho será precisamente, la represión o supresión de las conductas y la protección del bien que se catalogue como jurídico. En base a ello los países diseñan y ejecutan políticas criminales que reflejan y representan los intereses y convicciones sociales de los grupos hegemónicos, sobre lo deseable y lo indeseable, lo tolerable y lo intolerable o lo permitido y lo prohibido.

Las estrategias para controlar las conductas que se han catalogado como desviadas en las diversas sociedades han pasado por dos transformaciones importantes. La primera de ellas hecha a finales del siglo XVIII y principios del siglo XX y la segunda que se dio a mediados del siglo XX, específicamente en los años sesenta.

La situación anterior a la primera etapa de transformación de la política criminal en el funcionamiento de los mecanismos punitivos se caracterizaba por el espectáculo de la pena física, en donde *“la justicia penal era irregular debido a la multiplicidad de las instancias encargadas de su cumplimiento... además de las discontinuidades, las imbricaciones y los conflictos entre las diferentes justicias.”*¹³⁹

¹³⁹ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar, Op cit*, p.83.

Esta situación ocasionaba que los esfuerzos de las diferentes instancias se neutralizaran y fueran incapaces de cubrir el cuerpo social en toda su extensión.

La falta de regulación y la severidad de las sanciones incrementó la protesta contra los martirios que se hallaba en todas partes, la tortura se había hecho intolerable, con la reforma, los críticos al sistema imperante señalaban que la justicia penal no debía ser para vengarse, sino para castigar. En realidad la aparente bondad de los principios de la reforma que criticaban la crueldad, se trataba de una crítica a la mala economía del poder, por lo que la necesidad significaba distribuir mejor ese poder de castigar, significó establecer una nueva economía del poder de castigar, es decir, *“la reforma del derecho criminal debe ser leída como una estrategia para el reacondicionamiento del poder de castigar, según unas modalidades que lo vuelvan más regular, más eficaz, más constante y mejor detallado en sus efectos, en suma, que aumente sus efectos disminuyendo su costo económico...y su costo político.”*¹⁴⁰

Esta primera transformación trajo consigo cuatro cambios fundamentales:

1. El incremento del involucramiento del Estado en el control de la desviación, con el desarrollo de un aparato de control y castigo centralizado y racionalizado;
2. El aumento de diferentes clasificaciones de los desviados;
3. El incremento del encierro y la segregación de los desviados en instituciones cerradas, con la aparición de la privación de la libertad, es decir, la cárcel como instrumento para el cambio de los comportamientos indeseables y como castigo predilecto; y
4. La sustitución del cuerpo por la mente como objeto de represión penal.

El cambio que se dio por la reforma visto desde una visión que se ha considerado radical representa que las aparentes intenciones benévolas de los reformadores no son más que una fachada para hacer aceptable el ejercicio del poder, que es producto de intereses político-económicos. El transformado sistema de control oculta intereses e intenciones y tiene éxito en la medida en que hace

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 85.

pasar como válido, justo, natural e incluso humano (derechos humanos), un sistema que esencialmente es persecuidor y represivo.

Para la racionalización de las relaciones sociales se requiere de esquemas de regulación de las desigualdades, lo que implica que el poder ha de ser ejercido al menor costo posible y sus efectos deben ser intensos y extensos, es decir, efectividad, como la transición de un orden social paternalista a un sistema de mercado capitalista, requiere nuevas formas de regulación de las relaciones económicas y sociales.

Con este sistema de represión se legitima a los grupos dominantes para acrecentar el control que tienen sobre poblaciones superfluas o marginales que son considerados como desviados sociales. El Estado toma entonces un papel activo de mayor impacto tanto cuantitativa como cualitativamente sobre la población subordinada.

El verdugo fue sustituido por un equipo racional de expertos entre los que se encuentran médicos, trabajadores sociales, educadores y criminólogos, entre otros; es el cambio de castigar no menos, sino mejor, con el objetivo de transformar la mente del sujeto, utilizando la cárcel como el mejor lugar para lograrlo. Es así como la cárcel monopoliza todas las formas de castigo y se establece como una modalidad de control de toda la sociedad que se basa en proyectos de disciplina e instrucción relacionados con el orden político-económico. La cárcel no va a eliminar los ilegalismos, los va a administrar, distinguiéndolos, distribuyéndolos y usándolos.

La segunda transformación de la política criminal en torno a la estrategia general de sistema de control de la desviación se da en los años de 1960, aparece como una crítica a la primera transformación, en especial al aspecto de la segregación, y con ello comenzaron las propuestas de métodos alternativos de sanción.

Los fundamentos de este movimiento crítico eran:

1. La segregación no previene ni resocializa, al contrario, fortalece las relaciones criminales;

2. La mayoría de los desviados pueden ser tratados por alternativas comunitarias, con la misma seguridad; y
3. Las alternativas comunitarias son más efectivas, más económicas y más humanas que la cárcel.

Otro movimiento dentro de la segunda transformación analiza a las teorías del etiquetamiento y del estigma sugieren que a mayor penetración del desviado en el sistema de control más difícil es retornarlo a su vida normal. Por lo que las medidas que minimicen la penetración en el sistema formal y que mantengan al desviado en la comunidad tanto como sea posible, son deseables. Señala igualmente, que los procesos que conducen a la mayoría de las formas de desviación tienen su origen en la sociedad, y por ende, la prevención y el tratamiento tiene que hacerse dentro de ella y no en instituciones creadas bajo el modelo de intervención individual.

Desafortunadamente, a pesar de toda esta supuesta evolución del sistema penal y de la política criminal, la vigencia del control se expande, se ha vuelto más intrusivo e incrementa la intensidad del control dirigido a los desviados, la bondad en el discurso sigue siendo una coartada para el ejercicio del poder, pese a las denuncias de sus contradicciones la llamada historia del progreso en materia punitiva, sigue vigente.

En la conceptualización de la política criminal, ésta se refiere "*al arte de orientar y llevar a cabo los fines que apuntan las más variadas instituciones sociales, incluyendo los entes públicos y también las organizaciones privadas*".¹⁴¹

El encargado y facultado para planear y organizar la lucha contra las conductas consideradas antisociales, específicamente aquellas que son criminalizadas y denominadas como delincuencia es el Estado, el cual empleará distintos y múltiples medios para lograr tal objetivo.

La política criminal es algo que se da de manera dependiente de la estructura central de poder del Estado, se da dentro del contexto político y depende de la correlación de fuerzas entre los diferentes grupos y movimientos sociales y políticos. La relación con la política se infiere de la idea de que la

¹⁴¹ González Quintanilla, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano*, 4ª ed, México, Porrúa, 1997. p. 43.

política de carácter criminal es una política específica desprendida de la política general de Estado, por lo que junto con otros tipos de política conforman ésta última.

Es por ello que *“la política criminal se articula al campo más amplio de la política general, la implicación de lo político con el empleo de respuestas estratégicas y tácticas, sobre las conductas definidas como criminales o de los comportamientos que atentan gravemente contra valores fundamentales de convivencia social, es algo que obedece a la estructuración política de los conglomerados sociales”*¹⁴²

El referente actual de la política criminal son los principios que se basan en investigar científicamente al delito y en la medida en que la pena sea eficaz, esto último referido a las penas y las medidas de seguridad, esta concepción está impregnada completamente por el enfoque positivista que se le da a la cuestión de la criminalización de las conductas, donde el delincuente es visto como un enfermo que se encuentra desadaptado del conglomerado social. Una de las soluciones a la problemática es el tratamiento (científico) para lograr su “reinserción” social, y para los que no es efectivo el tratamiento se tiene como solución la segregación social (prisiones de máxima seguridad, grandes penas y prisión vitalicia).

La definición criminológica de la política criminal es *“la aplicación de todos aquellos conocimientos proporcionados por la investigación científica del crimen, del criminal y de la criminalidad, así como de la reacción social hacia ellos, en el intento de evitarlos en forma preventiva, y cuando esto no sea posible, reprimiéndolos.”*¹⁴³ Empero, no hay que olvidar que la política criminal no se circunscribe únicamente a las conductas que se definen como delitos y a las cuales se les asigna una pena, sino que implica acciones no sólo penales y de aplicación de penas, como la prevención de conductas criminales a través de una política social integral compuesta por programas de educación, de empleo, de participación ciudadana y de seguridad social.

¹⁴² Tocora, Fernando, *Política Criminal Contemporánea*, Bogotá, Témis, 1997, p. 10

¹⁴³ Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, 8ª ed, México, Porrúa, 1993, p. 16

La política criminal en sentido amplio no debe entenderse sólo en el sentido reactivo y eminentemente penal, sino en la totalidad del control social que es parte de un conjunto de políticas integrantes de la política social y que tienden hacia la prevención general. La prevención tiene como finalidad limitar la posibilidad de aparición de actividades delictivas.

La prevención en la política criminal se realiza a través de medidas no penales, en las que no existe la intimidación de la pena; al contrario, son acciones que el Estado como encargado de la política general y subsecuentemente de la política criminal tienen carácter social, éstas no tienen como objetivo la reducción de la delincuencia sino la mejora de las condiciones sociales que traigan aparejada el mejoramiento de la calidad de vida de las personas y, por ende, la disminución de la actividad delictiva.

En política criminal la prevención es vista en tres niveles:

- I. *Primaria*: busca evitar la interacción de los factores de riesgo que inciden en la actividad delictiva, esto se logra a través de una política social estructurada que permita el libre y equitativo acceso a la mejora de la calidad de vida de la sociedad.
- II. *Secundaria*: el objetivo es mitigar los efectos de la marginación e inequidad social en aquellos sectores sociales que adolecen de ellos, es decir, es una política un tanto reactiva en el sentido que se orienta a los grupos con potencialidad delictiva en relación a su ambiente social.
- III. *Terciaria*: orientada a aquellos grupos e individuos donde existe una mayor incidencia delictiva e igualmente a los individuos que han participado en ella, la finalidad es evitar la reincidencia delictiva y a largo plazo establecer condiciones de acceso equitativo a una mejora en la calidad de vida.

Los programas de política criminal preventiva para que sean efectivos deben buscar a corto, mediano y largo plazo (de acuerdo al grupo social dirigido) la disminución de la brecha de desigualdad social existente, mediante una estructura social que permita tener condiciones reales de acceso a servicios básicos de salud, vivienda, deporte, trabajo, esparcimiento y justicia, e igualmente que esto se

refleje en la conciencia individual y colectiva de los integrantes del grupo social al que se dirija.

3.2. Política criminal internacional.

A partir de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 se construye el discurso global en materia de política criminal internacional, específicamente esta convención se refiere al castigo del mercado ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas por los Estados firmantes, con la finalidad de implementar las medidas legislativas y administrativas necesarias para combatirlo. Posterior a los atentados del 11 de septiembre de 2001 a los Estados Unidos, la política a seguir fue el llamado anti- terrorismo, en donde la práctica ha dejado ver un sinnúmero de conductas que pueden ser catalogadas como tal, de acuerdo a los intereses de Norteamérica.

En la cuestión continental, la intervención norteamericana en centro y sur América se ha justificado en virtud de un problema que se ha catalogado como una especie de terrorismo, la existencia de organizaciones criminales dedicadas principalmente al tráfico de drogas ilícitas que por la característica de sus estructuras desafían al Estado mismo, situación que exige una respuesta acorde con su gravedad: la mal llamada “guerra contra las drogas”.

Existen dos modelos secuenciales que se constituyen como los principales presupuestos sobre los que los Estados han formulado su política criminal con la que enfrentan el fenómeno: el modelo médico-jurídico y el modelo económico-político. Las causas son explicadas a partir de la salud pública, y la desestabilidad política que ocasiona el tráfico de drogas y con relación a las víctimas se identifica desde el consumidor individual hasta la humanidad misma.

Los argumentos dentro del debate médico centran su atención en la capacidad destructiva de ciertas sustancias, y advierten de su nocividad, dependencia y peligrosidad.

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud existen determinadas sustancias que son de una mayor capacidad destructiva, tanto para el organismo

humano como para la sociedad, una vez ingeridas tienen la capacidad de enganchar al sujeto consumidor.

Basado en el argumento anterior se llega a la conclusión de que el consumo de drogas se trata de un ataque a la especie humana y la población juvenil es la más amenazada.

Estos antecedentes sirven al Estado para argumentar su deber de intervenir en defensa de la sociedad, para proteger la salud del adicto, en bien de la salud pública y de la humanidad. Así, la salud pública adquiere un enorme interés jurídico y el sistema penal se convierte en el mecanismo idóneo para solucionar el problema del tráfico de drogas ilícitas.

En este mismo supuesto los Estados Unidos alentaron la formulación y firma de la Convención Única sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas de 1961, donde codificó y generalizó la prohibición del comercio ilícito de drogas. A partir de la Convención los Estados comenzaron a fundamentar su intervención en la protección de la salud pública y recurrieron a la represión jurídico penal.

El ordenamiento jurídico a través de la norma penal asume el discurso médico y adopta la distinción entre sustancias prohibidas y permitidas, basándose en el supuesto reconocimiento entre conductas socialmente aceptadas y las socialmente rechazadas. Consecuentemente el tipo penal refleja los límites del riesgo socialmente permitido.

La presión de los Estados Unidos no se deja esperar y los medios de información masiva en ese país comienzan una campaña en los años setenta, en donde resalta la riqueza acumulada por los traficantes de drogas ilícitas a partir de las condiciones que ofrece el mercado. Estas condiciones ofrecen a los capos de la droga un poder bélico y económico muy grande, que pudiera enfrentar directamente a cualquier Estado.

El entonces embajador de los Estados Unidos en Colombia, inicia la difusión de la vinculación de la guerrilla colombiana con el tráfico de drogas ilícitas. En la administración de Ronald Reagan se proyectó como una realidad la narcoguerrilla, justificada a través de un acuerdo común entre la guerrilla y el narco, por medio de

la cual los primeros proporcionan seguridad a cambio de porcentajes en especie o en dinero.

En este tenor, el tráfico de drogas ilícitas es vinculado con el terrorismo, la administración de Reagan consideró que los narcotraficantes y los terroristas se apoyaban mutuamente e inició la asociación del tráfico de drogas con el terrorismo.

El escenario era propicio para impulsar y hacer que diversos Estados adoptaran la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en 1988, cuyo objetivo principal era en principio privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas. La solución al problema ya no se halla en el marco legal penal interior, ahora corresponde a los estrategias militares y policiales de los diferentes países y las acciones que lleven a cabo en un supuesto marco de guerra.

El problema inicial de la salud pública y de la defensa de la sociedad pasa a un segundo plano, y el problema se eleva a internacional, la presión norteamericana lo convierte en una de las principales amenazas a las naciones del mundo, incorporándose en las distintas agendas nacionales e internacional.

El tráfico ilícito de drogas es visto como causa de muchos de los conflictos sociales tanto nacionales como internacionales. La violencia y la corrupción son presentados como efectos naturales de los intereses de los actores criminales. Se afirma que el tráfico origina violencia y su movilización es tan amplia, que abarca desde la promoción de bandas especializadas, hasta la contaminación financiera de importantes esferas productivas legales, razones por las que se convierte en la principal causa de desestabilización política, económica y social.

3.3. Política criminal en México.

La política criminal constituye uno de los elementos más importantes para realizar una crítica y evaluación de las leyes e instituciones en cualquier país a partir del análisis de la dogmática penal, esto es, que se realice para encontrar los

defectos y errores que contienen y, así, estar en posibilidad de plantear alternativas y soluciones viables para poder corregir dichas deficiencias.

El Estado debe determinar su política criminal de acuerdo a las características del mismo, ya que, debe de atender la política general que se sigue para que dicha política específica sea acorde a ella, por lo tanto, tiene que existir una vinculación entre el ordenamiento político-jurídico supremo del Estado y la política criminal que se adopte, para que ésta se base en lo que aquél le señale.

Desafortunadamente en nuestro país la implementación de la política criminal ya sea a nivel local o federal, ha distado de lo que señalan los principios del Derecho Penal del Estado moderno que se encontraban reflejados en una serie de garantías establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que, en la práctica se violan preceptos que buscaban dar una mayor seguridad a la ciudadanía en el respeto a sus derechos humanos fundamentales.

La vulneración de los derechos ciudadanos se ha ido forjando por la falta de capacidad de las autoridades encargadas de proporcionar seguridad pública, de observar la problemática de la criminalidad y la eficacia de las instituciones públicas sólo en un afán de obtener estadísticas de cargas de trabajo, sin atender el problema de origen; es por eso que la autoridad no puede dar respuestas concretas a problemas estructurales, da una solución superflua creando normas jurídicas al vapor con la única finalidad de satisfacer la coyuntura política.

La creación de normas jurídicas principalmente de carácter penal ante situaciones de hecho en el incremento desmesurado de la criminalidad, crea ante la ciudadanía un efecto psicológico de aparente calma en la inseguridad individual y colectiva; sin embargo, al abundar un sinnúmero de disposiciones penales en el ordenamiento jurídico hace imposible su conocimiento por los destinatarios de las mismas, y por ende, su ineficaz aplicación en la prevención de las conductas delictivas en las personas que desconocen las consecuencias jurídicas de su comportamiento.

Actualmente, en nuestro país como consecuencia de nuestro devenir histórico de desigualdad social se han incrementado los índices delictivos, lo cual

puede constatarse en el acontecer de las estadísticas delictivas de las principales ciudades en el país. Los sistemas económicos en México han sido determinantes para la marginación social de un gran sector de la población y el acaparamiento de la riqueza en sólo unos cuantos.

La política criminal en México a partir de la instauración del sistema ideológico de producción neoliberal, se ha caracterizado por desatender los intereses públicos y sociales, concentrándose en la protección de los intereses de los dueños de los grandes capitales transnacionales.

La transnacionalización de la política criminal es conceptualizada *“como una estructura cerrada económica e ideológico-jurídica penal, cuyas reglas de construcción son las mismas que originan su auto-reproducción, de tal manera que excluyen cualquier otra motivación o influencia extraña”*¹⁴⁴.

El Estado mexicano a partir de su inserción en la economía global neoliberal ha utilizado con mayor fuerza a la política criminal como control social para evitar que los agentes inconformes a dicho sistema se manifiesten, paulatinamente se han realizado reformas al ordenamiento jurídico nacional para adecuarlo a las exigencias de la economía de mercado transnacional, estableciendo disposiciones que autorizan la actuación del sistema represor del Estado mediante acciones que eran consideradas delitos ahora legitimadas por disposiciones jurídicas *ad hoc* y así, segregar, excluir e inclusive desaparecer a los *indeseables* del sistema económico.

Esta nueva política criminal se caracteriza por la protección de los intereses de quienes tienen el poder económico nacional e internacional y a su vez ha abandonado las cuestiones de seguridad pública y social de las personas para crear el estandarte de legitimación en la seguridad nacional.

El trasfondo es que a la economía neoliberal que rige la vida jurídica de los Estados no le afecta en gran medida la delincuencia aislada y de bajo nivel, sino que centra su atención en aquella que actúa con la complicidad del aparato estatal anterior al neoliberalismo: la delincuencia organizada.

¹⁴⁴ Sánchez Sandoval, Augusto. “La política criminal transnacional posmoderna como terrorismo jurídico y de hecho de los estados” en Sánchez Sandoval, Augusto (coord.), *Política criminal: La reducción del Estado nacional y las políticas transnacionales de seguridad*, México, UNAM, 2003, p. 1.

La delincuencia organizada es señalada a grandes grupos organizados, dedicados a actividades ilícitas, estructurados con la naturaleza y en ocasiones, también con apariencia de corporaciones de carácter lícito, pero a través de las cuales se realizan o se ocultan operaciones criminales. Esta forma corporativa, implica una estructura directiva, cuadros operativos, acervo tecnológico, ciclo de financiamientos, relaciones con otras corporaciones criminales, programas de expansión, jefaturas de proyectos, desarrollo y entrenamiento de personal, actividades de reclutamiento, control interno, y en general todo aquello que puede tener cualquier corporación internacional lícita.

La afectación que provoca la delincuencia organizada a la economía de grandes capitales hace que ésta en su carácter de factor real de poder, exija a los gobiernos que sostiene la protección a sus intereses económicos particulares. El Estado actúa entonces dentro de sus facultades para implementar una política criminal con el discurso de que la delincuencia organizada no es sólo un problema que afecte intereses individuales o generales, sino que pone en riesgo la propia seguridad de la nación y, por ende, la vigencia del Estado de Derecho; ya que, por sus características se encuentra en ventaja frente a los tradicionales medios de control estatal, esto ha servido para justificar la adopción de medidas político-criminales, que desde el punto de vista del gobierno y sus instituciones resultan más eficaces frente a dicha problemática.

Dichas medidas aunque hablan de un respeto a los derechos humanos en su aplicación, en la práctica son acciones que son contrarias a los mismos, sólo que con el amparo de la ley para realizarlas. Esta intervención punitiva implica un retroceso muy grave del Derecho Penal liberal y el consiguiente restablecimiento del Derecho Penal autoritario, lesionando los derechos constitucionales e internacionales, potenciando la corrupción de las instituciones del sistema penal.

Lo mencionado da la pauta necesaria para el análisis de los factores reales determinantes en la instauración de una política criminal en un Estado, específicamente para entender el devenir en México de la adopción de la selectividad criminal con base en los factores ideológicos de producción.

3.3.1. Seguridad Pública.

La seguridad se ha constituido en punto central en las políticas públicas en nuestro país en los últimos años, la incapacidad gubernamental para generar certidumbre y oportunidad a la población se ha cubierto con el discurso de proporcionar un tipo de seguridad como panacea para las necesidades de una población sumida en una desigualdad social abismal.

En la política pública hay que considerar que su diseño e implementación obedece a la decisión de grupos de poder, con el que se busca poner en práctica el proyecto hegemónico de esos grupos. Augusto Sánchez Sandoval define a las políticas públicas como *“el conjunto de intervenciones realizadas por el Estado, las instituciones civiles y los grupos comunitarios organizados, para buscar objetivos de desarrollo práctico y simbólico, en las materias que traten, con el fin de satisfacer las expectativas de una población y obtener de ella el consenso, para mantener un tipo de orden o lograr una evolución social.”*¹⁴⁵

La pérdida del orden en la sociedad busca que exista un consenso en torno a la política pública de seguridad que el Estado mexicano implementa para conseguir una recuperación del orden perdido, a través del discurso de una criminalidad desmedida como causa-efecto de la inseguridad de las personas en el ámbito político, social y económico, en una sociedad del riesgo caracterizada

*“esencialmente por una carencia: la imposibilidad de prever externamente las situaciones de peligro, (es decir, el peligro entendido como el no poder evitar los efectos dañinos de la producción). Pero esto significa que las fuentes de peligro ya no están en la ‘ignorancia’ sino en el ‘saber’, y tampoco en un ‘dominio deficiente de la naturaleza’, sino el ‘perfeccionado’, ni en la falta de acción humana, sino precisamente en el sistema de decisiones y restricciones que se estableció en la época industrial”*¹⁴⁶

Se constata que la política de seguridad pública ya no obedece a cuestiones de ignorancia sobre cuál es la que ocasiona mayor beneficio y el menor perjuicio a la sociedad, sino que se adopta una tendencia con la finalidad de alcanzar

¹⁴⁵ Sánchez Sandoval, Augusto, “De la seguridad pública militar en México, al control social militar transnacional”, en Sánchez Sandoval, Augusto, (Coord), *Seguridad Pública y la Teoría de los Sistemas en la Sociedad del Riesgo*, México, Porrúa, 2007, p. 93.

¹⁴⁶ Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, España, Paidós, 1998, p. 280.

objetivos establecidos por el grupo en el poder, con el consenso de los grupos sociales dominados, a sabiendas de que con la operación de la política se puede tener un mayor perjuicio que el supuesto beneficio que el discurso busca sustentar.

La concepción de la seguridad que tenga la sociedad depende de la ideología dominante que se establezca para crear el efecto deseado en la sociedad en beneficio del grupo que la impone; así, la ideología se entiende como *“una construcción discursiva de hechos sociales aptos para producir una falsa conciencia en los actores y en el público...al sustantivo seguridad se agregan explícita o implícitamente adjetivos como nacional, pública o ciudadana, dándosele una connotación colectiva y no personal de la seguridad.”*¹⁴⁷

Con el objetivo de la seguridad, se establecen medidas dirigidas a la población que se legitiman en el supuesto beneficio colectivo que trae aparejado, cuando se están reforzando las estructuras que permiten mantener el dominio hegemónico por un mejoramiento de la eficacia del control social, así se consigue lo que señala Augusto Sánchez *“disciplinar a los ciudadanos para que obedezcan por propio convencimiento y otorguen su consenso, a los grupos dominantes, para el logro del proyecto hegemónico de éstos... el ciudadano o se conforma con la domesticación... o se ve sometido a la coerción directa de los aparatos represivos del Estado.”*¹⁴⁸

3.3.2. Seguridad nacional.

El concepto de seguridad nacional se define en relación al contexto al cual se esté refiriendo, al depender de la coyuntura política es que dicho concepto se determinará de una o de otra manera de acuerdo con las amenazas manifiestas y hechos resultantes de una situación particular. Richard Smoke define a la seguridad nacional como *“la confianza que tiene la gran mayoría de las personas de una nación, de que ésta tenga la capacidad militar y las políticas efectivas para*

¹⁴⁷ Baratta, Alessandro, *Entre la política de seguridad y la política social, en países con grandes conflictos sociales y políticos*, borrador inédito, Citado por Sánchez Sandoval, Augusto, (Coord), *Seguridad Pública y la Teoría de los Sistemas en la Sociedad del Riesgo*, México, Porrúa, 2007, p. 97.

¹⁴⁸ Sánchez Sandoval, Augusto, “De la seguridad pública militar en México, al control social militar transnacional”, *Op cit*, pp. 97-98.

*prevenir que sus adversarios usen la fuerza para impedir que la nación procure sus intereses.*¹⁴⁹

El concepto de seguridad nacional se refiere a la ausencia de amenazas a los valores que determina el Estado y a la ausencia de temor de que dichos valores sean atacados. El Estado encuentra su razón de ser en la seguridad, como lo señala Maquiavelo *“El Estado...tiene su seguridad en sí mismo, sólo el que tiene en sí mismo la razón de su seguridad, es capaz de regirse por sí mismo. El que no la tiene, depende de otra y a otro ha de ocurrir para defenderse”*¹⁵⁰

Los promotores de la política de la seguridad nacional justifican su existencia al señalar que su función es proporcionar las condiciones necesarias para que la acción del Estado mantenga los intereses nacionales y alcance sus objetivos, eliminando o neutralizando las amenazas que puedan retardar o impedir la solución de los problemas políticos, económicos, sociales y militares.

En el desarrollo de la seguridad nacional aparece en la actualidad un nuevo concepto sumamente ligado, el de la geopolítica, entendida como la capacidad que tiene cada Estado para manifestar en el exterior los intereses que permitan una mayor viabilidad a su proyecto como nación. Con ella, los Estados hegemónicos mantienen el dominio sobre los Estados periféricos más débiles, lo que les garantiza un liderazgo capaz de hacer valer bajo cualquier situación sus intereses nacionales sobre otros.

La geopolítica es un término utilizado por los Estados para delimitar el campo de acción de su poder nacional en el exterior, lo que permite acrecentarlo por medio de la presencia de sus productos en el mercado internacional, que lo hacen ser un ente capaz de someter a otros Estados a que dependan de él.

La creación de zonas de influencia o regiones económicas tiene su antecedente en el siglo XVII con el mercantilismo de las potencias de la época: Francia, España, Holanda y Gran Bretaña.

El expansionismo de las naciones hegemónicas ha provocado a lo largo de la historia un gran número de episodios de carácter bélico con la finalidad de

¹⁴⁹ Smoke, Richard, *National Security and the Nuclear Dilemma*, Random House, Nueva York, 1987, p. 301

¹⁵⁰ Maquiavelo, Nicolai, *El príncipe*, México, Patria, 1994, p. 67.

imponer sus intereses, los más notables en el siglo XX son las dos guerras mundiales.

Los temas que acotaban las agendas nacionales en los años de la Guerra Fría se referían al comunismo y su eliminación en la competencia de la carrera de las potencias mundiales. En la actualidad se incluyen nuevos paradigmas, como la promoción de la democracia a nivel global con interés inicial en América Central y Sudamérica y la consolidación del libre mercado para la expansión de los más fuertes.

Estados Unidos ha tenido y tiene una gran influencia en la definición y redefinición en torno a la agenda de los países respecto al tema de la seguridad nacional. Inicialmente en el conflicto de la Guerra Fría con la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas veía al comunismo como una amenaza a su seguridad nacional, así que implementó una intensa campaña de promoción de la democracia en los demás países americanos como el sistema más viable para lograr el desarrollo de una nación.

La promoción llegó hasta Europa, y en el año de 1948 el entonces presidente de Estados Unidos, Harry Truman, propuso el Plan Marshall, que consistía en dar apoyo financiero a países europeos para procurar la contención de la amenaza comunista, con dicho plan se inició la influencia de Estados Unidos en la agenda de seguridad nacional en los distintos países que aceptaron la aplicación de sus lineamientos.

Posteriormente en el año de 1982, el presidente Ronald Reagan creó por mandato presidencial instituciones encaminadas a promover la democracia a nivel internacional, como la Fundación Nacional para la Democracia; con una visión de que la democracia sería una medida de distensión mundial para facilitar las relaciones internacionales y colaborar en la prevención de conflictos que en el futuro pudieran darse, siendo criticado en Europa por esconder sus intenciones expansionistas a través de este mecanismo.

En el periodo del presidente George Bush (padre), se matizó la seguridad nacional en tres niveles: el económico, el diplomático y militar. La estrategia en este periodo consistió en la continuidad en el proyecto de la promoción de la

democracia como el mejor sistema de gobierno para las naciones, lo cual traería beneficios en el desarrollo de los procesos económicos y la competencia de los mercados. El trasfondo de esta política consideraba y considera que los intereses nacionales estadounidenses podrían anteponerse ante cualquier Estado, siempre y cuando se lograra una interdependencia del mercado global para la preservación de su economía.

La administración del presidente William Clinton en materia de seguridad nacional se caracterizó en primer lugar por la creación del Consejo de Seguridad Económica, con el objetivo de analizar los problemas económicos mundiales y su repercusión en la seguridad nacional norteamericana. Así, la democracia y su promoción coadyuvan a la revitalización de la economía doméstica a través del liderazgo de Norteamérica y la estimulación del crecimiento global, mediante el reforzamiento de la economía de guerra frente a nuevas amenazas como el narcotráfico, el crimen organizado y la migración.

Los Estados Unidos con este discurso han procurado su presencia militar en todo el mundo, siendo capaces de reestructurarse militarmente para sostener más de dos conflictos al mismo tiempo. La estrategia es regionalizar y globalizar a la vez su política económica, política, militar e incluso de medio ambiente.

Con la política de promoción de la democracia, los Estados en donde ha tenido efecto se han transformado en democracias de mercado (aquellos en que la expansión del dominio y la hegemonía ha sido adaptado tanto en la práctica como por medio de un marco jurídico que colabora a su legitimación y legalidad), estados transicionales (hacia democracias de mercado) y estados problemáticos (aquellos que no han consolidado o que han rechazado la implementación de la democracia en su sistema interno).

La política exterior de los Estados Unidos por un lado, utiliza más la persuasión que la fuerza, por medio de apoyo económico a países afines a sus políticas, y por el otro, procede progresivamente con el uso de la fuerza con los países no alineados. A través de la promoción de la democracia se establecen nuevos mercados e impone su hegemonía ideológica en todo el mundo, y con la misma política enfrenta problemas tales como la delincuencia organizada,

específicamente aquella que se ha desarrollado como mercados paralelos calificados de ilegales, como el tráfico de drogas, de armas y de personas.

Los mercados paralelos ilegales escapan a la regulación y al manejo del sistema de mercado norteamericano y representan un atractivo sector de ganancias para los intereses capitalistas; por lo que dentro de la lógica del mercado expansionista se busca la desaparición de la competencia y, apoyado en la política de promoción de la democracia e incremento de la seguridad nacional, se hace frente a éstos mediante la persecución, detención, segregación e incluso eliminación de los actores de dichos mercados, con un orden jurídico transnacional y nacional *ad hoc*, en aras de la expansión de mercado de la hegemonía estatal dominante.

La expansión de la política de seguridad nacional de los Estados Unidos se refleja en México con la aplicación de una política de seguridad nacional adecuada a los lineamientos de aquélla. Estrictamente la atención se centra en la delincuencia organizada y el narcotráfico, mediante el discurso oficial, el Estado mexicano ha reproducido la ideología norteamericana señalando que aquéllos representan un poder paralelo al Estado, que provoca inestabilidad política y vulnera a las instituciones, siendo así un problema de seguridad nacional.

En este mismo tenor, se asevera que este fenómeno crea la ola de violencia que actualmente existe en el país, debido al obsoleto marco legal y la corrupción, con lo que se demuestra que el problema del narcotráfico y el crimen organizado son preocupantes, en razón de que representan grandes desafíos internos y externos que ponen en riesgo la paz, estabilidad y soberanía nacionales.

La agenda de seguridad nacional norteamericana ha influido para que México asuma como propia la llamada “Guerra contra las drogas” diseñada en Washington, convierte a la agenda mexicana de seguridad nacional en la extensión de los criterios de seguridad e intereses estratégicos de Estados Unidos, convirtiendo al país en un Estado policía.

En el orden jurídico mexicano la seguridad nacional cuenta con una ley específica denominada Ley de Seguridad Nacional, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 2005, señala en su artículo primero que

su objetivo es establecer las bases de integración y acción coordinada de las instituciones y autoridades encargadas de preservar la seguridad nacional. En su artículo tercero señala lo que dentro del orden jurídico mexicano vigente entiende por seguridad nacional como. *Las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener, la integridad, estabilidad y permanencia del estado mexicano, que conlleven a: I. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país* (dentro del que cabe cualquier supuesto que el titular del Ejecutivo Federal considere pone en riesgo la estabilidad del sistema dominante).

Esta ley complementa la legislación que en materia de intervención de comunicaciones se revisa más adelante, el artículo 33 dispone “*en los casos de amenaza inminente a los que se refiere el artículo 5 de esta ley, el gobierno mexicano podrá hacer uso de los recursos que legalmente se encuentren a su alcance, incluyendo la información anónima.*” Prácticamente no hay acto que escape en el que se pueda dar una intervención legal de las comunicaciones entre particulares por el Estado, ya que, se trata de un enorme abanico de posibilidades para la represión estatal, un Estado que actúa con acciones delictuosas para la conservación de los intereses del grupo dominante. A continuación se citan estos supuestos para su conocimiento:

Artículo 5.- Para los efectos de la presente Ley, son amenazas a la Seguridad Nacional:

- I.** Actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de los Estados Unidos Mexicanos dentro del territorio nacional;
- II.** Actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado Mexicano;
- III.** Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada;
- IV.** Actos tendentes a quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- V.** Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;
- VI.** Actos en contra de la seguridad de la aviación;
- VII.** Actos que atenten en contra del personal diplomático;

VIII. Todo acto tendente a consumir el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva;

IX. Actos ilícitos en contra de la navegación marítima;

X. Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas;

XI. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia, y

XII. Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos.

3.4. El Derecho Penal del enemigo.

En el año de 1999 en un Congreso celebrado en Berlín el profesor Günther Jakobs anunciaba que en las sociedades democráticas había que admitir que junto a un Derecho Penal del ciudadano, existía un Derecho Penal del enemigo, en el que para mantener determinada seguridad cognitiva era necesario limitar o excluir algunos de los principios característicos del Derecho Penal de un Estado democrático.

Jakobs no es el primero en acercarse teóricamente a un Derecho Penal de excepción, en su momento Hobbes en el *Leviathán* admite que la resistencia al soberano es introducir la guerra de todos contra todos, por lo que quien resiste el poder del soberano es sometido a una contención forzada en una calidad de enemigo y no de delincuente, porque se vuelve extraño al salir del contrato social con su acto de resistencia, “...el daño infligido a quien se considera enemigo no queda comprendido bajo la denominación de pena... ya que no está sujeto a la ley y, por consiguiente no puede violarla,... todos los daños que puedan inferírsele deben ser considerados como actos de hostilidad.”¹⁵¹ Dicha hostilidad se va aplicar de manera discrecional y arbitraria a quién opone resistencia al soberano, como más adelante expone “puede legalmente hacersele sufrir cualquier daño que el representante quiera,...padece ese daño como enemigo del Estado, es decir, según sea la voluntad del representante.”¹⁵² En este tenor, la penalidad era propia

¹⁵¹ Hobbes, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª ed en español, Trad. De Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 256-257.

¹⁵² *Ibidem*, p. 257.

de los súbditos, o sea, que la ley era aplicada sólo a quienes estuvieran bajo la subordinación del soberano, no así a quién se colocaba en una situación de oposición directa al mismo, ya que, *“en cuanto a los castigos establecidos en la ley, son para los súbditos, no para los enemigos, y han de considerarse como tales quienes, habiendo sido súbditos por sus propios actos, al rebelarse deliberadamente niegan el poder soberano.”*¹⁵³.

En la concepción de Rousseau con la distinción respecto a Hobbes sobre el origen contractual del Estado, señala también la existencia y el trato diferenciado hacia el enemigo, *“todo malhechor, al atacar el derecho social... deja de ser miembro de ella al violar sus leyes y hasta le hace la guerra...la conservación del Estado es incompatible con la suya, es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como enemigo que como ciudadano”*¹⁵⁴ significa para Rousseau que la transgresión a la ley mediante acciones delictivas por parte de los ciudadanos era considerado un incumplimiento del contrato social y la consecuente ruptura del mismo, así que el desconocimiento del contrato social provocaba el desconocimiento por parte del Estado de la calidad de ciudadano del actor delictivo, por lo que su trato y penalidad se consideraban en razón a su extrañeza al contrato y no a su calidad de ciudadano.

Rousseau consideraba sólo la ejecución y consideración de enemigo en los casos de una imposibilidad de erradicar el peligro que éste acarrearía y no en la generalidad delincidencial, considerando la reinserción del transgresor a la comunidad contractual *“No hay malvado a quién no se le pueda hacer útil para algo. No hay derecho, ni para ejemplo, de matar sino a aquel a quien no puede conservarse sin peligro”*.¹⁵⁵

En el siglo XX se teorizó y practicó un Derecho Penal paralelo en el régimen nacionalsocialista. Edmundo Mezger diseñó un Proyecto de Ley de tratamiento de los Extraños de la comunidad, en donde proponía la existencia de dos (o más) derechos penales, uno para el ciudadano normal, con todas las garantías y

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social o Principios de derecho político*, México, Porrúa, Sepán Cuantos Núm, 113, 2006, p. 24.

¹⁵⁵ *Idem.*

sutilezas de la dogmática jurídico penal; y otro distinto para los que llamaba “extraños o enemigos de la comunidad”, para los que proponía su eliminación o exterminio, sin mayores exigencias ni algún tipo de control jurídico más que la simple voluntad de la policía del régimen nazi.

Las características del Derecho Penal del enemigo en concepción de Jakobs son:

1. *“Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de proporcionalidad, aplicando incluso “penas draconianas”;*
2. *Abolición o reducción a un mínimo las garantías procesales del imputado;*
3. *La criminalización de conductas que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estado de ejecución de un delito”.*¹⁵⁶
4. La consideración del status de “no persona” hacia quienes se dirige el poder punitivo del Derecho Penal del enemigo.
5. A quien cae en el status de enemigo, adquiere una ambigüedad en la aplicación de un Derecho Penal paralelo, el cual no entra ni en la concepción del Derecho Penal del ciudadano, ni del Derecho penal aplicable a un enemigo en el contexto bélico.

Todo ello se agrupa en una especie de programa o declaración de guerra contra un enemigo al que no define, sino sólo describe vagamente como miembros de organizaciones criminales, narcotraficantes, terroristas, reincidentes, entre otros; se les sitúa en una concepción de “no personas” quedando fuera del ordenamiento jurídico, así que es necesario privarles de los derechos exclusivos de los considerados como “personas”.

El reconocimiento de la incapacidad de juridizar las relaciones sociales, así como el de la existencia de determinados sujetos considerados como “enemigos”, orilla al Estado a proceder con instrumentos contundentes más allá de lo que un Estado de derecho considera admisibles, a costa de la restricción y violación de derechos fundamentales.

¹⁵⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Los orígenes del derecho penal del enemigo*, México, Ubijus, 2010, p. 20.

La imposición de un Derecho Penal excepcional para determinados sujetos abre la puerta a un Derecho penal de carácter ilimitado, en el que son perfectamente admisibles la criminalización de la disidencia, la no proporcionalidad de las penas e inclusive la implementación de medios de prueba ilegales como la tortura.

Francisco Muñoz Conde considera que *“por más que algunos hayan tratado de justificar la postura de Jakobs aduciendo que su actitud es meramente descriptiva... de la lectura de sus textos no se puede a mi juicio, deducir otra cosa que Jakobs legitima y defiende la necesidad del derecho penal del enemigo”*.¹⁵⁷

En el caso de que se legitime un ejercicio ilimitado del poder punitivo del Estado, por más que solo sea en casos concretos y extremos, abre la puerta a que se implemente un Estado autoritario y totalitario, que automáticamente se convierte en la negación misma del Estado de derecho. La historia reciente nos muestra claros ejemplos como el nacionalsocialismo en Alemania, el fascismo en Italia, y la violación de derechos humanos al amparo de una legislación de emergencia creada por el autoproclamado defensor de éstos (Estados Unidos) en Guantánamo, Irak, Afganistán, entre otros.

La existencia de un Derecho Penal paralelo se encuentra en la opinión de Fran Von Liszt, señala que el Derecho penal debía ser la infranqueable barrera de la política criminal, de acuerdo a su concepción *“el Derecho penal tenía que ofrecer un valladar inexpugnable a cualquier planteamiento político criminal que quisiera acabar con la criminalidad a toda costa y a cualquier precio prescindiendo de los principios fundamentales, a los que consideraba como la Carta Magna del delincuente”*¹⁵⁸; sin embargo, este planteamiento significaba un obstáculo para combatir el problema de la reincidencia.

Von Liszt consideraba que las personas que por su forma de vida podían considerarse como un peligro para el orden social, tenían que ser simplemente inocuizadas, señalando el procedimiento para llevarlo a cabo mediante *“la prisión perpetua, o en su caso de duración indeterminada, en campos de trabajo, en*

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 23.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 28.

“servidumbre penal”, con estricta obligación de trabajar y con el máximo aprovechamiento posible de su fuerza de trabajo sin excluir como pena disciplinaria la pena de azotes y con la consiguiente pérdida de los derechos civiles”¹⁵⁹.

Respecto de los incorregibles, Von Liszt consideraba que el Derecho penal debía ser el vehículo para ejercer una política criminal de lucha y aniquilamiento de las personas pertenecientes a grupos socialmente marginados a los que hacía referencia como “proletariado” y enemigos principales del orden social. Con la clasificación de los delincuentes en ocasionales, corregibles e incorregibles, Liszt estaba proponiendo la existencia de dos o más tipos de Derecho penal, correspondientes a distintos tipos de política criminal: una limitada por los principios jurídicos respetuosos de los derechos fundamentales; y otra, sin ningún tipo de límites, en los que se lucha para exterminar a aquéllos que representan un peligro para el orden social, catalogados como incorregibles.

Otro autor considerado como antecedente del llamado Derecho Penal del enemigo es Karl Binding, quien tenía una idea de la pena basado en la retribución de la culpabilidad, rechazando que la pena deba basarse en la pura peligrosidad del individuo; no obstante, seguía una línea radical en torno a la problemática de la reincidencia señalando que *“la pena... Lo que hay que hacer es configurarla de un modo más contundente contra la reincidencia criminal y utilizarla como forma de inocuización de la “ralea criminal”, agravándola... hasta la prisión perpetua o la pena de muerte.”¹⁶⁰*

La reincidencia vista para estos autores carece de elementos que limiten la pena basados en la idea de culpabilidad o de la proporcionalidad y coinciden en señalar que la finalidad de la misma debe ser la inocuización de los individuos.

Actualmente la tendencia en el Derecho penal es basarse en criterios no basados en la causalidad de las conductas, existe un marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios de los mismos hacia el Derecho penal de autor.

¹⁵⁹ Citado por Muñoz Conde, Francisco, *Op cit*, p. 30.

¹⁶⁰ Citado por Muñoz Conde, Francisco, *Op cit*, p. 34.

El llamado Derecho Penal del enemigo aparece como contrario al Derecho penal de carácter democrático propio de un Estado de Derecho, la misma naturaleza de la concepción de un Derecho penal dirigido hacia un enemigo, escapa a la esencia del Derecho penal, a lo cual se ha señalado que como tal no puede llamársele Derecho penal, ya que, el considerar enemigo a su destinatario es contrario a su naturaleza.

La concepción de enemigo, es referida no como una ausencia de ciudadanía o de nacionalidad de las personas, sino exactamente es la despersonalización de la misma, es decir, se considera que quien es enemigo no puede ser considerado como persona. Ahora bien, dentro del discurso que legitima la instauración de ordenamientos cuyos destinatarios son considerados como males sociales y como enemigos, se hace referencia a seres humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que el Estado ha dejado de considerarlos como personas.

Carl Schmitt estudia el concepto de enemigo a partir de su ubicación en el interior del Estado, para su existencia como unidad política, es decir, el Estado tiene la capacidad para determinar aquellos agentes que considere ponen en riesgo su estabilidad y permanencia como unidad hegemónica, a los cuales podrá declarar como enemigos y aplicarles medidas para neutralizar sus acciones que pudieran llevar a poner en riesgo al Estado mismo, sin necesidad de que se hayan materializado las conductas, sino que basta la sospecha de su realización para contener a los individuos que se crean sean capaces de llevarlas a cabo.

Señala en *El concepto de lo político* Schmitt que el concepto de “*enemigo se remonta a la distinción romana entre imicus y el hostis*”¹⁶¹ y a la concepción griega del mismo, en la cual consiste en que la autoridad declara a alguien enemigo dentro del Estado, lo cual será “*la señal de guerra civil... de la disolución del Estado como unidad política organizada...La guerra civil decidirá entonces sobre el destino ulterior de esa unidad* .”¹⁶², en el contexto bélico en el que señala Schmitt la intervención del Estado para la eliminación del enemigo que osa atacar

¹⁶¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El derecho penal del enemigo*, Ediciones Coyoacán, México, 2007, p. 23.

¹⁶² Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, documento en línea en <http://www.lexweb.cl/media/users/10/523229/files/49917/Schmitt.pdf>, p. 11. Consultado el 15 de marzo de 2011.

al ente estatal, ya no se puede hablar que su reacción será conforme a los principios del Derecho penal, ya que al atacar el orden constitucional del Estado “la lucha ha de decidirse fuera de la constitución y del derecho, en consecuencia por *la fuerza de las armas*”¹⁶³

El enemigo como tal es semejante a la figura del *judicatus*, en virtud de que el enemigo por sí mismo no se caracteriza como tal, es decir, no se declara abiertamente como enemigo, sino es quien ejerce el poder punitivo el que lo hace.

La misma concepción del enemigo en el devenir del Estado se ha encontrado siempre latente en el poder punitivo que aplica, por lo que en los diferentes ordenamientos penales ha existido siempre un ordenamiento que permite una amplia selectividad discrecional de individuos que son considerados como un peligro para el mismo ejercicio del poder de penar.

Así, el establecimiento de un trato diferenciado en el poder punitivo estatal a sus destinatarios ha existido desde mucho tiempo atrás, tan sólo en la institución romana del *hostis judicatus*, en la que se “*cumplía una función de dejar al ciudadano en condición semejante a la del esclavo, para hacerle aplicables las penas que estaban vedadas para los ciudadanos*”¹⁶⁴, en los últimos años su presencia es más notable que en aquél entonces, se revela con mayor cinismo y grosería en el contexto del Derecho punitivo estatal, dirigido a una más amplia categoría de actores y de actividades que éstos realizan, en una especie de paranoia hegemónica que busca a toda costa su estabilidad y permanencia en el ejercicio del poder.

Los ordenamientos de carácter penal en varios de los países occidentales y concretamente en la región de América Central y Sudamérica han implementado diversas medidas de seguridad para contener los supuestos peligros que conlleva el dejar en libre actuación a ciertos actores en su ámbito interno basándose en la idea de la necesidad de las mismas para su validez, así, los sujetos pueden ser seleccionados como peligrosos de manera discrecional por las autoridades y se les pueden aplicar medidas anticipadas a un juicio valorativo de carácter penal con

¹⁶³ *Idem.*

¹⁶⁴ Zaffaroni, Raúl Eduardo, *El derecho penal del enemigo*, *Op cit*, p. 25.

un debido proceso en razón de que es más importante la contención de su peligrosidad; dicha contención se declara que es estrictamente limitada a la neutralización del peligro, no limitando al individuo de todos los derechos que en caso de una sentencia ejecutoriada se le restringirían, esto es que “*la estricta medida de la necesidad es la estricta medida de algo que no tiene límites, porque lo establece el mismo que ejerce el poder.*”¹⁶⁵

Con ello, se legitima la sobre actuación del poder de castigar de manera paralela al ejercicio punitivo legal de un Estado de derecho, al no reconocer en ciertos agentes su calidad de personas, y por ende, los derechos que le son inherentes, aduciendo una eminente peligrosidad subjetiva para poder aplicarle medidas y sanciones de carácter excepcional.

Los iguales y los desiguales ha sido el criterio en diferentes épocas para la aplicación o no del poder punitivo; los primeros, en los pocos casos en que se les llegaba a aplicar, gozaban de un trato diferenciado de manera privilegiada y con respeto a sus derechos; en el segundo caso, la aplicación de la pena era dirigida principalmente a los sujetos quienes cometían delitos graves y sobre todo a los disidentes políticos, con lo que se aseguraba el control y la contención de los riesgos al sistema imperante de entonces. Así, “los peligrosos o *enemigos* fueron *parásitos* para los soviéticos, *subhumanos* para los nazistas y *enemigos del estado* para los fascistas, todos sometidos a un *sistema penal paralelo* compuesto por tribunales especiales inquisitoriales/policiales.”¹⁶⁶

A diferencia de la aplicación penal al enemigo en las leyes penales de los autoritarismos nazi, fascista y soviético, en el que se mostraba mayoritariamente un sistema penal formal y de manera discreta el sistema penal paralelo, es que trataban de dar una buena imagen a la población a la que se dirigían, buscando obtener el beneplácito como si se tratase de medidas encaminadas a la preservación del bienestar general del grupo social.

La publicidad con la que en un principio se buscaba la aceptación y el consenso social de las medidas punitivas marcaban más su aspecto formal que el

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 26.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 57.

informal de carácter excepcional, paulatinamente adquirió mayor fuerza que el contenido, y así se configuró una técnica que acompaña a la fabricación del enemigo a través de la excesiva publicidad con el objetivo de exaltar los peores prejuicios sociales y encausar su origen y permanencia en los actores que el poder hegemónico desee.

La fabricación de chivos expiatorios que sirven de válvula de escape del descontento social y como legitimante del grupo en el poder ha sido posible a través de la técnica *völkisch* que “consiste en *alimentar y reforzar los peores prejuicios para estimular públicamente la identificación del enemigo en turno.*”¹⁶⁷ Para lo cual los *mass media* son decisivos en el apoyo de la aplicación de una política penal específica, por medio de la difusión e infusión en la sociedad de un malestar general, el cual sólo podrá ser superado por medidas estrictamente excepcionales debido a la misma naturaleza que tienen los prejuicios que se pretende erradicar.

Se trata de la reproducción masiva de un discurso basado en imágenes que muestran el deterioro social atribuido a los enemigos en turno del poder, con lo cual su reproducción en la sociedad será decisivo para la distinción entre amigo y enemigo de acuerdo a si se somete y reproduce al discurso u opone resistencia al mismo y a su difusión; el discurso del poder punitivo “*se ha vuelto tan irracional que no tolera siquiera un discurso académico rastrero, o sea, que no tiene discurso, pues se reduce a mera publicidad*”¹⁶⁸, ya no se trata sólo de la actuación de individuos que vulneren el ordenamiento legal que se convierte en caótico y libre de un discurso ideológico que lo fundamente sino “*Como toda publicidad, no reconoce otro enemigo que quien niega las bondades del producto que promociona*”¹⁶⁹ entendiéndose a tal producto al establecimiento de medidas de emergencia para atender circunstancias que la publicidad ha exacerbado, caracterizadas por una represión excesiva y el establecimiento de un marco legal contrario a los principios del Estado de derecho.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 60.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 81.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 82.

La polémica en torno al llamado Derecho Penal del enemigo por Jakobs surge en la forma en que trata la concepción del trato diferenciado que el poder punitivo siempre ha realizado a través de la historia y la transición de los distintos tipos de Estado, los cuales de diversas maneras han dejado sobrevivir al *hostis* romano, ya que el Derecho penal siempre justificó y legitimó el trato de ciertas personas como enemigos. Así, el positivismo y la criminología clásica fueron y son instrumentos con los que se posibilitó y legitimó el trato como *enemigos* o *extraños*. El reconocimiento que se hace a Jakobs más allá si es partidario o no de la implementación de un Derecho Penal del enemigo para determinados actores, es la claridad y la sinceridad en como muestra el cinismo y grosería con el que actúa el poder punitivo estatal, bajo el amparo de una supuesta necesidad que necesita ser cubierta con la restricción de ciertas garantías, en la que la necesidad va ser ilimitada en la medida en que se considere que hay que atenderla

La concepción de Jakobs de la necesidad de implementar un Derecho Penal del enemigo para contener su expansión “*un derecho penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva*”¹⁷⁰, esto se opone rotundamente al Estado de derecho, el cual no es otra cosa sino la contención del Estado policía.

Con la implementación de medidas propias de un Estado policía se desvanece la concepción de un Estado de derecho, en el cual cada vez se hará mayor el espectro sobre el que supuestamente se destinan las medidas de emergencia de acuerdo al discurso *völkisch*, lo que finalmente trae como consecuencia la aplicación indistinta de medidas de seguridad sobre toda la ciudadanía, pero en especial aquella que se considere enemigo del sistema imperante.

Por ello la legitimación de un Derecho Penal paralelo no puede ser contenedor de sí mismo, al irrationalizar el poder punitivo, el Estado policía deja de ser latente y aparece cada vez más desbocando al Estado de derecho con la gran probabilidad de convertirse posteriormente en un Estado totalitario, perdiendo

¹⁷⁰ Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Op cit*, p. 18.

el Derecho penal su función en el Estado de derecho, es decir, *“la reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos irracionales posibles”*¹⁷¹.

En Latinoamérica la aplicación de legislaciones penales de carácter excepcional fue algo que se realizó antes y después del fin de la Guerra Fría, basado en la doctrina de la seguridad nacional que ha permanecido hasta nuestros días en los diferentes Estados que han adoptado las medidas impuestas por los Estados Unidos, que con la doctrina de la preeminencia de la seguridad nacional colocando al ente estatal por encima de cualquier otro bien jurídico, se han adoptado medidas para la contención y neutralización de las posibles amenazas al modo de producción y reproducción de los medios capitalistas, pasando por alto el respeto a los derechos propios de un Estado de derecho y acercándose cada vez más a la instauración de un Estado policía.

Una de las medidas que ha tenido mayor éxito en su aplicación y propagación basadas en la doctrina de la seguridad nacional es la prisión preventiva, la cual se ha discutido su naturaleza de pena o de medida de seguridad, según la cual los teóricos que la apoyan la han definido como una medida de seguridad con lo que se busca legitimar su aplicación al negarle la naturaleza de pena, lo que sería contrario a los principios del Derecho Penal liberal al aplicar una pena de forma anticipada a la comprobación de responsabilidad en la realización de algún delito, con vistas no a la sanción del acto sino al actor en base a su supuesta peligrosidad del mismo, para así contener las posibles conductas futuras que pudiera realizar.

La prisión cautelar en realidad es una pena anticipada aunque se le trate con el nombre de medida, ya que, materialmente neutraliza al individuo independientemente de su responsabilidad o no en el acto de que se le acusa de cometer.

Actualmente, en nuestro país junto con la prisión preventiva se han adoptado una serie de medidas que son aplicadas de manera selectiva, las cuales han encontrado sustento jurídico en el combate a la delincuencia organizada y se han legitimado en la violencia inferida e incitada por el Estado como discurso causal de

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 182.

males sociales y su consiguiente ataque frontal a través de medidas restrictivas de derechos, entre ellas: el arraigo, la intervención de comunicaciones privadas, testigos protegidos, eliminación de beneficios preliberacionales, la confiscación de bienes a favor del Estado, el internamiento en penales de máxima seguridad; en fin, la neutralización y segregación de los agentes desestabilizadores del sistema dominante.

La situación de la política punitiva en México se dirige oficialmente hacia la delincuencia de mercado, es decir, la delincuencia organizada, la cual por la magnitud de sus ganancias económicas representa un fuerte poder de facto y precisamente este poder justifica que la reacción estatal sea diferente y con mayor represión, restringiendo para tal efecto las garantías establecidas en el ordenamiento constitucional, modificando y elaborando diferentes instrumentos jurídico penales.

El Estado mexicano ha señalado como enemigos a todos los que encuadren en los tipos penales de la delincuencia organizada en una mal llamada “guerra contra las drogas”, en el cual se pueden identificar como enemigos del poder estatal a todo aquel que se considere afecte los intereses del grupo hegemónico, con la consiguiente implementación de un Estado policía, en donde se puede alcanzar con los instrumentos adecuados la criminalización, penalización y la consiguiente represión legal y legítima de la protesta social.

3.4.1. Delincuencia Organizada.

Resultado de la apertura global y el desarrollo en el libre intercambio comercial entre naciones ha hecho más fácil la comunicación, las rutas y el contacto entre los diversos grupos criminales, quienes han logrado perpetrarse hasta las más altas esferas en el ámbito público y privado.

Como tal, la delincuencia organizada tiene antecedentes remotos, dentro del pasado más reciente y significativo surge en la invasión que hace Francia con Napoleón Bonaparte a finales del siglo XVIII sobre Italia, a la derrota de Napoleón suceden muchos cambios, en los que los italianos no logran por completo la recuperación de sus derechos y de su autogobierno. Así, en el contexto de la

dominación francesa se encuentra el origen de la mafia italiana, puesto que a finales del siglo XIX, muchos italianos trataron de recuperar el territorio italiano, entre estos grupos se cree tiene origen la mafia, apareciendo originariamente como un grupo de choque revolucionario con actividades clandestinas.

Cuando termina la revolución, la razón de ser de los grupos subversivos llega a su fin; sin embargo, algunos guerrilleros aprovechan la oportunidad para mantenerse en la clandestinidad y mediante la organización previa que tenían continúan sus actividades, pero ahora con un carácter ilícito, con el fin de obtener lucros personales.

Es en los siglos XIX y XX, en la Italia moderna, cuando se habla propiamente de la mafia constituida por grupos de bandidos sicilianos que operan por su cuenta, primero sin organización común y posteriormente jerarquizada, el término mafia *“corresponden a unas sociedades arcaicas, de tipo clánico, en donde la familia representa el núcleo fundamental”*¹⁷²

Aunque existen otro tipo de organizaciones criminales en el mundo, consideramos que la relación inmediata que se hace cuando se refiere a la criminalidad de tipo organizada tiene su antecedente inmediato en las mafias de origen italiano.

En el caso de México la delincuencia organizada tiene variantes múltiples, porque se refiere a una serie de delitos¹⁷³ que aparecen como un mercado paralegal. La ley que sanciona estos delitos es la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, las conductas que sanciona con mayor severidad son las relacionadas principalmente con toda la serie de actividades que permiten la comercialización de sustancias consideradas como estupefacientes y psicotrópicos ilegales, este mercado desde sus orígenes tiene como principal destinatario el amplio sector estadounidense consumidor de dichas sustancias, en la proporción de la oferta y de la demanda que funciona por la constante y permanente demanda de los Estados Unidos para su consumo interno.

¹⁷² Antony, Serge, *El combate contra el crimen organizado en Francia y en la Unión Europea*, México, PGR, 1995, p. 19.

¹⁷³ *Cfr. pp. 160-162.*

Al ser un mercado, los Estados Unidos siempre han querido y tienen injerencia en él, por ejemplo, en el caso de Colombia en los setenta, por una fuerte presión del gobierno de los Estados Unidos realizó enormes esfuerzos para erradicar la producción de marihuana, con un éxito considerable, la consecuencia inmediata fue la expansión de la producción de la marihuana a México, a falta de un mercado que cubriera la demanda, y consecuentemente los Estados Unidos hicieron presión a México en el mismo sentido que a Colombia; la respuesta a los esfuerzos emprendidos por México fue al rápido aumento de la producción de marihuana en los Estados Unidos, con lo que consiguió actualmente abastecer más de una tercera parte de la demanda en su mercado interno.

Lo mismo ocurrió en el caso de la heroína, a comienzo de los años setenta se trasladó la producción a gran escala de la planta de opio de Turquía a México. Conjuntamente a estos movimientos surgen los cárteles, los cuales han evolucionado y de ser únicamente organizaciones mercantilistas de actividades comerciales prohibidas, han diversificado su esfera de acción, en la globalización del comercio ilegal y del crimen.

Desde el punto de vista mercantil, un cártel es un monopolio corporativo de recursos naturales, y dentro del crimen organizado hay que sumarle la nota de ilegales y clandestinos. Marcos Kaplan hace referencia a que la concepción de cártel no es exclusiva de ciertos grupos delictivos colombianos, *“el uso generalizado del término cártel para referirse a las organizaciones de narcotraficantes colombianos, especialmente las de Medellín y Cali, tiene más de descripción aproximativa o de alusión metafórica, que de concepto riguroso. Con la palabra cártel, se hace referencia a organizaciones que nadie, fuera de sus dirigentes y miembros, conoce en su totalidad.”*¹⁷⁴

La delincuencia organizada no puede operar sólo en el mercado interno, por lo que necesita asociarse con los grupos de delincuentes organizados que operan en el destino y proveedor de las mercancías ilegales, es decir, los Estados Unidos, la lucha por el control de las rutas y de las plazas de paso y comercio de mercancías, se convierten en motivo de disputa entre los diferentes grupos

¹⁷⁴ Kaplan, Marcos, *Aspectos sociopolíticos del narcotráfico*, México, INACIPE, 1992, p. 50.

criminales, *“la disputa por el control de esas rutas de entrada a Estados Unidos... y sobre todo con el crimen organizado de Estados Unidos, es lo que está en el centro de una larga serie de ajustes de cuentas ocurridos en los últimos años entre los distintos cárteles mexicanos”*¹⁷⁵.

El crecimiento de la demanda en el consumo de drogas tiene su origen en la historia contemporánea, durante la Segunda Guerra Mundial y después en las invasiones a diversos países las fuerzas militares han hecho uso de enervantes, este uso en la mayor parte de los casos se convirtió en adicción traspasando la actividad bélica y se ha convertido en hábito en la pos-guerra y veteranía, creando un efecto multiplicador haciéndolo un gran mercado en oferta y demanda.

En atención a la necesidad misma del mercado, la actividad se encontraba en límites de tolerancia por los gobiernos de paso y producción de drogas como México; sin embargo, después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 a los Estados Unidos y hasta los primeros meses del año 2004, todos los tráficos de mercancías (legales e ilegales), enfrentaron serias restricciones en la frontera para ingresar a Norteamérica. Se cree que esta situación originó que se buscara un nuevo mercado donde vender toda esa mercancía ilegal que se había quedado en México, e inició el gran mercado de enervantes en diversos lugares; primeramente, en las entidades federativas al norte del país, expandiendo su distribución a los demás posteriormente, con la consiguiente generación de nuevos adictos, rutas internas de distribución, grupos delictivos de escala media y pequeña, pero sobre todo la aparición del fenómeno del narcomenudeo, el cual significa la compra-venta de estupefacientes a pequeña escala.

La delincuencia organizada parte de la organización de un grupo, en el que eleva su estructura organizativa en diferentes niveles, de acuerdo al artículo 2, inciso a) de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional por grupo delictivo organizado se entiende *“un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos*

¹⁷⁵ Fernández Menéndez, Jorge, et al, *La trama negra, (de las redes del narcotráfico a la despenalización de la droga)*, México, Rayuela Editores, 1994, p. 12.

tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.” En el ámbito doméstico, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada la define en su artículo 2 de la siguiente manera: “*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...*” El grupo delictivo es un poder de facto que atenta de manera directa contra fuertes intereses que el Estado tiene la obligación de proteger en virtud de la finalidad de su creación; sin embargo, algunos poderes de facto de forma paralela resisten a las imposiciones del grupo hegemónico a través del sistema jurídico y llegan a ser tan fuertes como el propio Estado.

Es por ello que en este choque de autoconciencias el enfrentamiento derivara en la supervivencia de una y la muerte de otra, utilizando todos los medios que estén a su alcance para lograr tal objetivo, ya que, en caso de permitir la subsistencia del contrario existiría la posibilidad de un cambio de roles en el control de la actividad estatal, social, económica y jurídica en el grupo social, como lo señala Nicholas Timasheff:

“Un *grupo organizado* es una relación social en la medida que individuos específicos ejecutan regularmente la función de imponer orden en el grupo. Un grupo organizado cuyo orden de gobierno se interesa en principio por la validez territorial es un *grupo territorialmente organizado*. Un grupo organizado cuyos miembros están, por virtud de su pertenencia al grupo, sujetos al ejercicio legítimo de un control imperativo es un *grupo imperativamente coordinado*. Un grupo imperativamente coordinado es un *grupo político* si su cuerpo administrativo mantiene el orden dentro de una zona territorial dada por la aplicación la amenaza de la fuerza física”.¹⁷⁶

La evolución del grupo organizado hasta este momento tiene las mismas características que un grupo social dedicado a actividades ilícitas, de acuerdo a la legislación impuesta por quien controla la dirección del ente estatal; es decir, se tiene un grupo con orden, en el que sus integrantes se saben y cuentan como pertenecientes al mismo, obedecen y realizan las actividades que tienen a su

¹⁷⁶ Timasheff, Nicholas S, *La teoría sociológica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 227.

cargo para el correcto funcionamiento del grupo y, en consecuencia mantienen el orden en un territorio determinado, en el que tienen un peso fundamental con amplia posibilidad del ejercicio de la fuerza para la permanencia, mantenimiento y continuidad del grupo.

Para que el grupo organizado convertido en *grupo político* llegue a alcanzar el *status* de Estado es necesaria la existencia de legitimidad. “*Un grupo político es un Estado si su cuerpo administrativo ejerce con éxito el monopolio del uso legítimo de la fuerza... para hacer cumplir sus órdenes*”¹⁷⁷; por lo tanto, la delincuencia organizada en los niveles de grupo social señalados por Timasheff en relación con el Estado sólo se distingue por el fundamento de legitimidad en el uso de la fuerza; es decir, un grupo organizado dedicado a actividades ilícitas puede llegar a tener la capacidad operativa de un ente estatal sólo que carente de la legitimidad para hacer uso de la violencia.

Ante esta situación, los grupos que ejercen el poder se encuentran en una situación de combate frontal hacia aquellos grupos que representan un poder económico, político y de violencia similar al del ente estatal legitimado, con la finalidad de equilibrar la participación de los actores económicos formales en el mercado marginal y en sus redituables ingresos.

3.4.2. Factores económicos.

Hay diferentes factores de carácter económico por los cuales la delincuencia organizada existe y tiene la posibilidad de desarrollarse y expandirse, su inclusión en una economía más globalizada le da la oportunidad de aprovechar sus recursos y posibilidades, con ello generan operaciones con productos de procedencia ilícita, su avance le permite reforzar la transnacionalización y desvalorizar la fortaleza de las fronteras.

En ocasiones, las actividades realizadas por la delincuencia son confundidas con la economía informal, cuando en realidad se trata de una economía subterránea. En el crimen organizado, la narcoeconomía se ha presentado como el eje central de la economía criminal.

¹⁷⁷ *Idem.*

Se presenta a la economía informal como “*un conjunto de actividades legales e ilegales, cuya contabilidad o registro escapa a los recolectores de estadísticas oficiales y que, por lo tanto, no son gravados o lo son en una menor medida. Son parte de la economía informal las operaciones de trueque, de venta ambulante y de servicios domésticos.*”¹⁷⁸ Por otro lado, la economía de tipo subterráneo o *underground* como se conoce comúnmente es más limitada que la economía informal y se constituye por las actividades ilegales de la economía, con lo que hay quienes señalan que la constitución de la narco-economía en el Tercer Mundo “es el resultado del excedente de mano de obra, que no pudo ser absorbido por las actividades lícitas”.¹⁷⁹

La naturaleza de las acciones del sector subterráneo es evitar la publicidad abierta y evitar caer bajo el control social, por ello no consigue un lugar en el sector oficial dentro de la actividad productiva. La situación escapa a la medición que realizan las instituciones oficiales respecto al desarrollo de las actividades económicas, al estar al margen del control estatal. Así, en la práctica, mientras más crezca la economía subterránea y en ella las actividades ilícitas que son consideradas dentro de la delincuencia organizada como atractivas en la medida en que generan grandes ingresos económicos, los encargados de elaborar las estadísticas oficiales tendrán que falsear la realidad económica de una nación.

La economía criminal tiene redes que constantemente se refuerzan, la lógica del crecimiento de la demanda ilegal, generan auge en los negocios encargados de la satisfacción de ese mercado; en principio la economía del narcotráfico garantiza altas tasas de rentabilidad y una amplia acumulación de capitales. Se ha constituido como un gran negocio después del armamentismo, que genera una economía de guerra como la que tiene Estados Unidos, convirtiéndolo en un atractivo mercado. La alta rentabilidad del crimen organizado garantiza su expansión y sus divisiones, así la actividad ilegal organizada es un foco que genera luchas no sólo entre los actores criminalizados sino entre los actores legales para buscar el acaparamiento del mercado.

¹⁷⁸ Hardinghaus, Nicolás H, “Droga y crecimiento económico (El narcotráfico en las cuentas nacionales)” en *Nueva Sociedad, Revista bimensual*, Caracas, Venezuela, Núm, 102, Julio-Agosto, 1989, pp. 94-95.

¹⁷⁹ *Idem*

El poder económico del mercado ilegal de manera indirecta incrementa los niveles de inversión, ingreso y consumo de una nación, y en esta dinámica su poder se transmuta en poderes sociales, ideológicos, políticos, de violencia, de coacción y la transnacionalización de los mismos.

Aunado al discurso de seguridad que difunde el Estado para combatir a la delincuencia organizada, en el rubro de ingresos gravables para este tipo de actividad es mínimo; ya que, el ingreso y gasto de la actividad ilegal se invierte poco en infraestructura y en actividades productivas que puedan ser gravadas, es decir, el Estado no recibe ingresos fiscales directos de las actividades ilícitas, sino sólo la parte de los ingresos indirectos que generan los negocios legales establecidos con recursos de procedencia ilícita, lo que resulta en un problema para el grupo hegemónico en el poder, al no poder tener un control directo y manejo de estos recursos, ya que, escapan a su alcance.

Otra de las afectaciones que genera la economía del crimen organizado al Estado, es la competencia en la generación de empleos, aquélla genera empleos en toda la cadena productiva, en el caso específico del narcotráfico, desde la producción de la droga hasta el consumo. Al brindar empleos en la industria, con el procesamiento; en el comercio, con el almacenamiento, distribución y transporte y finalmente en los servicios, de seguridad, finanzas y consultoría legal, entre otros, a la vez que incrementa los ingresos de las autoridades que corrompe en el desempeño de su actividad.

El narcotráfico genera empleos e ingresos, posibilidades de supervivencia y de progreso, y sobre todo espacios de poder, los cuales constituyen una seria amenaza a la estabilidad del grupo dominante en México, así, detrás del discurso oficial del daño que hace la delincuencia organizada a la sociedad, se encuentra el daño y riesgo que significa para los detentadores del poder oficial de tener que lidiar con poderes no oficiales equiparables en la fuerza que detentan.

4. ANÁLISIS A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES EN MATERIA PENAL.

4.1. Instrumentación del Estado de excepción, terrorismo de Estado y realismo de derecha en la política criminal en México.

A partir de las diversas crisis económicas originadas desde la implementación del modelo económico neoliberal en México, la brecha de la desigualdad social aumentó así como los niveles de inseguridad en el país. Con esta justificación los partidos políticos en el Congreso de la Unión elaboraron la Ley de la Policía Federal Preventiva en el año de 1998, en la que de acuerdo al contexto de su creación carecía de una lógica en el objetivo perseguido, ya que, el hecho de crear una corporación policiaca fusionando tres de las ya existentes (la Policía Federal de Caminos, la Policía Migratoria y la Policía Fiscal), con la finalidad de disminuir los índices delictivos, carecía de un contenido integral de prevención y combate a la delincuencia que fuese viable; pasando por alto que se estaba creando una corporación con enormes recursos y poderes dependiente de la Secretaría de Gobernación, sin límites externos para vigilar su adecuado funcionamiento, abriendo la posibilidad de que su actuación fuera contraria a los objetivos para los que fue creada, existiendo una amplia posibilidad de que su actuación fuera contra la propia ciudadanía.

Aunado a ello, la institución se caracterizó por estar constituida por elementos militares, debido a que en un inicio se carecía del personal necesario para su puesta en marcha, así que *“se incorporaron a más de cinco mil miembros del Ejército Mexicano y cinco mil marinos,... debido a la imposibilidad de la depuración de las corporaciones fusionadas y el reclutamiento de nuevos oficiales”*¹⁸⁰ .

La conformación de una corporación policiaca para atender un fenómeno social en crecimiento como la delincuencia, fue una de las primeras acciones que el Estado Mexicano realizó para legitimar la incorporación de elementos

¹⁸⁰ Aguilar Zinser, Adolfo, Policía Federal Preventiva en <http://www.diputados.gob.mx/cronica57/contenido/cont10/anali5.htm> consultado el 15 de marzo de 2011.

castrenses en labores propias de seguridad pública, con las inherentes consecuencias que representa la militarización de la seguridad pública.

Con el paso del tiempo la militarización de las instituciones de seguridad pública con elementos provenientes de las fuerzas armadas en sus estructuras ha tenido distintos matices, pero se ha visto con mayor evidencia a partir del presente sexenio, específicamente el 14 de diciembre del año 2006, el titular del Ejecutivo Federal *“atestiguó la transferencia a la entonces Policía Federal Preventiva de 10 mil soldados y marinos, con la finalidad de implicar más a las fuerzas armadas en labores de seguridad pública”*¹⁸¹, reforzando la tendencia de los dos sexenios anteriores de transferir militares a las instituciones de seguridad pública.

Un día después, es decir, el 15 de diciembre del 2006, la Procuraduría General de la República y la Secretaría de Seguridad Pública Federal anunciaron la unificación del mando de la Agencia Federal de Investigación y la Policía Federal Preventiva, lo cual se justificaba señalando: *“esta decisión permitirá sumar las atribuciones, facultades, capacidades técnicas y de operación de la AFI y la PFP en un solo mando para potenciar la estrategia nacional en contra del crimen organizado”*.¹⁸² Esta unificación de mando significa que una sola persona es la responsable de las acciones de seguridad pública a cargo de los militares de la Policía Federal Preventiva, la investigación ministerial y la ejecución de órdenes de aprehensión a cargo de civiles.

La problemática en que radica la incorporación de elementos militares, pero sobre todo el establecimiento de la militarización, con lo que esto conlleva, de las instituciones de seguridad pública a nivel federal y estatal es desvirtuar el fin que se persigue, ocultando el intento de legitimación forzada del poder político, como lo señala Guillermo Garduño Valero: *“hay muchas experiencias en América Latina de hombres que llegaron muy débiles a la Presidencia y después fueron*

¹⁸¹ Calderón atestigua préstamo de 10 mil militares a la Policía Federal Preventiva, en La Jornada, jueves 14 de diciembre de 2006.

¹⁸² Arranca en los hechos unión de AFI y PFP bajo el mando de Ardelio Vargas, en la Jornada, sábado 16 de diciembre de 2006.

gobernantes tremendamente fuertes pero profundamente autoritarios. Es el caso de Juan Domingo Perón en Argentina y de Alberto Fujimori en Perú".¹⁸³

Las experiencias latinoamericanas dan cuenta de la falsa expectativa que crea el involucramiento de fuerzas armadas en labores de seguridad pública, justificándose en el aumento considerable de los índices delincuenciales y de los recursos con los que actúan, así, la reacción estatal no puede ser en menor proporción a la que ejerce la delincuencia, y es por eso que deben entrar en acción elementos que cuenten con una capacidad igual o mayor que la que tienen los grupos delincuenciales que se pretende combatir. Sin embargo, la incursión de las fuerzas castrenses en dichas tareas, incrementa significativamente la violencia delincriminal, la violencia estatal oficial y la subterránea.

Así, el fin declarado de buscar la erradicación de la inseguridad pública en beneficio de la colectividad queda a un lado cuando las fuerzas armadas disponen de facultades extraordinarias de actuación al margen de la legalidad invocando la preservación de la misma, con ello se corre el riesgo de que el Estado formalmente declarado como de Derecho y Democrático se acerque más a un Estado Policía, en el mismo sentido Guillermo Garduño refiriéndose a Felipe Calderón señala: *"lo primero que hizo (al tomar posesión) fue dejar en claro que está decidido a ser un presidente activo en su relación con las Fuerzas Armadas y que si es necesario activar la fuerza durante su gobierno, lo hará. Pero en su afán de mostrarse como un presidente fuerte, corre el riesgo de convertirse en un gobernante autoritario"*¹⁸⁴.

En la misma tónica de buscar una legitimación producto de una elección presidencial sumamente cuestionada y con un mínimo margen de diferencia con respecto al candidato opositor, el 9 de mayo de 2007 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el *Decreto por el que se crea el Cuerpo Especial del Ejército y Fuerza Aérea denominado Cuerpo de Fuerzas de Apoyo Federal* el cual justifica su creación como *"coadyuvante en el combate a la delincuencia organizada y*

¹⁸³ Carrasco Araizaga, Jorge, *Al amparo castrense en* Rodríguez Castañeda, Rafael (Coordinador) *Los Generales. La militarización del país en el sexenio de Felipe Calderón*, México, Editorial Planeta, 2010, p. 22.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 21.

*contra aquellos actos que atenten contra la seguridad nacional, así como apoyar en la restauración del orden*¹⁸⁵, este cuerpo de haberse constituido buscaba ser un cuerpo élite bajo las órdenes directas del Presidente de la República, quien en cualquier momento podría ordenar su actuación a solicitud de las autoridades civiles que se lo requirieran, dependiente de la Secretaría de la Defensa Nacional, que como tal dejaba la puerta abierta para una actuación extremadamente discrecional en tareas no sólo de seguridad nacional ni pública, sino cualquier actuación en la que se considerará necesaria su intervención.

Un sustento más que consideró el Ejecutivo Federal para la creación de esta Unidad de Fuerzas Especiales fue la resolución de la acción de constitucionalidad de la corte 01/96, en la que resolvió que tanto el Ejército, la Fuerza Aérea y la Marina pueden actuar en labores de apoyo en labores de seguridad pública. Lo que se trataba de reforzar la política de Estado de Felipe Calderón de tomar la decisión de sacar al Ejército a la calle para enfrentar al narcotráfico (como objetivo declarado) y mantenerlo así durante su administración.

La política de seguridad incluyente de las fuerzas castrenses tiene su antecedente inmediato en la presión que ejercieron los Estados Unidos desde los años setenta con la Operación Cóndor, en la que 10 mil militares fueron desplazados a Sinaloa, Chihuahua y Durango para erradicar cultivos de amapola, posteriormente en la administración de Ronald Reagan continuó la presión para el empleo de fuerzas militares en actividades de combate al narcotráfico a través de la Dirección de Seguridad Nacional de los Estados Unidos.

La presencia militar en las labores de seguridad pública en nuestro país se intensificó a partir de 2009 cuando en la Secretaría de Seguridad Pública se designó a un general de división como subsecretario en la Subsecretaría de Estrategia e Inteligencia Policial, con ello, los militares tomaron el control directo no sólo de las operaciones de la Secretaría de Seguridad Pública, sino además, de las acciones de esa Secretaría en coordinación con otras dependencias federales y con los gobiernos estatales y municipales.

¹⁸⁵ *Crea Sedena el Cuerpo de Fuerzas de Apoyo Federal*, en el Universal 9 de mayo de 2007.

Históricamente el Ejército en México está vinculado con los periodos más violentos y represivos del país, los altos niveles de violencia producto de las decisiones gubernamentales en el presente sexenio justifican su intervención en labores ajenas a su función *“en los últimos 15 años las fuerzas armadas mexicanas han tenido mayor participación en funciones de seguridad debido a los impactos negativos de las sucesivas crisis económicas y políticas.”*¹⁸⁶ El incremento en las labores policiacas de la milicia tiene como consecuencia directa el incremento en las violaciones a derechos humanos, ejecuciones extrajudiciales y estados de excepción en algunas entidades de la República Mexicana.

Al respecto Jorge Castañeda señaló en la Conferencia Internacional por una Reforma Política hacia las Drogas realizada en Nuevo México en 2009 lo siguiente: *“En México lo que hemos visto cada vez más son aparentes ejecuciones entre bandas de narcotraficantes, por parte de un cartel contra otro, cuando en realidad estas ejecuciones son llevadas a cabo por el Ejército, que culpa a los narcotraficantes de ellas”*¹⁸⁷, basado en un parangón de la situación en Colombia cuando el Ejército intervino en las labores de combate al narcotráfico, menciona que la actividad del Ejército se basa en “falsos positivos”, es decir, en los informes que el propio Ejército rinde y los medios de comunicación dan a conocer de la efectividad de la labor policiaca de éste, por medio de una supuesta efectividad en los operativos los carteles se ven obligados a replegarse y esta acción ocasiona que entre sus miembros haya un incremento en la violencia y en las bajas que cada uno tiene en estos combates.

La efectividad del empleo de las fuerzas armadas es presentada y publicada como un incremento entre los niveles de violencia que se da entre las propias organizaciones criminales:

“Cuando escuchamos la estadística de que 90% de los ejecutados en México son producto de los cárteles, que es lo que el gobierno y el Ejército pretenden crecientemente que creamos, esto es cada día menos cierto porque se están involucrando en la misma lógica que se involucró el Ejército en Colombia con los “falsos positivos”. Allá con la contabilidad de los guerrilleros abatidos, y en México

¹⁸⁶ Piñeyro, José Luis, “Seguridad nacional y seguridad interior”, en Alvarado, Arturo y Serrano, Mónica (Coords), *Seguridad nacional y Seguridad Interior*, Colección Los Grandes Problemas de México, Vol. XV. El Colegio de México, 2010, p. 156.

¹⁸⁷ Rodríguez Castañeda, Rafael (Coordinador) *Los Generales. La militarización del país en el sexenio de Felipe Calderón*, México, Editorial Planeta, 2010, p. 112.

*es una contabilidad a la inversa, cuando el gobierno pretende asegurar que toda esa gente muerta son puros narcos; al fin y al cabo, un narco muerto no significa gran cosa.*¹⁸⁸

Las ejecuciones extrajudiciales por parte de las fuerzas armadas es un rumor en constante crecimiento, a pesar de ser una situación sumamente difícil de investigar y constatar; sin embargo, como lo señala Jorge Castañeda son los propios militares quienes alimentan dicha situación, refiriéndose a ellos señaló: *“Estos tipos hablan, se emborrachan y hablan en las cantinas, en los bares, en los restaurantes, en los hoteles, con sus amantes y con todo mundo. Y van contando por todas partes a cuántos se han echado en venganza por los compañeros que han sido torturados, asesinados...”*¹⁸⁹.

Existen incidentes en los que ha habido ejecuciones masivas de personas a las cuales el gobierno relaciona su muerte a la relación que tienen dentro de una organización criminal, tal es el caso de los 35 cadáveres encontrados en la Glorieta de los Voladores de Papantla, en Boca del Río, Veracruz, el 21 de septiembre de 2011, donde el entonces procurador de justicia estatal Reynaldo Escobar Pérez señaló *“se ha logrado la identificación de algunos de los cuerpos y se ha confirmado, a través de Plataforma México, que todos ellos tenían antecedentes penales y se dedicaban a actividades vinculadas al crimen organizado, tales como el secuestro, la extorsión, el homicidio, el narcomenudeo, entre otros delitos”*¹⁹⁰ En este caso, las autoridades relacionan su muerte por su supuesto vínculo a organizaciones delictivas y, por ende, ser un ajuste de cuentas por su actividad, es decir, las organizaciones criminales se eliminan entre sí.

Otro hecho en el que Jorge Castañeda señala el abuso de las fuerzas militares y las ejecuciones extrajudiciales haciéndolos pasar como *falsos positivos* es el enfrentamiento entre soldados y narcotraficantes en el municipio de Villa Ahumada en Chihuahua en el año 2008 *“Por julio se encontraron los cuerpos de 28 o 29 sicarios, la mayoría de ellos con el tiro de gracia, y hubo testigos que afirmaron que fueron ejecutados después de haber sido arrestados o detenidos.*

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 113

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 113-114.

¹⁹⁰ *35 muertos de Boca del Río serían Zetas: Autoridades*, 21 de septiembre de 2011 en Vanguardia en línea. www.vanguardia.com.mx. Consultado el 02 de enero de 2012.

*La prensa no quiso investigar mucho este asunto; inclusive Human Rights Watch no quiso tocar el tema porque es un asunto muy delicado.*¹⁹¹

Las anteriores afirmaciones, han dado pauta a la consideración de la intervención de las fuerzas armadas y de grupos paramilitares en la llamada *limpieza social*, en la reunión de Chapultepec con grupos sociales y el presidente de la República, Miguel Concha integrante de Movimiento por la Paz, aseguró que *“la visión militarizante de la estrategia de seguridad ha creado la operación de grupos paramilitares en el país de limpieza social al menos tolerados...por autoridades federales, estatales y municipales”*¹⁹² ya que, hoy en día no escapa a la publicidad estatal en contra del enemigo en la mayor parte de los medios de información el señalamiento de “sicario”, “delincuente”, “narco”, integrante de organización criminal”, “zeta”, entre otras, a cualquier persona que es muerta o detenida por las fuerzas de seguridad pública y/o el Ejército.

A este respecto, *Human Rights Watch* ha hecho recomendaciones al gobierno federal en el sentido de *“no referirse a las víctimas de homicidios como delincuentes hasta que se haya llevado a cabo una investigación exhaustiva e imparcial que pueda dar sustento a esta afirmación, o hasta que se haya determinado su responsabilidad penal en el marco de un proceso judicial”*¹⁹³.

Una ejecución extrajudicial es *“una ejecución intencional e ilícita efectuada por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado”*¹⁹⁴, en este sentido es sumamente difícil acreditar la existencia de ésta, ya que, por las condiciones legales y de hecho en que actúan las fuerzas armadas (seguridad pública, Ejército y Marina) permiten un amplio margen discrecional en sus acciones.

La investidura de autoridad de las fuerzas armadas permite la discrecionalidad en la realización de actos delictivos, ya sea mediante la alteración de la escena del crimen y/o amparados en el marco normativo que las

¹⁹¹ Rodríguez Castañeda, Rafael (Coordinador), *Op cit*, p. 113.

¹⁹² *Nadie puede hacerse justicia por su cuenta: Blake*, 14 de octubre de 2011 en Vanguardia en línea. www.vanguardia.com.mx. Consultado el 02 de enero de 2012.

¹⁹³ Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la “guerra contra el narcotráfico” de México*, México, 2011, p. 224.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 175.

investigaciones queden bajo la autoridad militar y, por ende, haya impunidad por falta de seguimiento de las mismas.

4.2. Estado de excepción: paradigma de gobierno en México.

En la política criminal actual aplicada en México a nivel nacional, la polémica en torno al uso de las fuerzas castrenses en labores de seguridad pública comenzó en el año de 1996, con la reforma al artículo 21 constitucional en donde surge la Ley que Establece las Bases del Sistema Nacional de Seguridad Pública la cual señalaba en su artículo 12, fracciones III y IV, la participación de los titulares de la Secretaría de la Defensa Nacional y de la Secretaría de Marina en las labores de coordinación y planeación de las labores de seguridad pública, coadyuvando con las autoridades civiles que tienen tal encomienda.

La controversia versó sobre el punto de que dentro de la Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública en las fracciones III y IV del artículo 12 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, se incluía la participación de los titulares de la Secretaría de la Defensa Nacional y de la Secretaría de Marina, aduciendo que como autoridades militares no tienen facultades en la participación de acciones de seguridad pública, al tener una restricción expresa en el artículo 129 constitucional y, que el artículo 21 del mismo ordenamiento sólo hace referencia a la participación de autoridades de carácter exclusivamente policial, no así de militares.

El 19 de enero de 1996 varios diputados pertenecientes a la Quincuagésima Sexta Legislatura de la Cámara de Diputados promovieron ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación una acción de inconstitucionalidad por considerar que los preceptos antes mencionados eran contrarios a los artículos 16, 21 y 129 de la Constitución, los cuales se refieren a la seguridad jurídica de las personas, de cuáles son las autoridades encargadas de desempeñar las labores en materia de seguridad pública y de las funciones del ejército *lato sensu* en tiempos de paz, respectivamente.

El principal alegato que presentaron los diputados fue que la participación de las fuerzas militares en acciones de seguridad pública es inconstitucional, ya que,

atendiendo a la misma naturaleza de sus funciones y tipo de entrenamiento de las instituciones castrenses, su intervención en dicha materia ocasiona violaciones a los derechos fundamentales establecidos en el ordenamiento constitucional, así que su participación es considerada un retroceso en el respeto a los derechos humanos, en aras del avance y preservación de la seguridad pública.

Con la resolución de la acción de inconstitucionalidad 01/96 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se determinó que la participación de las autoridades militares en las labores de seguridad pública es constitucional, basado en la siguiente argumentación:

“La interpretación gramatical y caudal teleológica de la adición del artículo 21 constitucional, en cuanto dispone la coordinación de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios en un Sistema Nacional de Seguridad Pública, lleva a la conclusión de que el precepto no excluye a ninguna autoridad que, de acuerdo con sus atribuciones, tenga alguna relación con ella, y que su propósito es lograr una eficiente coordinación entre todas las autoridades de los tres niveles de gobierno, para lograr dicha seguridad pública en todas sus dimensiones, entre ellas, enfrentar con mayor capacidad la delincuencia organizada.

El Consejo Nacional de Seguridad Pública es una instancia consultiva que no usurpa facultades constitucionales ni legales de ninguna autoridad; por ello, no existe razón para considerar como violatoria del numeral 21 de la Ley Fundamental, la participación de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública, como lo ordenan las fracciones III y IV del artículo 12 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, tomando en consideración, además. Que las Leyes Orgánicas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y de la Armada, señalan, dentro de sus atribuciones, numerosas funciones relacionadas con la seguridad pública, por lo que dicha participación se justifica, ya que aun cuando no tenga funciones ejecutivas se tendrán que examinar, programar y tomar decisiones sobre todos los aspectos de la seguridad pública.

La interpretación histórica, armónica y lógica del artículo 129 constitucional, lleva a considerar que las fuerzas armadas pueden actuar en auxilio de las autoridades civiles, cuando éstas soliciten el apoyo de la fuerza de la que disponen, en forma expresa, fundada y motivada, y que sus labores de apoyo se encuentren siempre subordinadas a éstas y de modo fundamental, al orden jurídico previsto por la Constitución, las leyes que de ella emanen y los tratados que estén de acuerdo a la misma, atento a lo previsto por su artículo 133. Por esta razón, el Ejército, Armada y Fuerza Aérea están constitucionalmente facultados para actuar en materia de seguridad pública en auxilio de las autoridades competentes y la participación en el Consejo Nacional de Seguridad Pública de los titulares de las Secretarías de la Defensa Nacional y Marina, quienes por disposición de los artículos 29 fracción I, y 30, fracción I de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, tienen a su mando al Ejército, Armada y Fuerza Aérea, no atenta contra el numeral constitucional señalado. Además, la fracción VI del artículo 89 constitucional faculta al presidente de la República a disponer de dichas fuerzas para la seguridad interior, lo que de conformidad con el artículo 16 constitucional exige fundar y motivar una decisión de tanta trascendencia.

Por estas razones las fuerzas armadas están constitucionalmente facultadas para actuar, acatando órdenes del presidente de la República, cuando sin llegar a los extremos de invasión, perturbación de la paz pública o de cualquier caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto previstos por el artículo 29 constitucional, se produzca una situación que haga temer fundadamente por sus características que de no enfrentarse de inmediato sería inminente caer en alguna o todas esas graves situaciones. En este supuesto, al no decretarse la suspensión de garantías, ante alternativas viables de solucionar pacíficamente los conflictos o que por no llegar éstos a la gravedad que supone el texto constitucional, o por algún otro motivo se prevea que puedan controlarse con rapidez, se deberá cuidar escrupulosamente que se respeten las garantías individuales, estableciendo, incluso, a través de los organismos competentes, una estrecha vigilancia para que se actúe del modo especificado.

Finalmente se concluyó... que el Estado mexicano a través de sus tres niveles de gobierno y de todas las autoridades que tengan atribuciones relacionadas, directa o indirectamente, con la seguridad pública, deben coadyuvar a lograr los objetivos de ésta, traducidos en libertad, orden y paz pública, como condiciones imprescindibles para gozar de las garantías que la Constitución reconoce a los gobernados¹⁹⁵

De los anteriores argumentos, destaca lo siguiente:

1. La interpretación del artículo 21 de la constitución lleva a la conclusión de que dicho precepto no excluye a ninguna autoridad que tenga una relación directa con las labores de seguridad pública, ya que, la finalidad es establecer un sistema coordinado entre todas las autoridades de los tres niveles de gobierno. La fundamentación jurídica que da la Corte resulta contraria a lo establecido por el principio de legalidad, el cual establece que las autoridades sólo pueden hacer lo que expresamente señale la ley; así, la interpretación rebasa dicho principio considerándolo enunciativo, más no limitativo como en realidad debiera ser.
2. La participación de los titulares de la Secretaría de la Defensa Nacional y de la Secretaría de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública se justifica en virtud de que se trata de un órgano consultivo y no ejecutivo, por lo que sus opiniones son torales en la adopción de estrategias de seguridad. Sin embargo; las decisiones que se tomen en el interior del Consejo resultan posteriormente una política pública aplicable; además, en dichas políticas la participación de las fuerzas castrenses no se había

¹⁹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Seguridad pública. Acción de inconstitucionalidad 1/96*, México, Serie Debates Pleno, No 8, 1996, p. p. XI-XIII.

limitado en aquél entonces a la consultoría, sino que había participación directa en acciones de seguridad pública.

3. Las fuerzas militares de acuerdo a la interpretación del artículo 129 constitucional pueden actuar en auxilio de las autoridades civiles, siempre que haya solicitud de éstas, fundada y motivada, así como el mando de las acciones a realizar deberá ser a cargo de las autoridades civiles y las militares siempre actuarán subordinadas a las instrucciones de aquélla. Con la implementación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, no existe en realidad la necesidad de una solicitud expresa de la autoridad civil para la intervención de fuerzas militares, ya que, las decisiones se pueden y se toman directamente por la decisión unilateral del Presidente de la República, con lo que se da una subordinación directa a la autoridad militar e indirecta a otra autoridad civil como lo es el titular del Ejecutivo Federal.
4. La fuerzas armadas pueden actuar a solicitud del Presidente de la República sin que medie la declaración expresa a la que hace referencia el artículo 129 constitucional, aún cuando no exista un estado de emergencia, pero si condiciones que probablemente en caso de no actuar originen dicha situación, siempre y cuando actúen respetando las garantías individuales que establece el texto constitucional. En materia de seguridad pública, la actuación antes de que ocurra una conducta considerada criminal o delito se da en el ámbito de la prevención, y corresponde a las instancias encargadas la ejecución de las mismas; en cambio, la actuación de las fuerzas castrenses se da en un ámbito reactivo, ya que, su intervención de ninguna manera previene las conductas criminales, pero sí las reprime.
5. Finalmente, se concluyó que el Estado mexicano a través de sus tres niveles de gobierno y de todas las autoridades que tengan atribuciones relacionadas, directa o indirectamente, con la seguridad pública, deben coadyuvar a lograr los objetivos de ésta. Empero, en la práctica el poder real no puede trabajar de manera coordinada.

Estos argumentos son los que constituyeron la estructura en que se fundamentó la decisión de la Corte al declarar la constitucionalidad de los

preceptos impugnados, en cuanto a la intervención de las autoridades militares en las labores de seguridad pública en una situación en que la delincuencia se ha escapado al control de las autoridades policíacas.

Sin embargo, las cuestiones de seguridad pública hay que entender que para su mejora y preservación no sólo atañe a las autoridades policiales, no por ello se justifica la intervención de las militares en dichas políticas, sino que la cuestión de seguridad de los ciudadanos involucra la realización de una política integral, no exclusivamente reactiva sino preventiva, entendiendo ésta no sólo en el discurso, sino en la verdadera convergencia de la atención de las necesidades que se conocen originan situaciones de inseguridad.

El establecimiento del precedente jurisdiccional de la actuación de las instancias militares en su intervención en labores de policía legítima y da sustento legal a la intervención efectiva que se realiza actualmente. Empero, atendiendo a la argumentación hecha en la sentencia de Suprema Corte en aquélla acción de inconstitucionalidad, la labor debiera caracterizarse primeramente por la subordinación a la autoridad civil, lo que ocurre parcialmente, ya que, ha servido para la sustitución de la autoridad civil por otra de mayor rango, imponiendo su control a través del poder militar (Ejemplo: municipios en donde se han desintegrado y desarmado a los elementos de la policía municipal y el llamado “Michoacanazo”).

En segundo lugar, la actuación militar debiera ser con el respeto irrestricto a las garantías individuales o derechos fundamentales estipulados en la Constitución, desafortunadamente no es así, día a día, en diferentes medios se tiene conocimiento de la abierta transgresión a las mismas, violando la garantía de libre tránsito y de seguridad jurídica en infinidad de retenes distribuidos a lo largo del territorio nacional, así como la agresión directa a civiles ante la no observancia de mandatos militares.

Por ello, las condiciones en las que se estableció el sentido de la resolución de la acción de inconstitucionalidad en el año de 1996 han cambiado radicalmente y han sido rebasadas por el ejercicio real de las acciones militares. Hoy en día, las fuerzas militares no sólo coadyuvan en las labores de seguridad pública, sino que

en algunos casos han sustituido por completo a las autoridades civiles para tomar el mando y ejecución de las acciones de seguridad pública en algunos municipios y regiones del país.

La coordinación del actual Sistema Nacional de Seguridad Pública se ha convertido en una cuasi obligación hacia los Estados, anteriormente el ingreso al sistema era facultativo para la autoridad estatal; ahora, es una atractiva fuente de recursos presupuestales condicionados a la sujeción de las políticas implementadas a nivel federal por parte de los Estados.

La situación del Estado de emergencia se ha materializado en la realidad con la aplicación de lineamientos tendientes a la restricción y anulación de derechos fundamentales, aunque no formal, ya que la intervención de las fuerzas armadas se realiza vulnerando las pocas disposiciones de la Constitución que aún consideran la protección de los derechos del individuo, en los demás casos, la legislación se ha encargado de poner el terreno para la implementación de la política de seguridad pública paralela a un real Estado de Derecho Democrático.

Finalmente, aunque en sus comienzos la labor de los titulares y de las dependencias de la Secretaría de Defensa y Marina eran de carácter consultivo, hoy en día es innegable que su participación es ejecutiva en las diferentes operaciones de la estrategia de seguridad del actual gobierno.

Por lo anteriormente señalado, es insostenible actualmente el criterio de la corte acerca de la constitucionalidad de la intervención de las fuerzas armadas en las labores de seguridad pública, debido a la desmesura en su intervención y sobre todo a que la jurisprudencia de la corte actualmente constituye el bastión legal sobre el que se fundamentan la serie de tropelías que el gobierno realiza en un afán de un control absoluto, llegando inclusive a los límites de poder criminalizar y reprimir la protesta social.

Dentro de la instauración del estado de excepción se trató de reforzar el realismo en el ordenamiento jurídico, ya que, en abril de 2009 el ejecutivo federal envió un paquete de iniciativas que buscaba elevar a rango de ley la intervención del Ejército en labores de seguridad pública, se pretendía que las fuerzas armadas tomaran el control en los lugares del país en los que de acuerdo al Ejecutivo se

considerara estaba en peligro la seguridad interior, así como mantener la investigación de las violaciones de derechos humanos cometidas por militares en el ámbito castrense.

La intención era promulgar la Ley de Seguridad Nacional en el que se incluyera el concepto de *seguridad interior*, la iniciativa buscaba definir cómo y cuándo debía actuar el Estado, en la que reservaba de manera exclusiva al Poder Ejecutivo la decisión de declarar la existencia de una afectación a la seguridad interior y así poder ordenar una intervención militar en cualquier lugar del país.

Al Congreso de la Unión sólo le dejó una intervención limitada para dar una opinión a través de la comisión bicameral de Seguridad Nacional dentro de un plazo de 48 horas una vez emitida la declaratoria del Ejecutivo.

Al Poder Judicial le dejaba la función de dar valor legal a las medidas implementadas por el Ejecutivo, la iniciativa indicaba que el Poder Judicial debía atender en un plazo máximo de 8 horas las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que le formulara la autoridad competente.

La iniciativa no prosperó y se limitó a la promulgación de la Ley de Seguridad Nacional como se conoce actualmente, en donde principalmente regula las actividades del Centro de Investigación y Seguridad Nacional.

La situación excepcional en la que se encuentra la política criminal en México con la participación del Ejército en labores de seguridad pública muestra la incapacidad, ineficiencia y corrupción existente en los tres niveles de gobierno. Históricamente el Ejército siempre ha estado vinculado a los periodos más violentos en México, el incremento en los niveles de violencia se explica en su empleo en labores ajenas a su función.

Consecuencia de las acciones militares son las torturas y desapariciones forzadas de personas que se han convertido en la regla durante las labores en las que participa el Ejército y Marina, a través de una supuesta estrategia de inteligencia se obtienen confesiones y se cuadran flagrancias con tal de recabar números en la lucha contra la criminalidad organizada, sin importar los abusos que se realizan bajo la impunidad de la fuerza del Estado.

Referente a la seguridad nacional y a la labor del gobierno federal “*el estado de excepción, la masacre, el terror, la guerra sucia, son un signo de la insuficiente labor de las instituciones responsables de prevenir o anticipar conflictos sociales, y no solamente, al actuar como fuerzas reactivas, responsables de planear la represión selectiva indiscriminada*”¹⁹⁶

En el periodo de enero de 2006 a diciembre de 2010 cerca de 35,000 personas han perdido la vida en episodios de violencia que se vinculan con la delincuencia organizada de acuerdo a la base de datos de fallecimientos de la Presidencia de la República¹⁹⁷. De estas cifras existen casos de *desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales* que han sido documentadas por la Organización *Human Rights Watch*¹⁹⁸ donde relata 39 casos de desapariciones forzadas y 24 ejecuciones extrajudiciales.

El patrón común en las desapariciones forzadas es la intervención de autoridades de seguridad pública, Ejército y Marina; existe una detención ilegal de civiles hechas por estas autoridades, no cuentan con registro alguno y las personas nunca son puestas a disposición de la autoridad ministerial. De los casos documentados se sabe de ellos en razón de que al momento de la detención de las personas eran acompañadas por algún familiar y/o conocido quienes atestiguan que son elementos pertenecientes a seguridad pública y/o fuerzas armadas quienes la realizan.

De igual manera las ejecuciones extrajudiciales son documentadas gracias a los testimonios y denuncias de familiares, conocidos y testigos presenciales de las detenciones de las personas. La diferencia sustancial entre una desaparición forzada y una ejecución extrajudicial es la existencia de un cadáver, es decir, en el primer caso hasta la fecha se desconoce si la persona desaparecida sigue o no con vida y, en el segundo se tiene la certeza del fallecimiento de la persona por haberse encontrado su cadáver.

¹⁹⁶ Montemayor, Carlos, Prólogo en Alvarado, Arturo y Serrano, Mónica (Coords), *Seguridad nacional y seguridad interior*” Volumen XV, Colección Los grandes problemas de México, México, Colegio de México, 2010, p. 13.

¹⁹⁷ Base de datos de fallecimientos de la Presidencia de la República, en www.presidencia.gob.mx/base-de-datos-de-fallecimientos/, consultado el 04 de noviembre de 2011.

¹⁹⁸ Human Rights Watch, *Op cit.* p. 174.

Tanto las desapariciones forzadas como las ejecuciones extrajudiciales presentan denominadores comunes:

1. De manera general se señala por las autoridades que las víctimas son delincuentes integrantes de organizaciones delictivas, concretamente que las desapariciones y/o ejecuciones son producto de hechos de violencia por enfrentamiento entre bandas rivales o en enfrentamientos armados con las fuerzas de seguridad.
2. Las autoridades se refieren a las víctimas como delincuentes o “daños colaterales” producto de enfrentamientos de grupos armados con las fuerzas de seguridad, ello sin que exista una investigación de por medio que acredite estas afirmaciones, lo que resulta una clara transgresión del principio de presunción de inocencia.
3. Las víctimas de desaparición forzada y/o de ejecución extrajudicial son vistas por última vez cuando son detenidas arbitrariamente por elementos de las fuerzas de seguridad.
4. La actuación de los militares (Ejército y Marina) se encuentra alejada de estándares de respeto a derechos humanos, pese a que existen disposiciones internacionales al respecto como “Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley” y el “Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de las Naciones Unidas” en razón del conocimiento que tienen los efectivos de la jurisdicción especial y la impunidad imperante.
5. De los actos de violencia en donde participan elementos de seguridad pública y fuerzas armadas que tienen como consecuencia la muerte de personas, se caracterizan por una restricción en el acceso a la escena del crimen sobre todo por las autoridades militares, y la manipulación de ésta
6. En las investigaciones penales donde se involucran a integrantes de las fuerzas armadas, éstas son remitidas tanto por las autoridades ministeriales locales como federales a la jurisdicción militar *“con el argumento de que*

pueden ser consecuencia de faltas a la disciplina militar relacionadas con el uso de la fuerza”¹⁹⁹

7. En la jurisdicción militar no existe transparencia en el procedimiento penal llevado a cabo en contra de alguno de sus elementos cuando se le imputa su participación en la privación de la vida de algún civil; de igual forma, no se llega a una sentencia que sancione el abuso en su actuación *“desde 2007, la Procuraduría General de Justicia Militar ha iniciado 89 investigaciones de muertes de civiles... donde se indica que sólo dos soldados habían sido condenados, el primero 23 meses de prisión por homicidio culposo, el segundo 9 meses de prisión por –violencia contra las personas causando homicidio-”²⁰⁰*

La impunidad existente en la actuación de las fuerzas de seguridad, específicamente las integrantes del Ejército y Marina obedece a la existencia de un marco normativo que se reforzó con las reformas de los años 2008 y 2009 en materia penal, en el que se estableció formalmente el estado de excepción en México, por medio de disposiciones que permiten la vulneración de derechos fundamentales que anteriormente se encontraban protegidos por el ordenamiento constitucional.

La disciplina militar se ha empleado para que cualquier acto delictivo realizado por un elemento castrense sea investigado y juzgado por el fuero militar, independientemente de que se encuentren víctimas civiles en ellos, amparados el artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar se ha señalado que *“los homicidios cometidos por militares “no pueden considerarse ajenos a la disciplina militar”²⁰¹*, este artículo dispone de forma amplia la competencia de la jurisdicción militar cuando sean delitos contra la disciplina militar, entendidos como aquellos que se lleven a cabo por militares en los momentos de estar en servicio o con motivos de actos del mismo.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 192.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 194.

²⁰¹ Carta enviada por Jesús Zamora Castro, Subsecretario de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación a Human Rights Watch, 10 de noviembre de 2010, en Human Rights Watch, *Op cit.* p. 193.

El servicio militar es clasificado por el Reglamento para el Servicio Interior de las Unidades, Dependencias e Instalaciones del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos en el artículo 39, fracción I, como:

1. “servicio de armas” aquellas comisiones en donde se requiere el uso de armas para su ejecución y específicamente en el inciso M) señala a los retenes dentro de este servicio;
2. “servicio sin armas” aquellas comisiones que para su ejecución no requiera el uso de armas, señala en el inciso H) Los demás que sean establecidos por la Secretaría, con ello se deja al arbitrio de las autoridades militares establecer los casos en los que la jurisdicción militar ejercerá competencia en razón de tratarse de un hecho de disciplina militar considerado como un servicio militar, de acuerdo al artículo 36 fracción I²⁰² del ordenamiento señalado.

Esta situación, desafortunadamente ampara la abusiva actuación de las fuerzas armadas, quienes saben que es muy poco probable que su actuar llegue a ser sancionado, el estado de excepción como paradigma de gobierno es evidente en las acciones y disposiciones del Estado mexicano en la lucha contra un sobre estigmatizado enemigo, en el que la posibilidad abarca a la selección de cualquier persona o grupo no deseable para su eliminación.

4.3. La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

La Asamblea General de Naciones Unidas, por medio de la Resolución 39/141 el 14 de diciembre de 1984, aprobó la Declaración sobre la lucha contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas. El argumento principal de la Declaración era “... *la producción ilegal, la demanda, el consumo y el tráfico ilícito de drogas obstaculizan el progreso económico y social, y constituyen una grave amenaza para la seguridad y el desarrollo de muchos países y pueblos y deben ser*

²⁰² Los servicios interiores en los Organismos tienen por objeto: I. Cuidar de la disciplina, el orden y la seguridad;...

combatidos por todos los medios morales, legales e institucionales, a nivel nacional, regional e internacional'

A petición del Consejo Económico y Social se redactó un documento con el fin de preparar una Convención sobre el tema y finalmente se aprobó en 1988 la Convención sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Ésta enfoca el problema de la droga de forma integral, abarcando todas las etapas del mismo: producción y oferta, consumo y demanda, tráfico ilícito, tratamiento y rehabilitación. Consta de un Preámbulo y 34 artículos.

El preámbulo declara que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya represión exige la más urgente prioridad y cooperación internacional. El propósito fundamental es promover la cooperación y para alcanzar tal objetivo se deben adoptar las medidas necesarias, de tipo legislativo y administrativo, de acuerdo con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados y la no intervención en los asuntos internos de otros Estados; sin embargo, la realidad es que su aplicación vulnera la soberanía de los Estados y, más allá de la trascendencia política de dicha vulneración, se encuentra la problemática de aplicar disposiciones sin certeza jurídica, al establecer disposiciones contrarias a derechos fundamentales con la finalidad de disminuir índices de criminalidad a cualquier precio.

No obstante la finalidad declarada de la Convención apela a los derechos a la salud, derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y al derecho a la no intervención o injerencia en los asuntos propios. A pesar de los argumentos a favor de los anteriores derechos, la verdadera preocupación es el aspecto económico (debemos recordar que el fenómeno de la delincuencia organizada, específicamente el que centra más atención de los países: el narcotráfico, es un gran mercado que genera atractivos rendimientos), y de forma secundaria el aspecto político, cuando se hace referencia a los vínculos con otras actividades delictivas relacionadas.

La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 consta de 2 partes: la primera, que comprende los artículos 1 a 19 donde se establece qué regula, cómo,

quién lo debe hacer y para qué y una segunda sobre el funcionamiento y la puesta en vigencia.

Fue la primera de las regulaciones a nivel internacional, que obligó a los Estados intervinientes a incorporar a su legislación nacional como delito las operaciones financieras relacionadas con las drogas, como recoge en su articulado, donde dispone que todos los Estados parte adoptarán las medidas que sean necesarias para tipificar como delito penal el blanqueo de capitales cuando se comete intencionalmente, aunque sólo se tipifica este delito en relación con los capitales procedentes del tráfico ilícito de estupefacientes.

Artículo 3: Se tipificarán como delitos penales cuando se cometen intencionalmente:

- la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos de tráfico de drogas, o de un acto de participación en tal delito, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones (Art. 3,1.b i)),
- la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos de drogas o de un acto de participación en tal delito (Art.3,1.b ii),
- la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno de los delitos de tráfico de droga o de un acto de participación en tal delito (Art. 3,1.c)i).

Esta relación entre capitales producto del narcotráfico e incriminación se encuentra en los siguientes antecedentes: el Convenio Único sobre Estupefacientes de 1961 y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 celebrado en Viena.

Existen partidarios de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas quienes lo consideran como uno de los documentos más importantes en la lucha contra el lavado de dinero por diversas razones: en primer lugar, por la relación entre las actividades ilícitas del narcotráfico y las ganancias y productos derivados de este; señalan que tuvo gran aceptación y la ratificación por parte de los 106 países intervinientes en

la Convención, lo que supone un cambio drástico en la perspectiva internacional de lavado de dinero.

Por otro lado, existe también quienes critican la Convención, muchas de ellas provienen de la falta de análisis de la naturaleza del problema, tratándolo como si solo fuera una amenaza potencial; la Convención no entra en consideración de las causas políticas, económicas, sociales y culturales que rodean al mundo del tráfico de drogas; el tratamiento que tiene el narcotráfico, el problema internacional relacionado con los conceptos de soberanía económica y política, y en última instancia, de acuerdo a las condiciones particulares de cada Estado son éstos los que deben atender sus problemáticas sociales sin estar basados en lineamientos uniformes del exterior, empero, no significa que no deba de existir una coordinación y cooperación internacional que deban guiar las acciones contra la droga y el delito, siempre y cuando éstas no vulneren los derechos ciudadanos en su aplicación.

La Convención se ha caracterizado por ser una prolongación de la política de Estados Unidos centrada en la represión policial y haciendo hincapié en el lado de la oferta, culpa a los países productores de ser los únicos responsables del aumento en el mercado de las drogas. Las críticas son extensibles también a la vulneración de los principios jurídicos de soberanía territorial y política, al autorizar prácticas ilegales, como el concepto de entrega vigilada y la posibilidad, al tipificar la cooperación internacional en el plano policial y jurídico, de preeminencia de unos países sobre otros en la aplicación de la ley, con lo que se permitiría la aplicación extraterritorial de la ley.

Al respecto Augusto Sánchez señala que en esta Convención se contienen los “principios generales del derecho de los poderosos” en la que se instauran los principios del Derecho Penal posmoderno:

- *“La privación de la libertad por sólo sospecha;*
- *La utilización de la analogía en materia penal;*
- *La discrecionalidad de las autoridades penales;*
- *La negación de la categoría de delitos políticos;*
- *La pérdida del carácter fiscal de los productos de los delitos;*
- *La no aceptación del secreto bancario;*
- *La inversión de la carga de la prueba...;*
- *La competencia universal...;*

- *La extradición funcional a las necesidades del poder...*;
- *El traslado físico de los testigos...*; y
- *La utilización de agentes infiltrados.*²⁰³

La Convención concentra la obtención de resultados eficientes en el aumento de la represión penal. Se considera esta Convención como punto de partida de la legislación internacional en materia de persecución del delito de tráfico de drogas, ha sido tomada como referencia para la formulación de las legislaciones nacionales (en el caso México la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada); a pesar de la falta de iniciativas en orden al tratamiento de los efectos sociales y de otro tipo causados por la droga, y el tratamiento de los estupefacientes como un problema de seguridad nacional, tesis que coincide con la política criminal norteamericana seguida por las administraciones en esta materia, su combate es frontal dejando a un lado la preservación de derechos humanos y ciudadanos en pro de un fin mayor como lo es la preservación del Estado.

4.4. La reforma constitucional: la transgresión de la seguridad jurídica.

En México, en junio de 2008 con las reformas constitucionales y, en enero y febrero de 2009, con las reformas y expedición de los ordenamientos legales, se materializó jurídicamente los principios del Derecho Penal posmoderno. En esta reforma la publicidad verso sobre el cambio del Derecho penal al sistema acusatorio con una tendencia hacia el garantismo penal mediante la implementación de juicios orales; sin embargo, de forma paralela se reforzó un Derecho Penal excepcional en el que no se aplican los principios del garantismo penal.

Este sistema penal de excepción formalmente declara su destinatario hacia la delincuencia organizada, empero, queda abierta la posibilidad de criminalizar la manifestación de disconformidad con el sistema económico y político; así como cualquier demanda social. El Estado puede responder con políticas represivas,

²⁰³ Sánchez Sandoval, Augusto y González Vidaurri, Alicia, “Del estado del No-Derecho al “Derecho” del Estado Terrorista”, en Sánchez Sandoval, Augusto (Coord), *Control social económico-penal en México*, México, Plaza y Valdés-UNAM, 2008, pp. 254 y 255.

control estricto y negación de derechos individuales bajo el cobijo de instrumentos legales, es decir, ahora el Derecho es inutilizado para su utilización, a través de la emergencia y de la necesidad inferida por el ente estatal y por los actores del mercado, para su permanencia e imposición como sector dominante, sin reparar en las funestas consecuencias de alteración del orden social por el establecimiento de uno nuevo, acorde con las exigencias capitalistas.

Figuras como el arraigo y la extinción de dominio son incorporadas a los artículos 16 y 22 constitucionales respectivamente. La primera de ellas, característico de un sistema inquisitorial donde la presunción de inocencia es desvanecida y la presunción de culpabilidad es el principio imperante, en razón de la anticipación de la penalidad por medio de la privación de la libertad, para posteriormente iniciar la investigación de las conductas delictivas. La segunda figura, permite de manera arbitraria, materialmente la expropiación de bienes a través de un proceso penal, contrario a su naturaleza de índole administrativa y civil, en una clara transgresión de la seguridad jurídica de las personas, ya que, aunque la dedicatoria sea a la criminalidad organizada, cualquier individuo puede ser víctima de tales disposiciones si es considerado peligroso o indeseable al orden establecido.

4.4.1. El arraigo: la presunción de culpabilidad.

Cualquier intervención fundamental que afecte a los derechos fundamentales debe obedecer, a la más clara e irrefutable postura respetuosa de los mismos. Tal es el caso de los ataques a la libertad que en sus modalidades de restricción o privación, suelen darse en los procesos penales como presupuesto ineludible de la búsqueda de la libertad, cuyo discurso se contrapone al modelo procesal en el que se incluye, no obstante de ser irreverente frente a los principios universalmente emitidos como el de presunción de inocencia que como garantía fundamental forma parte de un proceso penal de corte liberal que pugna por un sistema equitativo de justicia que proteja los derechos fundamentales del individuo ante la arbitrariedad y despotismo estatales.

Precisamente una de las intervenciones estatales relacionadas con la afectación a la libertad personal es el arraigo, que como medida cautelar en el sistema procesal mexicano puede solicitarse contra aquel sujeto que en la averiguación de un delito, exista el riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia.

El arraigo penal es aplicado donde el crimen alcanza tazas cada día más altas y rebasa las medidas políticas que tienden a frenarlo, el tema de la seguridad pública se convierte en uno de los más preocupantes. Ante esta realidad el Estado en el afán de encontrar mecanismos para dar soluciones a problemáticas derivadas de conductas delictivas tiene como principal herramienta a la justicia penal.

El arraigo adoptado por el Estado mexicano para hacer frente a la delincuencia se traduce en una copia mal hecha del existente en España desde 1931, el que se aplica a nivel procesal y no de investigación. La apología oficial mexicana sustenta su existencia en el temor de que el imputado se sustraiga de la acción penal, así como, dar tiempo suficiente para que la autoridad investigadora realice las diligencias que acrediten el cuerpo del delito y/o la probable responsabilidad del individuo a quien se le atribuye esa conducta reprochable.

La incorporación al orden normativo penal en México de la figura del arraigo ha sido polémica por ser una medida cautelar que si bien trata de asegurar el éxito en la actividad indagadora relacionada con el delito, afecta directamente la libertad de las personas y no sólo la de tránsito.

La reforma constitucional del 18 de junio del año 2008, vino a poner fin a la serie de desencuentros sobre la constitucionalidad de la medida cautelar de arraigo, al adquirir el rango de constitucional con su inclusión en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Realizando una confrontación al arraigo penal dentro del modelo procesal que la reforma propuso, se señala que su corte es de tipo acusatorio, dentro de cuyos principios establece que el proceso penal tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos y busca proteger al inocente, máxime que reconoce formalmente el principio de presunción de inocencia, lo que hace evidente la antinomia entre el

modelo y la figura, es decir, en un modelo procesal acusatorio, no tiene cabida un acto privativo de libertad que permea drásticamente contra el principio de presunción de inocencia como el arraigo penal, que más bien, es acorde con el principio de presunción de culpabilidad característico de un sistema inquisitivo, esta antinomia hace flaquear el sistema, mas aún al no dejar la posibilidad del disfrute de garantías individuales como la de defensa y aportar pruebas al sujeto a quien se dirige; consecuentemente, lo aleja de un modelo penal garantista propio de un Estado social y democrático de derecho.

El arraigo penal es una figura *sui generis* por tratarse de la privación de libertad de un gobernado a nivel de una actividad meramente administrativa y no procesal como la fase indagatoria, con todas las aberraciones que no solo atacan al sistema procesal de corte acusatorio del que supuestamente emerge, también transgrede de manera directa al ciudadano común que se ve inmiscuido en prácticas inquisitoriales al quedar incomunicado, sin defensa y sin posibilidad de ofrecer pruebas y de debatir la postura arbitraria del Ministerio Público. No obstante, en México existe una medida de seguridad denominada confinamiento, que se encuentra regulada en el artículo 28 del Código Penal Federal y en artículo 49 de la Constitución Política del Estado de México, la cual consiste en la obligación impuesta a quien comete un delito de residir en determinado lugar y no salir de él, siempre impuesta por un órgano jurisdiccional.

La figura del arraigo atendiendo a las garantías del gobernado y dentro de una sistema acusatorio debiera ser actualizado solo en aquellos supuestos que una vez llevada a cabo una eficiente actividad de investigación ministerial, debidamente coordinada con la labor de inteligencia Policial, se aplique para aquellos sujetos que desobedezcan los mandatos del Ministerio Público y que este último a su vez tenga un avance importante en su investigación y le falten por afinar aspectos mínimos para lograr que al consignar la averiguación previa ante el Órgano Jurisdiccional tenga elementos suficientes para ordenar la aprehensión o ratificar la detención de la persona sometida a su jurisdicción; pero de ninguna manera su procedencia para iniciar la investigación, o bien para tolerar la deficiente investigación ministerial.

Del análisis conceptual del arraigo se deriva dentro de la actividad judicial un vínculo que sujeta a alguna persona para que no salga de determinada demarcación geográfica bajo cierta pena. El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, señala que *“el objeto del arraigo es asegurar la disponibilidad del imputado en la investigación de un delito a nivel de averiguación previa o durante el proceso penal, exclusivamente tratándose de delitos imprudenciales o respecto de los cuales no sea procedente la prisión preventiva,”*²⁰⁴ postura que se encuentra alejada de lo que en realidad implica esta medida cautelar.

Marco Antonio Díaz de León sostiene el siguiente criterio *“como una medida cautelar que durante la averiguación previa se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que cumpla con los requerimientos del Ministerio Público, en razón de la investigación de un hecho delictivo”*²⁰⁵. Este criterio se enfoca solo a nivel de averiguación previa tal y como en la práctica actual se ejecuta.

La función específica del arraigo a nivel de la investigación que corresponde a la averiguación previa, tiene como finalidad *“que el imputado no se evada de la justicia, así como la integración y perfeccionamiento de la averiguación previa para que esta tenga como resultado el ejercicio de la acción penal y por consecuencia el libramiento de la orden de aprehensión”*²⁰⁶.

El arraigo se trata de una medida personal, pues se dirige exclusivamente a personas físicas, como medida cautelar no existe por si misma sino en relación directa con la búsqueda de la verdad legal, la cual constituye el fin primordial del Proceso Penal. Es un instrumento del que se vale el Estado en situaciones riesgosas que se opongan a tal búsqueda para la investigación y vinculación al proceso, pretende asegurar la disponibilidad tanto del imputado como de las pruebas que favorezcan a la investigación.

Constitucional y legalmente el arraigo se ordena exclusivamente por un órgano jurisdiccional a petición de parte, ya que el Juez de oficio no puede

²⁰⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, México, 1998. p.260.

²⁰⁵ Díaz, De León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal y términos usuales en el Proceso Penal*, 3ª ed, México, Porrúa, 1997. p.72.

²⁰⁶ Barragán, Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, 2ª Ed., México, Mc Graw-Hill, 2004. p. 325.

decretar esta medida, depende de que el Ministerio Público lo solicite, el cual deberá apagarse a las exigencias constitucionales para cualquier acto de autoridad que debe estar debidamente fundado y motivado.

Anterior a la incorporación del arraigo al marco constitucional y legal del ordenamiento jurídico penal en México, se presentaron posturas diversas de su implementación en la práctica jurídica. La primera postura de quienes sostenían que la figura era ilegal señalaron que pierde esa calidad desde el momento mismo en que se incluye en un cuerpo normativo, si es justa o no, es una característica muy independiente, pero será legal con el sólo hecho de que la figura procedimental exista en un Código.

En torno a quienes polemizaron sobre la constitucionalidad del arraigo atacándolo por ser un acto privativo de libertad, tuvieron argumentos sólidos que originaron discrepancia en cuanto a su interpretación por las autoridades jurisdiccionales federales. Debe mencionarse en primer lugar que se formó criterio en tesis aislada sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito en el sentido de que el arraigo no afecta la libertad personal, más bien, afecta la libertad de tránsito:

ARRAIGO, ORDEN DE, NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL. La orden jurisdiccional de arraigo que contempla el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República.

Posteriormente el criterio de la Corte se modificó en virtud de que la realidad de la medida cautelar de arraigo en su aplicación no era una restricción a la libertad de tránsito, sino que en realidad se confinaba a la persona a un espacio restringido de movilidad, que ya no se aprecia como una restricción de traslado de un punto a otro, sino en una restricción de movilidad total, lo que se traduce en una privación de la libertad. Lo que queda sustentado en la siguiente jurisprudencia de la Primera Sala por contradicción de tesis publicada en el

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en noviembre de 1999 de la Novena Época con el número 1ª/J:78/99:

ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE, AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL. La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de febrero de 1999, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley.

La reforma del 18 de junio de 2008 reconoce que el actual sistema de justicia penal es preponderantemente inquisitorial, donde el indiciado es considerado lo culpable hasta que se demuestre lo contrario, modelo que ha sido superado por la realidad. Sin embargo, el discurso de la reforma del 2008 tiende al establecimiento de un sistema acusatorio, el cual se caracteriza por un estricto respeto por los derechos fundamentales de la víctima y ofendido así como del imputado, regidos por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con la característica de la oralidad, según en la cual se asegura la transparencia y la intervención directa del Juez en todos los actos procesales. Adopta esencialmente el reconocimiento de la presunción de inocencia, máxime sobre la cual deposita el modelo procesal; sin embargo deja entrever severas condiciones al mismo como la elevación a rango constitucional del arraigo.

4.4.2. Ley Federal de Extinción de Dominio y la expropiación de bienes.

A partir de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional²⁰⁷ los países firmantes se comprometieron a adoptar medidas para prevenir y combatir más eficazmente a la delincuencia organizada transnacional en lo referente al decomiso e incautación de bienes producto de los delitos establecidos en la Convención, los cuales son: delitos graves (artículo 2); el

²⁰⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de marzo de 2003.

acuerdo con una o más personas de cometer actividades ilícitas (artículo 5); el blanqueo del producto del delito (artículo 6); la corrupción (artículo 8); y la obstrucción de la justicia (artículo 23).

Referente a la penalidad establece el decomiso e incautación de los productos de los delitos; y de los bienes, equipo u otros instrumentos empleados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la Convención:

Artículo 12. Decomiso e incautación

1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

- a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;
- b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.

Con esta Convención se conforma una *Organización Regional de Integración Económica* definida en el artículo 2, inciso j) como:

“una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencia en las cuestiones regidas por la presente Convención y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella; las referencias a los “Estados Parte” con arreglo a la presente Convención se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia. ,”

Se instituye una organización supranacional, en la que los Estados transfieren la facultad a la Organización Regional “*para firmar, ratificar, o aprobar la Convención o adherirse a ella y no los congresos nacionales independientemente considerados... esas organizaciones regionales...constituyen un solo “Estado supranacional”*.”²⁰⁸

México en acuerdo previo con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de septiembre de 1990) expidió la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (publicada el 7 de noviembre de 1996 en el Diario Oficial de la Federación), con lo cual se daba cumplimiento a la implementación local de las disposiciones contenidas en la Convención mencionada.

A pesar de la política criminal llevada a cabo por el Estado mexicano por medio de las diversas legislaciones implementadas para legitimar sus acciones vulnerando derechos fundamentales a través del propio Derecho, no ha sido suficiente para alcanzar los objetivos planteados por el Derecho Penal posmoderno, por ello ha utilizado como estandarte el ataque frontal a la delincuencia organizada, señalándola como el principal mal que aqueja a la

²⁰⁸ Sánchez Sandoval, Augusto y González Vidaurri, Alicia, *Op cit*, p. 259.

sociedad, tratando de legitimar sus acciones mediante este discurso, ha decidido incorporar nuevas disposiciones que vienen a generar un estado de excepción permanente.

El 6 de marzo del año de 2008 se aprobó la reforma constitucional en materia penal, publicadas el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación, en las que se hicieron reformas y adiciones a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 73, fracciones XXI y XXIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dichas modificaciones (como se señaló al inicio) se refieren a la materia penal, concretamente a figuras como el arraigo; delincuencia organizada; intervención de comunicaciones; prisión preventiva; extinción de dominio; entre otras.

Concretamente, la extinción de dominio tiene como antecedente directo de implementación a Colombia, en el que la Corte Constitucional sostuvo el siguiente criterio en la sentencia C-740/03, fundamento C. *Aspectos fundamentales del derecho de propiedad y de la acción de extinción de dominio en el constitucionalismo colombiano:*

- “5. Como puede verse, el derecho de propiedad y la acción de extinción de dominio han sido objeto de una regulación progresiva en el constitucionalismo colombiano. En razón de ella, de manera paulatina, desde 1886 hasta 1991 se fueron delineando tres aspectos fundamentales: La exigencia de licitud para el título que origina el derecho de propiedad, la atribución de una función social y ecológica a ese derecho y su sometimiento a razones de utilidad pública o interés social. Cuando el primer presupuesto no concurre, procede la declaratoria de extinción de dominio por previsión expresa y directa del constituyente. Cuando el segundo presupuesto no concurre, procede la extinción de dominio por norma legal. Y cuando concurren razones de utilidad pública o interés social, hay lugar a la expropiación, también por previsión constitucional.
6. En relación con la declaratoria de extinción de dominio por no satisfacerse la exigencia relacionada con la licitud del título que lo origina, hay que indicar que ello es así en cuanto el ordenamiento jurídico sólo protege los derechos adquiridos de manera lícita, es decir, a través de cualquiera de las formas de adquirir el dominio y reguladas por la ley civil: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción y siempre que en los actos jurídicos que los formalizan concurren los presupuestos exigidos por ella. Ese reconocimiento y esa protección no se extienden a quien adquiere el dominio por medios ilícitos. Quien así procede nunca logra consolidar el derecho de propiedad y menos puede pretender para sí la protección que suministra el ordenamiento jurídico. De allí que el dominio que llegue a ejercer es sólo un derecho aparente, portador de un vicio originario que lo torna incapaz de consolidarse, no susceptible de saneamiento y que habilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento.”

Por lo señalado en la Corte colombiana se justifica la declaratoria de extinción de dominio por el incumplimiento de la exigencia de licitud para el título que origina el derecho de propiedad o la inobservancia de la exigencia de la función social y ecológica que constitucionalmente se atribuye a la propiedad. Por lo tanto, en relación al primer supuesto del resolutivo 5, se está ante una causa de extinción de dominio establecida directamente en la Constitución; cuando hay una violación a la función social se está ante una causa legal de extinción de dominio.

En México todas las causas de extinción de dominio se encuentran en el artículo 22, fracción II de la Constitución, algunas de ellas relativas a la ilegitimidad del título, como son los bienes que son producto del delito y; otras que desvían la función social de la propiedad, es decir, su naturaleza, que es cuando se ocupan como instrumento del delito.

El inicio de la discusión de la figura de extinción de dominio en nuestro país fue presentada mediante iniciativa el 29 de marzo del 2007 por el diputado del Partido Revolucionario Institucional César Camacho Quiroz y aprobada el 12 de diciembre de 2007 la cual indicaba:

“La seguridad pública es, sin duda, uno de los retos más importantes que tiene el Estado. La delincuencia ha rebasado la capacidad de respuesta de las autoridades encargadas de procurar e impartir justicia; ésta ha alcanzado un elevado grado de sofisticación, organización y equipamiento, que la fortalecen, haciendo más complejo su combate... es necesario admitir que figuras jurídicas como el decomiso y el aseguramiento de los medios comisivos ya vigentes, son insuficientes para combatir de manera eficaz a la delincuencia. Se deben instrumentar una serie de mecanismos en aras de cubrir las diversas aristas del problema; uno de ellos es, precisamente, la extinción de dominio de bienes...”²⁰⁹

La extinción de dominio puede definirse como la pérdida de los derechos sobre bienes relacionados con un hecho ilícito de delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, robo de vehículos o trata de personas, mediante un procedimiento jurisdiccional y autónomo del procedimiento penal.

La Ley Federal de Extinción de Dominio reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 29 de mayo

²⁰⁹ http://sitl.diputados.gob.mx/cuadros_comparativos/2PO1/0479-2PO1-07.pdf consultado el 10 de diciembre de 2011.

de 2009 en el Diario Oficial de la Federación, en su artículo 4 define a la extinción de dominio como “la pérdida de los derechos sobre los bienes mencionados en los artículos 2 y 8 de la presente Ley, sin contraprestación ni compensación alguna para su dueño ni para quien se ostente o comporte como tal. La sentencia en la que se declare tendrá por efecto que los bienes se apliquen a favor del Estado.”

Previo a comenzar el análisis de lo que establece la Ley Federal de Extinción de Dominio, es necesario conocer el contenido del texto constitucional previo a la reforma del 2008, el artículo 22 constitucional disponía lo siguiente:

“Quedan prohibidas las penas 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.

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

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, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidas a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.”

Una vez publicada la reforma, el texto constitucional en el artículo 22 dispone lo siguiente:

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas 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.

Con la adición del último enunciado relativo a la proporcionalidad de las penas se expresó que la intención era eliminar el llamado “populismo punitivo”, con el cual se daba un incremento irracional de las penas, es decir, lo que es la práctica común de los legisladores para ganar simpatía política en el electorado, el incrementar las penas sin solucionar el problema de origen.

La inclusión de este enunciado en el texto constitucional se da con base en las corrientes internacionales garantistas en materia penal, donde se establece que la pena que prevea el legislador deberá ser conforme al principio de racionalidad del uso del Derecho penal y en correspondencia al bien jurídico tutelado, lo anterior, con el fin de que las sanciones impuestas realmente persigan el propósito de reinserir socialmente a los sentenciados, lo cual no es suficiente si atendemos a que la pena en sí misma no genera la reinserción social, tomando en cuenta que el contexto donde se lleva a cabo la aplicación de la misma es contrario al desarrollo del fin establecido.

Sin embargo, la redacción del precepto constitucional resulta poco clara, ya que la relación de la pena con el bien jurídico afectado por la conducta, corresponde únicamente ponderarla al legislador, pues de esta manera determina los mínimos y los máximos de la pena; y al juez únicamente le toca considerar el grado de afectación al bien jurídico. El segundo párrafo del citado artículo dispone:

No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, 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, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

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.

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.

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.

III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

Estas excepciones a la prohibición constitucional de las confiscaciones, tienen por objeto desmontar la estructura financiera del crimen organizado, que es

el principal sostén del mismo; sin embargo no hay garantía de que esto se lleve a cabo de tal manera, ya que bien puede darse la afectación a los bienes de un tercero que nada tenga que ver con la comisión de un delito, para lo cual ahora se revierte la carga de prueba; es decir, éste tendrá que probar en primer lugar que no es delincuente; y además, que desconocía que su bien era utilizado con fines ilícitos.

La extinción de dominio es una sanción que se aplicará en un proceso judicial aparte, cuando los bienes hayan sido instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya sentenciado al inculpado o éste se haya fugado.

Del precepto constitucional en este segundo párrafo se aprecia que se considera a la extinción de dominio como una excepción a la restricción constitucional de confiscación de bienes, la cual vulnera la propiedad privada que se encuentra elevada al rango de derecho subjetivo público, a partir de la consideración que hace el artículo 14 párrafo segundo de la Constitución: “nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a la leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Dicho lo anterior, la extinción de dominio constituye un acto privativo (cuya característica es la permanencia), no obstante que se le da tratamiento como acto de molestia, olvidando que estos actos son provisionales, así que la extinción de dominio es materialmente una confiscación, aunque formalmente la Constitución no lo considere así.

No obstante que la legislación secundaria en su artículo 10 señala que: “*el procedimiento de extinción de dominio será autónomo del de materia penal, distinto e independiente de cualquier otro de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen...*”; en realidad se trata de una “ficción jurídica”, toda vez que para decretarse la medida es necesario el análisis del delito que le da origen, lo adecuado sería tramitarlo a través de un incidente, sin olvidar que la instauración de dicha figura en el

ordenamiento jurídico mexicano se trata esencialmente de un detrimento a los derechos fundamentales.

Del texto constitucional se desprenden la existencia de otras figuras que afectan la propiedad como son la confiscación, el decomiso, la adjudicación de bienes abandonados y la expropiación. De todas ellas hay un elemento común, la afectación a la propiedad a favor del Estado como acto de autoridad; sin embargo existen también elementos de distinción entre ellas atendiendo a su finalidad.

La extinción de dominio encuentra su sustento jurídico en un fin preventivo (de acuerdo a la exposición de motivos de la ley en comento); sin embargo, es importante señalar que el procedimiento para iniciar la extinción de dominio se realiza una vez que el Ministerio Público determine que existen elementos suficientes de acuerdo a los datos que obren en las averiguaciones previas (Artículo 6 de la Ley Federal de Extinción de Dominio), no se puede hablar de prevención cuando existen indicios que indiquen la existencia de hechos constitutivos de delito; ya que, la prevención es previa a la realización del acto delictuoso.

Mediante esta figura el Estado implementa una medida de política criminal para la seguridad pública (discurso oficial legitimador), mediante la afectación a la economía del crimen, así como a la persona que tenga derechos sobre el bien objeto de ella, independientemente de la participación del sujeto en el hecho ilícito de que se trate (artículo 7 de la Ley Federal de Extinción de Dominio), lo que constituye una clara transgresión a la seguridad jurídica del ciudadano y violatorio del principio de presunción de inocencia establecido en la Constitución.

Los bienes que pueden ser objetos de la acción de extinción de dominio son: a) un objeto, instrumento o producto del hecho ilícito de que trate; b) un bien que haya sido utilizado para ocultar o mezclar bienes productos del delito; c) bienes que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tiene conocimiento de ello y no lo informa a la autoridad o hace algo para impedirlo; y d) bienes que estén registrados a nombre de un tercero (o terceros) y se acredite que son producto de la comisión de delitos y que quien haya

participado en éstos se ostente o comporte como dueño. (Artículo 8 de la Ley Federal de Extinción de Dominio).

Con lo anterior, deja en estado de indefensión a los ciudadanos, ya que elimina la seguridad jurídica en torno al derecho de propiedad, al dejarlos expuestos a la facultad que se le otorga al Ministerio Público de poder apersonarse interponiendo una acción real para reclamar un derecho preferente de propiedad.

Supongamos por ejemplo, cuando una persona tiene un bien y decide arrendarlo para obtener un producto lícito del mismo, pero se da el caso de que el arrendatario lo utiliza para comercializar o almacenar sustancias prohibidas por la ley y, que a éste se le lleve a cabo una detención flagrante y se inicie una averiguación previa; pero además de eso, que el Ministerio Público decida ejercer la acción de extinción de dominio sobre el bien arrendado, para lo cual el arrendador deberá acreditar que desconocía el uso que se le estaba dando al bien arrendado, señalando que lo había pactado para uso de casa-habitación.

En la realidad material, es imposible que un arrendador se convierta en policía de su(s) arrendatario(s), ya que la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento es *“un contrato por virtud del cual, una persona llamada arrendador concede a otra, llamada arrendatario, el uso o goce temporal de una cosa, mediante el pago de un precio cierto.”*²¹⁰, y no se establece dentro de las obligaciones de carácter civil del arrendador el investigar la honorabilidad ni las actividades habituales de la o las personas que serán arrendatarios del bien objeto del contrato, dichas obligaciones son:

“1. Transmitir el uso o goce temporal de una cosa; 2. Entregar la cosa arrendada; 3. Reparar la cosa arrendada; 4. Garantizar el uso pacífico de la cosa arrendada; 5. Garantizar una posesión útil de la cosa arrendada; 6. Responder de los daños y perjuicios que se causen al arrendatario en el caso de que el arrendador sufra evicción; 7. No alterar la forma de la cosa arrendada, ni estorbar el uso de la misma; 8. Pagar las mejoras hechas por el arrendatario y devolverle el saldo que hubiere a su favor al terminar el contrato; y 9. Preferir al arrendatario que ha durado más de cinco años, cuando ha hecho mejoras de importancia en la finca arrendada y se encuentra al corriente en sus rentas, respecto de cualquier otro interesado en el nuevo contrato.”²¹¹

²¹⁰ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Contratos*, 32ª ed, México, Porrúa, 2008, p. 229.

²¹¹ *Ibidem*, pp. 241-247.

Atendiendo a las obligaciones señaladas y siguiendo el ejemplo en cuestión, inclusive la mismas obligaciones civiles prohíben la intromisión del arrendador en el uso y goce del bien objeto de arrendamiento (numeral 7 de las obligaciones señaladas), lo cual se contrapone a la disposición de carácter penal que interpretado a *contrario sensu*, el artículo 8 fracción II de la Ley Federal de Extinción de Dominio, señala la obligación del arrendador de estar al pendiente y vigilancia de las actividades y uso que se dé al bien objeto del contrato, so pena de perderlo por la acción de extinción de dominio.

Lo anterior sirve para entender que la extinción de dominio constituye un latente medio de vulneración de la garantía de seguridad jurídica y de presunción de inocencia que deben de estar garantizados en cualquier Estado que se diga democrático y de derecho. Finalmente la figura en comento no es susceptible de indemnización por parte del Estado hacia la persona afectada, sólo en el caso de que se obtenga una sentencia en la que se decrete la falta de elementos para la comprobación del cuerpo del delito (artículo 10, párrafo segundo de la Ley Federal de Extinción de Dominio); con lo cual refrendamos la postura de que el procedimiento de extinción de dominio no puede ser autónomo del penal.

El Estado mexicano en los últimos años ha destacado sólo el aspecto correctivo y represor de la política criminal y no así el preventivo, en particular la adopción de la figura de extinción de dominio refleja la incapacidad, la corrupción e impunidad de las autoridades para poder atender la situación de inseguridad pública en México; centrando sus recursos y acciones al ataque de la delincuencia que cimbra al sistema económico y político de producción actual, olvidando por completo satisfacer las necesidades esenciales de una creciente población en situación de vulnerabilidad, restringiendo cada vez más sus libertades.

4.5. Legislación secundaria y su adecuación a los principios del Estado posmoderno.

4.5.1. Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Producto de la inserción de México al contexto de globalización jurídico penal posmoderna es la transnacionalización de disposiciones jurídicas violatorias de

derechos fundamentales, la política criminal global se define “*como una estructura cerrada económica e ideológico-jurídica penal, cuyas reglas de construcción son las mismas que originan su auto-reproducción, de tal manera que excluyen cualquier otra motivación o influencia extraña*”²¹². De esta manera, existe una continuidad en la promulgación de legislaciones que en la modernidad eran consideradas “excepcionales”, convirtiéndolas en regla, con la finalidad de legitimar y dar forma jurídica a las necesidades de control social del sistema de producción capitalista actual.

Lo que era considerado violatorio de derechos en la modernidad, en la posmodernidad neoliberal se convierte en normalidad, la trasmutación del sistema productivo tiene como consecuencia de manera paulatina el mismo efecto en el sistema político-jurídico de índole penal; anteriormente era oculto y latente a los fines expresa y formalmente declarados, ahora se presenta de manera abierta y cínica, el Derecho es ahora lo que antes se consideraba violatorio de garantías “*para que los sistemas económico, políticos o jurídico funcionen como tales y pervivan están auto-condicionados por su posibilidad de auto-reproducción y auto-control, mediante su propia capacidad para controlar el ambiente, a través del control de sí mismos... si se vuelve vulnerable...pierde el control propio y se vuelve irracional.*”²¹³

La legalización de los abusos de autoridad se da a partir de legislaciones como la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, publicada el 6 de noviembre de 1996 en el Diario Oficial de la Federación, en las que se reproduce los principios del Derecho Penal posmoderno de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en los siguientes aspectos:

La detención ilegal por simple sospecha y particularmente la atención se centra en aquellos delitos que significan un detrimento económico a los actores formales del sistema económico y de producción neoliberal posmoderno, plasmado en el artículo 10, que a la letra dispone:

²¹² *cfr. Pág. 92.*

²¹³ González Vidaurri, Alicia, “Teoría de sistemas y seguridad pública” *Revista Iter Criminis*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Núm. 1, 1998, p. 133.

A solicitud del Ministerio Público de la Federación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá realizar auditorías a personas físicas o morales, cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que son miembros de la delincuencia organizada.

La denuncia anónima y testigos protegidos, con los que la autoridad investigadora suple las deficiencias en su investigación; al posibilitar la intervención de actores propios y de la propia delincuencia organizada para realizar imputaciones *ad hoc* a quien o quienes considere conveniente:

Artículo 14. Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a juicio del Ministerio Público de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal.

La intervención de las comunicaciones privadas, en las que se establece todo un sub-sistema jurídico²¹⁴ que tiene como finalidad el establecimiento de *“instituciones estratégicas y el desarrollo de una tecnología de la vigilancia permanente y cercana del ciudadano.”*²¹⁵, en virtud de que con la simple sospecha, cualquier ciudadano puede ser investigado, y en caso necesario, con alguna imputación que haga algún colaborador a solicitud de la autoridad ministerial se constituye un indicio, el cual queda sujeto al arbitrio de la autoridad jurisdiccional su valoración como tal, estas disposiciones se encuentran en los artículos 16 al 28 de la ley en comento, de los que se extrae lo siguiente:

“Artículo 16. Cuando en la averiguación previa de alguno de los delitos a que se refiere esta Ley o durante el proceso respectivo, el Procurador General de la República o el titular de la unidad especializada... consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas, lo solicitarán por escrito al juez de distrito, expresando el objeto y necesidad de la intervención, los indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada...”

Podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores.”

...

“Artículo 18. Para conceder o negar la solicitud, el juez de distrito constatará la existencia de indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que la persona investigada es miembro de la delincuencia organizada...”

²¹⁴ Cfr. 170.

²¹⁵ Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, Op cit. p. 175.

...

“Artículo 21. Si en la práctica de una intervención de comunicaciones privadas se tuviera conocimiento de la comisión de delitos diversos de aquellos que motivan la medida, se hará constar esta circunstancia en el acta correspondiente...

Cuando de la misma práctica se advierta la necesidad de ampliar a otros sujetos o lugares la intervención, el Ministerio Público de la Federación presentará al juez de distrito la solicitud respectiva.

Cuando la intervención tenga como resultado el conocimiento de hechos y datos distintos de los que pretenden probarse conforme a la autorización correspondiente podrá ser utilizado como medio de prueba, siempre que se refieran al propio sujeto de la intervención y se trate de alguno de los delitos referidos en esta ley.”

...

“Artículo 26. Los concesionarios, permisionarios y demás titulares de los medios o sistemas susceptibles de intervención en los términos del presente capítulo, deberán colaborar eficientemente con la autoridad competente para el desahogo de dichas diligencias...”

La incitación al delito, lo cual se logra a través de la infiltración de agentes dentro de los grupos sociales sean o no organizaciones criminales abarcando los negocios de las personas, esto es, se busca la realización de conductas delictivas por medio de agentes que realicen entregas pactadas, simulen ser clientes de las organizaciones, enrolarse como elemento de las organizaciones criminales, como contacto con agencias encargadas de seguridad pública, entre otras:

“Artículo 11. En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta Ley, la investigación también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes.

En estos casos se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino las personas morales de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos.”

“Artículo 11 Bis. El Titular del órgano previsto en el artículo 8 podrá autorizar la reserva de la identidad de los agentes de la policía infiltrados, así como de los que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y cateos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta el tipo de investigación, imposibilitando que conste en la averiguación previa respectiva su nombre, domicilio, así como cualquier otro dato o circunstancia que pudiera servir para la identificación de los mismos.

...

En caso de que el agente de la policía cuya identidad se encuentre reservada tenga que intervenir personalmente en diligencias de desahogo de pruebas, se podrá emplear cualquier procedimiento que garantice la reserva de su identidad.”

La confiscación de bienes a través de figuras jurídicas como la extinción de dominio²¹⁶, en el que el Estado persecutor por medio de la legislación elimina la certeza y la seguridad jurídica:

“Artículo 29. Cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que una persona es miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación podrá disponer, previa autorización judicial, el aseguramiento de los bienes de dicha persona, así como de aquéllos respecto de los cuales ésta se conduzca como dueño, quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes...”

“Artículo 30. Cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que hay bienes que son propiedad de un miembro de la delincuencia organizada, o de que éste se conduce como dueño, podrán asegurarse con autorización judicial previa...”

La entrega de recompensas para suplir las deficiencias en las investigaciones de la autoridad persecutora de los delitos:

“Artículo 37. Cuando se gire orden de aprehensión en contra de un miembro de la delincuencia organizada, la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes auxilien eficientemente para su localización y aprehensión, en los términos y condiciones que, por acuerdo específico, el Procurador General de la República determine.”

Aunado a la suplencia de las deficiencias en la investigación de los delitos por la autoridad ministerial, se encuentra la negociación del Derecho penal y penitenciario con los delatores, indiciados, procesados y sentenciados, con la posibilidad de convertirse en testigos protegidos²¹⁷, con ello, el Estado cuenta con elementos para imputar alguna conducta delictiva de manera arbitraria a cualquier persona, con la complicidad de un colaborador para su realización, lo que deja en estado de indefensión, inseguridad jurídica y personal a cualquier individuo:

“Artículo 35.- El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;

II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia

²¹⁶ Cfr. pág. 147.

²¹⁷ Cfr. pág. 163.

organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

Artículo 36.- En caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público de la Federación, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le corresponderían hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.”

La finalidad de la ley en cita, es la creación de un tipo penal en el que no hay necesidad de un resultado material para su realización, en sus inicios la ley consideraba el simple dolo de la organización como un delito, en la actualidad se tiene que consumir la organización para considerarse como tal:

“Artículo 2o.- 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:...”

El tipo penal considerado es un supuesto de conducta que en caso de materializarse constituye un acto que transgrede la ley penal, y como consecuencia se establece por el ordenamiento jurídico-penal la imposición de una sanción por la autoridad competente, en el caso concreto no existe la necesidad de un resultado material, únicamente formal; sólo con la simple organización, como lo establece la tesis de jurisprudencia II. 2º.P. J/26 del Semanario Judicial de la Federación, Agosto de 2007, página 1223

DELINCUENCIA ORGANIZADA Y COLABORACIÓN AL FOMENTO PARA POSIBILITAR LA COMISIÓN DE DELITOS CONTRA LA SALUD. DIFERENCIA ENTRE ESTOS DELITOS... que la acción nuclear del tipo viene a ser el simple hecho de organizarse o, en su caso, acordar hacerlo, es decir, la conducta consciente y voluntaria

(dolosa) de pertenencia al grupo de tres o más personas que participan del fin de cometer determinada clase de delitos (entendidos en abstracto y con independencia de que se llegaren a manifestar o no). Lo cual constituye una anticipación no a la realización de conductas como tal, sino a la sanción de las conductas antes de su materialización, es decir, se encuentra en una situación límite de realizarse una conducta y pensar en su realización de forma dolosa, ya que, el sólo hecho de tener conciencia de pertenencia a un grupo da un amplio margen para encuadrar en el supuesto jurídico.

Resulta notoriamente incoherente a un sistema que se proclame como garantista, porque la única garantía que genera es la de incertidumbre, al tener una amplia capacidad discrecional, el Estado puede equiparar cualquier forma de organización al tipo penal existente de delincuencia organizada.

Los delitos que actualmente establece la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada como finalidad del tipo penal son: Terrorismo; Terrorismo internacional, Delitos contra la salud; Falsificación o alteración de moneda; Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita; Acopio y tráfico de armas; Tráfico de indocumentados, Tráfico de órganos, Corrupción de menores; Pornografía de menores de edad; Turismo sexual; Lenocinio, Tráfico de menores; Robo de vehículos y Secuestro.

No obstante, el delito de delincuencia organizada tiene un carácter autónomo, es decir, no hay necesidad de que se materialice ningún otro delito de los señalados anteriormente para que se pueda actualizar y sancionar; así, la penalidad es independiente de la que se aplique por la comisión de alguno o algunos de los delitos mencionados.

Destaca la trascendencia económica que tiene la protección de ciertas prácticas, significa la sanción de actividades que generan atractivos ingresos financieros aunque se consideren actividades ilícitas, lo anterior es evidente en la misma legislación de excepción, es decir, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que en el artículo 4 hace una distinción entre la penalidad que merecen ciertas conductas respecto a otras

Artículo 4o.- Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes:

I. En los casos de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del artículo 2o. de esta Ley:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

II. En los demás delitos a que se refiere el artículo 2o. de esta Ley:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, de ocho a dieciséis años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

Existe una clara tendencia por parte del Estado de sancionar con mayor penalidad los delitos que tienen que ver con actividades del narcotráfico, al tener una fracción de penalidad exclusiva y dejar en segundo término a todos los demás delitos del catálogo de los señalados en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, tiene una clara lógica, ya que esta actividad está considerada como generadora de mayores ingresos dentro de la economía marginal e informal de la delincuencia y, por tanto, de mayor perjuicio para los grupos hegemónicos en el poder.

Asimismo, la desproporción entre las penas es abismal, es más del doble para aquellos que se encuentren en actividades de narcotráfico, que para aquellos dedicados a las demás actividades ilícitas, siendo que el daño que producen algunos de los otros delitos (como el secuestro) es mayor que el producido por el narcotráfico; empero, al ser éste último el mercado económico más atractivo, es prioritario su sujeción al control estatal.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (LFCDO) es una ley privativa a pesar de existir una restricción expresa en el artículo 13 de la Constitución Política, y como se observa en diversos artículos de la presente ley a los miembros de organizaciones delictivas se les conceden beneficios y provechos, pero a su vez se tienen sanciones más severas a este tipo de delincuencia. Es un claro ejemplo de una legislación penal de excepción propia de

un Estado autoritario que encaja en la concepción de un Derecho Penal del enemigo.

. La ley faculta a la autoridad para juzgar de manera privativa a dichos miembros de la delincuencia organizada y, en su oportunidad declaren en contra de otros miembros de la organización e incluso de aquellos a los que sea conveniente de acuerdo a los intereses que el ente estatal proteja.

La ley excluye a todos los agentes que realicen conductas delictivas que no pertenezcan a una organización criminal, en virtud de que la citada ley, única y exclusivamente se aplica de forma privativa a los delincuentes que pertenezcan a una organización criminal y al mismo tiempo segrega a aquellos que actualizan sus supuestos normativos, por medio de penas desproporcionadas al daño social causado (populismo punitivo), al privarles de los derechos humanos a los que cualquier persona tiene acceso independientemente de su situación jurídica, reflejo de ello son las restricciones existentes para este tipo de delincuencia en la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.

4.5.2. Testigos protegidos y recompensas.

Es importante señalar que en un proceso penal son únicamente tres las partes que pueden tener intervención e injerencia en el desahogo de las actuaciones que se llevan en él, estas son: la autoridad judicial (Juez), un sujeto activo (Procesado) y un sujeto pasivo (quién sufre las consecuencias de la realización de la conducta delictiva y tendrá el carácter de coadyuvante cuando se trate de persona física, representado en el proceso por el Ministerio Público).

Un testigo al ser una persona que por el simple hecho de estar presente en un momento y lugar específico presencié y se percató por medio de sus sentidos sensoriales de una conducta delictiva contemplada en un ordenamiento legal, y en la cual no tuvo participación alguna en su realización o ejecución.

A pesar de lo señalado, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en sus artículos 3, 14, 34, 35, 36, 42, 43 y 44, en donde se establecen una serie de prerrogativas y beneficios a indiciados que por sus características poseen supuestamente información que le permitirá a la autoridad sopesar la deficiencia

existente en su capacidad de investigación, al contar con facilidad para obtener detenciones de personas basadas en dichos de supuestos testigos con una nula credibilidad por la motivación que tienen para realizar imputaciones y no sólo como calidad moral, sino jurídicamente son testimonios que no cuentan con los requisitos que señala la normatividad para considerarse medio de prueba en un proceso penal.

La legislación excepcional ha introducido al sistema jurídico penal en México la figura del “testigo protegido” la cual se encuentra presente en los artículos señalados con anterioridad, transcritos a continuación para brindar una mejor comprensión de la problemática planteada:

El Código Federal de Procedimientos Penales en el párrafo primero del artículo 242 expresa:

“Toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto a los hechos investigados...”

Por otra parte, el artículo Artículo 289 señala: para apreciar la declaración de un testigo el tribunal tendrá en consideración:

I.- Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar del acto;

Para que una persona pueda ser valorada como testigo, es necesario que por la experiencia que la edad le ha otorgado, pueda dirimir la naturaleza del acto del cual es testigo, y por consecuencia pueda discernir si se trata de un acto lícito o ilícito y que pueda obligarse a conducirse con veracidad sin tener inclinación alguna por la cual pueda modificar los hechos de los cual fue testigo.

II.- Que por su probidad, la independenciam de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad;

Probidad derivado del vocablo *probo*, el cual se aplica a las personas que durante su trayectoria de vida y en todos sus ámbitos, se han desenvuelto y desempeñado con total integridad, honestidad, moralidad, honradez, honorabilidad y decencia; por lo tanto, es necesario que no haya ejecutado o realizado actos

delictivos y que por el contrario se haya desempeñado de una manera digna. Así, una persona que haya cometido conductas delictivas no puede ser valorado conforme a la presente fracción con total plenitud como un testigo, ya que, por no tener la cualidad de probo, su expresión de los hechos de los que se percató pierde credibilidad ante la autoridad judicial.

Por lo que hace a “la independencia de su posición”, el testigo no debe encontrarse en un conflicto de intereses ante el Sujeto activo o el Sujeto pasivo o bien ante la propia Autoridad, ya que, lo que esgrima un testigo tiene que ser completamente libre y espontáneo, por ello la independencia en que se encuentre tiene que ser absoluta y plena; es decir, la persona que presencié hechos delictivos no debe de tener vínculo alguno que lo ligue mediante familiaridad o interés con los sujetos que participaron en la conducta delictiva de la que se percató, de igual manera no debe tener vínculo alguno que lo ligue o responsabilice con la propia conducta de la cual se percató, de lo contrario su supuesta independencia se convierte en una dependencia de cualquiera de las partes o de la propia conducta delictiva, además de que su dicho estaría completamente viciado con base en el interés predominante que tengan.

El testigo no puede tener vínculo alguno que lo ligue o relacione con las partes y porque este vínculo pueda tener beneficios o repercusiones si no esgrime y manifiesta la verdad de los hechos, o bien si los altera o niega.

Respecto al llamado testigo protegido automáticamente se encuentra viciada la imparcialidad, porque el “testigo protegido” al saber los provechos y beneficios a que tiene derecho ya no busca como finalidad principal el dar a conocer los hechos de los que tuvo conocimiento con el fin de hacerlos saber a la autoridad competente, sino que su finalidad primordial en virtud de que se encuentra implicado en los hechos delictivos, es ganar el derecho a los beneficios.

Por lo tanto, no se puede hablar de que su testimonio sea imparcial, ya que, es tan parcial a los intereses que el Ministerio Público busca en la averiguación previa, tan es parcial el testigo que lo que busca con su declaración no es realmente el proporcionar información al Ministerio Público, sino obtener los beneficios que la ley le brinda.

La condicionada forma de actuar del “testigo protegido” no puede considerarse su narración de los hechos como libre, pura y espontánea, sino por el contrario se encuentra viciada porque su finalidad es obtener beneficios personales que la ley le permite.

III.- Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;

Esto es, un testigo en su calidad, no puede ser partícipe de los hechos investigados, al ser así, pasa entonces a ejecutar o realizar la conducta de manera personal y directa; entonces, pierde su calidad de testigo y se convierte en el Sujeto Activo o Pasivo según corresponda. En el caso de un testigo protegido, se está en tal situación, ya que, como tal no es ajeno a la realización de las conductas de las cuales se percató por medio de sus sentidos, sino que participó directamente en ellas y por esa razón supuestamente le constan de manera fehaciente.

En esta situación el testigo protegido se vuelve parte en el procedimiento y tiene plena y rotunda parcialidad sobre lo que declare con la finalidad de obtener un beneficio en su persona, ya sea de índole jurídico, patrimonial, para obtener su libertad o para culpar a un inocente.

IV.- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y

V.- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.

En relación con la LFCDO, los casos en que la autoridad persecutora de delitos otorga beneficios a “testigos” para que declaren en contra de sus compañeros delincuentes, se debe principalmente a la ineficiencia de la autoridad para realizar su trabajo, es decir, de poder llevar a cabo una investigación.

Así, la autoridad actualmente prefiere pagar con beneficios a personas que realizan conductas delictivas para que le den información acerca de los hechos

que dichas personas realizan en compañía de otras y así poder rendir cuentas positivas en su función de institución procuradora de justicia (que en realidad debe ser de Procuración de Legalidad) y así justifica el Estado la existencia de un aparato represor que en el discurso formal señala servir para proteger los intereses de la comunidad y su seguridad de aquellos que señala como acérrimos enemigos de la sociedad, cuando lo que no se ha querido entender y concientizar es que tanto unos como otros somos parte de la misma sociedad y que con discursos excluyentes lejos de alcanzar puntos de encuentro surgen desencuentros cada vez más amplios.

Sin la declaración motivada por el beneficio que se otorga a los “testigos protegidos”, la autoridad no contaría con elementos para rendir los informes que diariamente realiza en donde da a conocer diversas detenciones de supuestos delincuentes, con ello, la autoridad puede otorgar un beneficio a un testigo para que declare hechos que le beneficien y se convierta totalmente parcial a los intereses de la autoridad que ofrece beneficios a cambio de declaraciones.

En otro tenor, cualquier beneficio que se le otorgue a un testigo para que declare en cierto sentido, se traduce en un delito consagrado en el artículo 247 fracción III del Código Penal que a la letra dice:

Se impondrán de cuatro a ocho años de prisión y de cien a trescientos días multa:

I...

..

III.- Al que soborne a un testigo, a un perito o a un intérprete, para que se produzca con falsedad en juicio o los obligue o comprometa a ello intimidándolos o de otro modo;...

Por soborno se entiende todo beneficio, lucro o pago de cualquier especie que se le otorgue a una persona para que realice cierta conducta impermissible u omitir reglas u ordenamientos que solicite requerimientos especiales para su ejecución. Si a los “testigos protegidos” se les otorgan beneficios ya sean jurídicos, económicos o lucrativos, para efectos de declarar en un sentido omisivo, contrario o alternativo de los hechos de los que supuestamente presencié y con el cual dicho testigo obtiene un beneficio, se actualiza la conducta descrita en el supuesto

normativo anterior. Pero, por tratarse de que es el Estado quien realiza dicha conducta no puede considerarse delito, al no ser las personas morales imputables.

Vemos como el Estado por medio de instrumentos que son contrarios al propio Derecho aplicable, incluso considerados delitos, se vale de ellos para ejecutar acciones contrarias a un régimen que se autoproclama como garantista y de un Estado de derecho, ya que, el utilizar al Derecho como un instrumento represivo en contra de un grupo social, deja abierta la posibilidad de aplicarlo a cualquier grupo social o individuo que se considere afecte la estabilidad y permanencia del grupo hegemónico en el poder.

La actuación se legitima en un supuesto combate eficaz a la delincuencia organizada, cuando en realidad la eficacia es hacia el fortalecimiento de un rígido control social en detrimento de los derechos y libertades de las personas.

El empleo por parte de la autoridad de los testigos protegidos como medio de prueba testimonial para determinar una responsabilidad debe ser valorado por el juez en base a lo señalado anteriormente. Esto es, en la normatividad de la LFCDO y en la práctica se reconoce la protección de testigos en su colaboración con las autoridades por las acusaciones que realizan como una testimonial; sin embargo, hay que tomar en consideración que jurídicamente no se le puede dar el valor de una prueba testimonial sino el de una confesional.

La prueba confesional es una declaración que hace una persona de lo que sabe de hechos propios en los cuales ha intervenido de forma directa. La confesión es un acto de prueba proveniente de cualquiera de las partes por el que se reconoce o admite, en su perjuicio, la verdad de los hechos aseverados por el adversario, cuando se trata de un reconocimiento total de la pretensión, se denomina "allanamiento" y cuando es parcial se denomina "confesión".

Con base en ello, el testimonio proviene de una persona que no se encuentra considerada como parte en el procedimiento o en el proceso según se trate, es decir, que los hechos que le consten y relate son ajenos a la realización de una conducta materializada por él, sea de acción u omisión, pero sí de terceros que la desplegaron y que presumiblemente constituyen hechos delictivos.

Ahora la calidad de “testigo” que se le da a una persona dentro de la LFCDO en relación con su colaboración en la integración de la indagatoria y posteriormente como medio de prueba en el proceso penal es errónea, ya que, por su naturaleza en realidad se trata de confesionales, al ser ésta rendida por una persona que declara sobre hechos propios en los cuales ha intervenido de forma directa, plena, contundente y de manera personal, al realizar o ejecutar los hechos materia de impugnación.

No puede tomarse como indicio lo que en una confesional se arroje como imputación en contra de otras personas, lo único que se puede tomar como prueba es lo que el imputado declare en su contra, en otro tenor, únicamente pueden hacer imputaciones categóricas los querellantes, mas no así los imputados o indiciados; por lo tanto, las imputaciones que efectúan los testigos protegidos no pueden ser tomadas en consideración y mucho menos se les puede dar valor probatorio alguno, ya que, las mismas normas procesales establecen que únicamente se les puede dar valor probatorio a las declaraciones de confesión en lo que perjudique al imputado; así, ningún testigo puede realizar algún tipo de imputación.

Un problema adicional a la declaración de los testigos protegidos, es que para una adecuada defensa de las personas que tengan la calidad de indiciados de acuerdo a un principio general de Derecho es saber el nombre de quien hace la imputación en su contra. Anteriormente, la propia Constitución Política lo reconocía como una garantía del debido proceso y de defensa adecuada, el deber de proporcionar la identidad y todos los elementos suficientes para que el acusado se defendiera.

La actuación de los testigos protegidos es contraria al principio anteriormente señalado, a pesar de que la normatividad vigente lo señale como una excepción a la regla, no deja de ser una situación de total indefensión del imputado. Así, el estado de excepción cobra vida en el caso de los testigos colaboradores y, asimismo, el realismo jurídico penal es evidente en atención al despojo de un derecho fundamental de defensa, ya que, la acusación queda al arbitrio del

anonimato y del valor que el sistema de justicia penal quiera y le convenga dar a dichas aseveraciones.

Actualmente, la autoridad ministerial hace uso indiscriminado de la figura del “testigo protegido” para poder justificar la legitimación que el Poder Judicial Federal a través de los Jueces de Control Especializados en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones hace para imponer la medida cautelar de arraigo, basado simplemente en la imputación que hace el testigo colaborador en contra de cualquier persona y en ocasiones con la ordenanza de la autoridad ministerial para la plena obtención de beneficios.

4.5.3. Ley Federal de Telecomunicaciones y disposiciones relativas. El panóptico estatal.

Aunado a las disposiciones específicamente penales que el ordenamiento jurídico mexicano emplea actualmente, hace uso de disposiciones que complementan tales ordenamientos, concretamente es el caso de la ley en comento, en virtud de los mandatos que en materia de telecomunicaciones son necesarios para la vigilancia y obtención de comunicaciones que considere necesarias para la integración de sus investigaciones; no obstante, sirve además para poder iniciar averiguaciones previas basadas en el espionaje estatal.

Acciones que en un Estado garantista son consideradas delitos, en un Estado policía son avaladas siempre y cuando sea el propio Estado quien las realice. En México, debido a que las telecomunicaciones son objeto de concesión a entes privados, es necesaria la regulación de la colaboración de tales entes para las actividades persecutorias del Estado, con la sanción en caso de incumplimiento de tales ordenanzas.

El Estado así cierra la posibilidad de lagunas jurídicas en su aparato represivo penal, y crea un registro con el cual tiene acceso pleno a cualquier comunicación privada entre particulares de manera detallada, el panóptico es trasladado fuera de la institución carcelaria para ser empleado en el grupo social que tenga acceso a telecomunicaciones móviles y fijas. Así, las comunicaciones privadas dejan de serlo, en razón de estar sujetas a registro pormenorizado y empleado por la autoridad de manera discrecional cuando lo considere pertinente

para salvaguardar así los intereses que en realidad busca preservar: los del orden establecido por el grupo hegemónico en el poder, en un combate frontal a cualquier actor que pudiera considerarse un riesgo a su permanencia y estabilidad.

Posterior a la reforma, el artículo 16 dispone la violación de las comunicaciones al arbitrio del Estado de la siguiente manera:

... 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 violan el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Establece la prohibición a los particulares de intervenir comunicaciones, considerando dicha conducta como delito, empero, cuando sean aportadas de forma voluntaria por los particulares que hayan participado en ella no se considerará como tal.

... 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 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.

A pesar de la restricción que en materia de intervención de comunicaciones existe para los particulares considerándola como delito su incumplimiento, la norma constitucional no lo reconoce de esa manera si quien actúa es el Estado, éste puede actuar con amplia discrecionalidad para hacerlo, ya que, sólo es necesario fundar y motivar el acto para que se realice, requisito que es cubierto con hacer cualquier imputación de un delito hacia una persona, con ello, es más que suficiente para fundar y motivar la intervención de **cualquier** comunicación privada por el concesionario del servicio a solicitud de la autoridad estatal.

La forma legal en la que se realiza la intervención de comunicaciones se encuentra en la Ley Federal de Telecomunicaciones, la cual se reformó el 9 de

febrero del 2009, se trata de una Ley especial en la que se regula lo referente a la prestación por los concesionarios de los servicios de telecomunicación; no obstante, se regulan disposiciones de índole penal en cuanto a la intervención de comunicaciones privadas se trate. A continuación se mencionan las disposiciones contenidas en la ley en comento referente al tópico en cuestión:

Artículo 7. ...

Para el logro de estos objetivos, corresponde a la Secretaría, sin perjuicio de las que se confieran a otras dependencias del Ejecutivo Federal, el ejercicio de las atribuciones siguientes:

I. a XII. ...

XIII. Supervisar a través de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, la elaboración y actualización por parte de los concesionarios del **Registro Nacional de Usuarios de Telefonía Móvil**, y

Dicho registro en la práctica significó un fracaso en relación al universo existente al momento de su instauración, los objetivos por los que se implementaron son considerados obsoletos por el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI) quien ordenó la destrucción de dicho registro²¹⁸. Nunca se concibió ni se integró dicho registro como la propia ley precisamente lo establecía, nunca se publicó por parte del Ejecutivo el reglamento que establece dicha reforma para integrar y para operar el Registro Nacional de Usuarios de Telefonía Móvil (Renaut), como tampoco nunca se llevó a cabo la reforma al Código Penal Federal que establecía precisamente ese decreto por el que se creó el Registro Nacional de Usuarios de Telefonía.

A pesar del fracaso del Renaut, la colaboración del sector público y privado para la intervención de comunicaciones es más intensa por medio de la Ley de Geolocalización, al momento de la elaboración del presente apartado se encontraba pendiente su publicación por el Ejecutivo Federal, en ella se establecen mayores sanciones a los concesionarios por la negativa a colaborar con las autoridades, *“se imponen de uno a 5 años de prisión y de mil a 10 mil días de salario mínimo de multa, a la autoridad que utilice los datos e información relacionados a los móviles para fines distintos y de 250 a 2 mil 500 días de multa a*

²¹⁸ *Ordenan destruir datos del Renault*, El Universal versión en línea, sábado 3 de marzo de 2012. Consultado el 3 de marzo de 2012.

*permisionarios y concesionarios que se rehúsen a colaborar con la autoridad en las investigaciones.*²¹⁹

La Procuraduría General de la República (PGR) o los servidores públicos encargados podrán solicitar, por oficio o medios electrónicos, a los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos móviles de comunicación asociados a una línea que se encuentren relacionados con la investigación, por lo tanto, aunado a que se cuenta con un registro (Renaut) de una base de datos de “134 millones 216 mil 209 con un universo de celulares de 97 millones 770 mil 811.”²²⁰ Que a pesar de la disposición de la destrucción del mismo, es de fácil acceso en el mercado informal²²¹, con ello, se perfecciona la intervención estatal de comunicaciones y espionaje, completando el modelo de Estado policía.

Artículo 16. ...

Las bases de licitación pública incluirán como mínimo:

I. ...

D. En el caso de los servicios de telecomunicaciones, las acciones coordinadas con la autoridad correspondiente, que permitan combatir los delitos de extorsión, amenazas, el secuestro en cualquiera de sus modalidades o algún delito grave o relacionado con la delincuencia organizada, así como las medidas necesarias para llevar un **registro pormenorizado y preciso sobre los usuarios de teléfonos móviles, así como los nuevos cuentahabientes de este servicio**, con la debida protección de datos, y

Artículo 44. Los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones deberán:

I. ...

II. Abstenerse de **interrumpir** el tráfico de señales de telecomunicaciones entre concesionarios interconectados, sin la previa autorización de la Secretaría;

III. a IX. ...

X. Actuar sobre bases no discriminatorias al proporcionar información de **carácter comercial**, respecto de sus suscriptores, a filiales, subsidiarias o terceros;

²¹⁹ *Derogan diputados registros de celulares*, El Diario versión en línea, sábado 3 de marzo de 2012. Consultado el 3 de marzo de 2012.

²²⁰ *Exige el IFAI destruir los datos reunidos con el derogado Renaut. Trabaja con las secretarías de gobernación comunicaciones para lograrlo*, Milenio On line, sábado 3 de marzo de 2012. Consultado el 3 de marzo de 2012.

²²¹ La base de datos recopilada fue desde el inicio del registro responsabilidad de la Secretaría de Gobernación, pero desde entonces se supo que esa base de datos se vendió en Tepito. En Milenio On line, sábado 3 de marzo de 2012. Consultado el 3 de marzo de 2012.

XI. Llevar un registro y control separado de sus usuarios, tanto en la modalidad de líneas contratadas en plan tarifario, como en líneas de prepago, el cual contenga como mínimo los siguientes datos:

a) Número y modalidad de la línea telefónica;

b) Nombre completo, domicilio, nacionalidad, número correspondiente y demás datos contenidos en identificación oficial vigente con fotografía, así como comprobante de domicilio actualizado del usuario y toma de impresión de huella dactilar directamente en tinta y/o electrónicamente;

c) En caso de personas morales, además de los datos de los incisos a) y b), se deberá registrar la razón social de la empresa, cédula fiscal y copia del documento que acredite capacidad para contratar.

Los concesionarios deberán conservar copias fotostáticas o en medios electrónicos de los documentos necesarios para dicho registro y control; así como mantener la reserva y protección de las bases de datos personales, las cuales no podrán ser usadas con fines diferentes a los señalados en las leyes;

XII. Conservar un registro y control de comunicaciones que se realicen desde cualquier tipo de línea que utilice numeración propia o arrendada, bajo cualquier modalidad, que permitan identificar con precisión los siguientes datos:

a) Tipo de comunicación (transmisión de voz, buzón vocal, conferencia, datos), servicios suplementarios (incluidos el reenvío o transferencia de llamada) o servicios de mensajería o multimedia empleados (incluidos los servicios de mensajes cortos, servicios multimedia y avanzados);

b) Datos necesarios para rastrear e identificar el origen y destino de las comunicaciones de telefonía móvil: número de destino, modalidad de líneas con contrato o plan tarifario, como en la modalidad de líneas de prepago;

c) Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de la comunicación, así como el servicio de mensajería o multimedia;

d) Además de los datos anteriores, se deberá conservar la fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (identificador de celda) desde la que se haya activado el servicio;

e) La ubicación digital del posicionamiento geográfico de las líneas telefónicas, y

f) La obligación de conservación de datos a que se refiere la presente fracción cesa a los doce meses, contados a partir de la fecha en que se haya producido la comunicación.

Los concesionarios tomarán las medidas técnicas necesarias respecto de los datos objeto de conservación, que garanticen su conservación, cuidado, protección, no manipulación o acceso ilícito, destrucción, alteración o cancelación, así como el personal autorizado para su manejo y control;

Estas disposiciones avalan la intervención de comunicaciones de forma legal por parte del Estado, a través de una serie de obligaciones hacia los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones, consistentes en un registro

pormenorizado en el que se cuenten con todos los datos de: ¿quién?, ¿cuándo?, ¿qué?, ¿dónde?, ¿cuánto?, ¿cómo? Se realizan comunicaciones en el país, es decir, el panóptico se expande y abarca un amplio universo cada día más creciente en el que la omnipresencia estatal no visible se hace palpable.

Las comunicaciones en México dejan de ser privadas, la violación a la intimidad de los ciudadanos es un hecho que se puede convertir en un acto jurídico al arbitrio de la autoridad persecutora, así, los registros de las comunicaciones que cualquier ciudadano realice por cualquier medio quedan a disposición del Estado durante un año.

La ineficacia y corrupción de las autoridades encargadas de prevenir y de perseguir delitos es evidente, por lo que hace uso del ordenamiento jurídico para contar con elementos que le permitan subsanar dichas deficiencias a través de un aparato represor más fuerte y más amplio.

El despojo de derechos ciudadanos por el mismo Derecho es reflejo del realismo jurídico penal en México, las comunicaciones privadas lo son en tanto el Estado así lo requiera, ya que, el uso de forma arbitraria de la intervención de comunicaciones le permite tener un rígido control social, en el que la disidencia puede ser detectada con precisión y rapidez e incluso sancionada.

Así, el estado de excepción es transformado en paradigma de gobierno, ordenamientos jurídicos como éste, permiten la permanencia de la “situación de emergencia” que obliga al Estado a imponer medidas violatorias de derechos humanos, situación que queda plasmada en el orden jurídico positivo que permiten al Estado formalmente declarado como “garantista”, actuar como un Estado policía, vigilante constante de todos los ciudadanos y represor de aquellos a los que considere pertenecen a las *clase peligrosas*, por medio de su contención y cuando ésta ya no es suficiente a través de su sanción y segregación.

XIII. Entregar los datos conservados, al Procurador General de la República o Procuradores Generales de Justicia de las Entidades Federativas, cuando realicen funciones de investigación de los delitos de extorsión, amenazas, secuestro, en cualquiera de sus modalidades o de algún delito grave o relacionado con la delincuencia organizada, en sus respectivas competencias.
Queda prohibida la utilización de los datos conservados para fines distintos a los previstos en el párrafo anterior, cualquier uso distinto será sancionado por las autoridades competentes en términos administrativos y penales que resulten.

Los concesionarios están obligados a entregar la información dentro del plazo máximo de setenta y dos horas siguientes contados a partir de la notificación, siempre y cuando no exista otra disposición expresa de autoridad judicial.

El Reglamento establecerá los procedimientos, mecanismos y medidas de seguridad que los concesionarios deberán adoptar para identificar al personal facultado para acceder a la información, así como las medidas técnicas y organizativas que impidan su manipulación o uso para fines distintos a los legalmente autorizados, su destrucción accidental o ilícita o su pérdida accidental, así como su almacenamiento, tratamiento, divulgación o acceso no autorizado;

XIV. Realizar el **bloqueo inmediato** de las líneas contratadas bajo cualquier modalidad, reportados por los clientes o usuarios como robados o extraviados; realizar la actualización respectiva en el registro de usuarios de telefonía; así como realizar la suspensión inmediata del servicio de telefonía para efectos de aseguramiento cuando así lo instruya la Comisión Federal de Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en el Código Federal de Procedimientos Penales.

En caso de que los usuarios vendan o cedan una línea de telefonía en cualquiera de sus modalidades de contratación, deberán dar aviso al concesionario, a efecto de que dicha línea sea **bloqueada**, en tanto sea registrado el nuevo usuario, conforme a la fracción XI del presente artículo;

...

Artículo 49. La información que se transmita a través de las redes y servicios de telecomunicaciones **será confidencial, salvo** aquella que, por su propia naturaleza, sea pública, o cuando medie orden de autoridad competente.

Artículo 64. La Secretaría llevará el **Registro de Telecomunicaciones**, que incluirá el servicio de radiodifusión, en el que se inscribirán:

I. a **XV.** ...

XVI. En los casos de contratación de telefonía móvil, los concesionarios deberán solicitar la Credencial para votar emitida por el Instituto Federal Electoral y/o Cédula Única del Registro Nacional de Población (CURP) y/o Pasaporte, y acompañarlo con constancia de domicilio oficial con recibo de agua, luz y/o teléfono, además de la impresión de la huella dactilar directamente en tinta y/o electrónicamente.

En el caso de teléfonos públicos fijos convencionales y celulares deberá ofrecer el registro de la llamada que incluya número telefónico y ubicación del teléfono...

El Estado garantiza su actuar a través de diversos ordenamientos, éstos le permiten ampliar su libertad de actuación e inversamente proporcional disminuir la libertad de los ciudadanos, ya que, permite la vigilancia permanente de las comunicaciones privadas, en las que solo lo serán en tanto la autoridad así lo disponga, dejando la puerta abierta para cometer abusos de forma legal en una clara transgresión a la intimidad, con un claro control social rígido.

La implementación de estas medidas se encuentran en diversos ordenamientos jurídicos con la finalidad de minimizar la existencia de lagunas en su aplicación. Otorga una serie de poderes discrecionales a la Procuraduría

General de la República para suplir las deficiencias existentes en sus investigaciones, quedando a su arbitrio la intervención de cualquier comunicación privada con el solo hecho de señalar que existe algún indicio de hechos presumiblemente constitutivos de delitos.

Estas disposiciones se encuentran en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de la Policía Federal, las cuales se transcriben para efecto de conocer el refuerzo normativo establecido por el Estado para garantizar su condición de vigilante convertido en Estado Policía.

Ley General Para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del artículo 73 de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 24. El Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue la facultad, los Procuradores de Justicia de los Estados y del Distrito Federal, así como las autoridades facultadas en la ley para ello podrán solicitar a la autoridad judicial federal su autorización para la intervención de comunicaciones privadas.

La solicitud de autorización deberá contener los preceptos legales que la fundan, el razonamiento por el que se considera procedente, el tipo de comunicaciones a intervenir, en su caso, los sujetos o las líneas, aparatos, números, lugares que serán intervenidos, así como el tiempo que serán intervenidos, sin que el tiempo total exceda de seis meses. Para llevar a cabo la intervención, la autoridad investigadora podrá utilizar todos los medios tecnológicos que estime necesarios. En todo caso será obligación de los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones de las líneas a intervenir prestar auxilio para tal efecto.

La aportación de comunicaciones privadas para la investigación y persecución de los delitos materia de esta Ley constituye una **excepción** al deber de confidencialidad que establezcan otras leyes.

El Ministerio Público podrá ofrecer como prueba los resultados de la intervención asentados en cualquier medio tecnológico al juez que corresponda, en caso de no admitirse, deberán ser destruidas en los términos señalados por la autoridad judicial.

Cualquier actuación desarrollada en los términos del presente Capítulo será nulificada por el juez si se incurrió en conductas no autorizadas o ilegales, sin perjuicio de la aplicación de las responsabilidades administrativas y penales correspondientes.

Artículo 25. Los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones y, en lo aplicable, las empresas comercializadoras de servicios de telecomunicaciones, de conformidad con las disposiciones aplicables, tratándose de la investigación de los delitos previstos en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para otros delitos y siempre que medie orden de autoridad judicial competente, están obligados a:

I. Proporcionar de forma inmediata y sin demora a los titulares del Ministerio Público de la Federación o de las Entidades Federativas o los servidores públicos en quienes deleguen dicha atribución, la información relativa al número telefónico que se le indique y los datos del usuario registrado como cliente;

II. ...

III. ...

IV. Suspender el servicio de telefonía para efectos de aseguramiento cuando así lo instruya la Comisión Federal de Telecomunicaciones, en cumplimiento al mandato ministerial o judicial correspondiente.

Artículo 40. Conforme a lo dispuesto por el artículo 73, fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública y las disposiciones de esta Ley, las instituciones de Seguridad Pública de los tres órdenes de gobierno y las Procuradurías de Justicia de la Federación, de los Estados y del Distrito Federal, en el ámbito de su competencia y de acuerdo a los lineamientos que establezca el Consejo Nacional de Seguridad Pública, deberán coordinarse para:

I. a XVIII. ...

XIX. Realizar las acciones y gestiones necesarias para restringir de manera permanente todo tipo de comunicación, ya sea transmisión de voz, datos, o imagen en los Centros de Readaptación Social Federales y de las Entidades Federativas, cualquiera que sea su denominación.

Artículo 46. A los procesados y sentenciados por las conductas previstas en esta Ley se les podrá aplicar las medidas de vigilancia especial que prevé la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, entre ellas, la restricción de comunicaciones con terceros, salvo el acceso con su defensor.

...

Código Federal de Procedimientos Penales.

Artículo 278 TER. Cuando la solicitud de intervención de comunicaciones privadas sea formulada por el Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue la facultad, la autoridad judicial otorgará la autorización cuando se constate la existencia de indicios suficientes que acrediten la probable responsabilidad en la comisión de delitos graves.

El Ministerio Público será responsable de que la intervención se realice en los términos de la autorización judicial. La solicitud de autorización deberá contener los preceptos legales que la funda, el razonamiento por el que se considera procedente, el tipo de comunicaciones, los sujetos y los lugares que serán intervenidos, así como el periodo durante el cual se llevarán a cabo las intervenciones, el cual podrá ser prorrogado, sin que el periodo de intervención, incluyendo sus prórrogas, pueda exceder de seis meses. Después de dicho plazo, sólo podrán autorizarse nuevas intervenciones cuando el Ministerio Público acredite nuevos elementos que así lo justifiquen.

En la autorización, el Juez determinará las características de la intervención, sus modalidades, límites y, en su caso, ordenará a instituciones públicas o privadas, modos específicos de colaboración.

En la autorización que otorgue el Juez deberá ordenar que, cuando en la misma práctica sea necesario ampliar a otros sujetos o lugares la intervención, se deberá presentar ante el propio Juez, una nueva solicitud; también ordenará que al

concluir cada intervención se levante un acta que contendrá un inventario pormenorizado de las cintas de audio y video que contengan los sonidos e imágenes captadas durante la intervención, así como que se le entregue un informe sobre sus resultados, a efecto de constatar el debido cumplimiento de la autorización otorgada.

...

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Artículo 50 Bis. En materia federal, la autorización para intervenir comunicaciones privadas será otorgada de conformidad con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley de Seguridad Nacional, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley de la Policía Federal o la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, según corresponda.

Artículo 50 Ter. Cuando la solicitud de autorización de intervención de comunicaciones privadas, sea formulada en los términos previstos en las legislaciones locales, por el titular del Ministerio Público de alguna entidad federativa, exclusivamente se concederá si se trata de los delitos de homicidio, asalto en carreteras o caminos, robo de vehículos y privación ilegal de la libertad o secuestro, los primeros previstos en el Código Penal Federal y el último en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, o sus equivalentes en las legislaciones penales locales.

La solicitud de autorización de intervención de comunicaciones de los delitos previstos en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se formulará de conformidad con ese ordenamiento.

Ley de la Policía Federal.

Artículo 51. La intervención preventiva de comunicaciones a que se refiere esta Ley, se autorizará únicamente en los delitos previstos en los ordenamientos legales que a continuación se enlistan:

I. Del Código Penal Federal: evasión de presos..., delitos contra la salud ..., corrupción de menores o incapaces ..., pornografía infantil ..., turismo sexual ..., lenocinio ..., asalto ..., homicidios relacionados con delincuencia organizada ..., robo de vehículo ..., extorsión ..., operaciones con recursos de procedencia ilícita ..., introducción clandestina de armas.

II. ...

III. De la Ley General de Salud, el delito de tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 Bis;

IV. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138, y

V. Los previstos en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Estado mexicano basado en el terrorismo estatal, legitimado en la creación de condiciones de inseguridad social de enormes proporciones, con la publicidad como lo señala Zaffaroni que la técnica *völsklich* le permite, hace un uso

indiscriminado de un discurso que reproduce el valor de la globalidad posmoderna: la preservación de las instituciones y la consolidación de la democracia.

Más allá de considerar las condiciones de desigualdad y marginalidad social, se señala como valor supremo la estabilidad política, la transición democrática y la conservación de valores. La realización de acciones contrarias a la garantía de los derechos ciudadanos y, con posterioridad su legalización a través de diversos ordenamientos jurídicos de carácter eminentemente penal, con contenidos regresivos y represivos en los que se busca conservar el orden a través de una consolidación de un rígido control social, en nada marca sus objetivos a mitigar las causas que en realidad dan origen a los caldos de cultivo de la delincuencia.

Por el contrario, el establecimiento de un estado de excepción como paradigma de gobierno en el orden jurídico mexicano, permite la consolidación de instituciones y del grupo hegemónico en el poder, ya que, la posibilidad de reprimir cualquier signo de inestabilidad en las condiciones de orden establecidas, es suficiente para hacer un uso excesivo del poder represivo estatal, dejando amplias posibilidades para tener objetivos distintos a los formalmente declarados, y poder estigmatizar, seleccionar, segregar, eliminar a cualquier persona considerada enemigo, e incluso la sanción de la protesta social.

CONCLUSIONES

1. El poder punitivo ha empleado históricamente la concepción de soberanía para mantener el poder de forma oculta, permite la permanencia y perpetuación de aquel o aquellos que están a cargo de la dirección de una comunidad humana específica. Sin embargo, la realidad es que la soberanía se trata de una cuestión de ejercicio; es decir, el poder se ejerce a través de “discursos de verdad”, es necesario la elaboración de discursos que permitan cubrir los efectos del ejercicio del poder en verdades, conseguir el sometimiento a la verdad o a verdades por medio de un “discurso verdadero” que es elaborado por quien decide y ejerce el poder.

El Derecho es un “discurso de verdad”, su función esencial es ocultar la existencia de la dominación por medio de su reducción y encubrimiento. El trasfondo es encubrir las relaciones de dominación existentes en la sociedad y el establecimiento de los mecanismos de sometimiento, esto se hace a través de la ficción de la soberanía y de la voluntad general; con ellas, el Derecho encubre la cuestión central de sometimiento y dominación social. Esta concepción de la soberanía es lo que permite al grupo dominante imponer su hegemonía a través de un “discurso verdadero”. Así, el poder desarrolla un sistema ideológico-económico de producción resguardado por la regulación jurídica.

Por lo tanto, sigue vigente la funcionalidad económica del poder de la que habla Marx, en la medida en que el papel del poder consiste en esencia, en mantener relaciones de producción y prorrogar una dominación de clase, que el desarrollo y las modalidades características de las fuerzas productivas hacen posibles.

2. El poder en el Estado neoliberal de manera paralela a la globalización de la economía implementa la transnacionalización de disposiciones y ordenamientos jurídicos con la finalidad de proteger la economía de mercado de aquellos agentes que considera un riesgo al sistema político-económico de

producción imperante. Actualmente, es afectado por una economía subterránea creada por el propio sistema de producción. En este sentido, el Estado amplía el alcance de la juridización de la interacción social y sanciona las circunstancias y conductas que ponen en riesgo los cimientos de la estructura económica.

El poder estatal señala que la delincuencia organizada es generadora de la economía subterránea; y ésta a su vez, pone en riesgo la seguridad de la nación y la vigencia del Estado de Derecho. En razón de que por sus características se encuentra en ventaja frente a los medios de control estatal; de ahí, la necesidad de ampliar el alcance de la regulación y sanción penal, por medio de su sometimiento a un control social más rígido, que se traduce en una política criminal de Estado violatoria de derechos fundamentales.

Para legitimar tal fin, el gobierno del Estado hace que las condiciones sociales existentes sean percibidas por un clima de inseguridad social generalizado, a través de la infusión y difusión en la sociedad de un terror atribuido a la delincuencia organizada, la estigmatiza de tal forma que obtiene el apoyo a las medidas represivas y (en principio) excepcionales aplicadas por los operadores del Estado.

3. La alta rentabilidad del crimen organizado garantiza su expansión y sus divisiones, la actividad ilegal organizada es un foco que genera luchas no sólo entre los actores criminalizados, sino entre los actores legales para buscar el acaparamiento del mercado. Detrás del discurso oficial del daño que hace la delincuencia organizada a la sociedad, se encuentra el daño y riesgo que significa para los detentadores del poder oficial el tener que lidiar con poderes no oficiales equiparables en la fuerza que detentan.

La expansión de la política de seguridad nacional de los Estados Unidos se refleja en México con la aplicación de una política de seguridad nacional adecuada a los lineamientos de aquélla. Estrictamente la atención se centra en la delincuencia organizada y en específico el narcotráfico. El discurso oficial del Estado mexicano reproduce la ideología norteamericana al señalar que la

delincuencia organizada representa un poder paralelo al Estado, que provoca inestabilidad política y vulnera las instituciones, siendo así un problema de seguridad nacional.

4. Dentro de un sistema político, el terrorismo de Estado genera el fenómeno de la resistencia. El sistema jurídico origina el fenómeno del terrorismo jurídico penal de Estado o “Derecho Penal del enemigo”. Esta lucha genera una exclusión recíproca, es decir, una lucha o combate entre las razones de Estado y los derechos inalienables de los que resisten (gobernados, siervos o débiles). Una vez que se acoplan los sistemas político y jurídico, este último genera condiciones y normas basadas en falacias, que posteriormente se convierten en ley, esto permite el establecimiento de categorías de personas, con un Derecho Penal para los ciudadanos, y otro para los individuos considerados peligrosos.

En México se instaura el terrorismo de Estado, a través de la intimidación a la población encuentra sometimiento a las condiciones sociales, económicas y políticas de existencia propias del sistema de producción capitalista. Asimismo, a través del ordenamiento jurídico penal instaura el terrorismo jurídico penal, cuya finalidad es salvaguardar la permanencia y la estabilidad del grupo hegemónico y del sistema de producción. De esta forma, el Estado mexicano rompe con el sistema garantista y crea tipos penales basado en razones de Estado que vulneran los derechos fundamentales.

5. El estado de excepción se emancipó de la situación bélica que le dio origen. Ahora, es utilizado por la autoridad civil de manera extraordinaria y discrecional para enfrentar desórdenes y rebeliones internos, es sustituido de forma progresiva de su naturaleza excepcional para convertirse en regla, generalizando su uso en el Estado moderno como técnica normal de gobierno para preservar la seguridad, aduciendo la protección del Estado democrático y sus “valores”. Lo que en realidad sucede es la instauración de una dictadura constitucional en transición hacia un régimen totalitario.

El sistema excepcional en México oculta intereses e intenciones principalmente de carácter económico y, tiene éxito en la medida en que hace pasar como válido, justo, natural e incluso humano (derechos humanos), un sistema que esencialmente es persecutor y represivo. Las medidas que implementa no respetan los derechos humanos en su aplicación, son acciones contrarias a éstos, sólo que con el amparo de la ley para violentarlos, lo que potencia la corrupción de las instituciones del sistema penal.

El poder estatal en México crea una falsa expectativa con el involucramiento de las fuerzas armadas en labores de seguridad pública. La incursión de las fuerzas castrenses en las tareas de seguridad pública incrementa significativamente la violencia delincinencial, oficial y paramilitar. De igual forma, incrementa las violaciones a derechos humanos, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y estados de excepción en las entidades federativas de la República Mexicana.

6. Actualmente, es insostenible el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad de la intervención de las fuerzas armadas en las labores de seguridad pública, debido a la desmesura en su intervención y que con base en aquél, se fundamentan la serie de tropelías que el poder estatal realiza en contra de la población.

La situación excepcional de participación de las fuerzas armadas estatales en labores de seguridad pública en México; muestra la incapacidad, ineficiencia y corrupción existente en los tres niveles de gobierno. Históricamente el Ejército siempre ha estado vinculado a los periodos más violentos en nuestro país y; por ende, el incremento de los niveles de violencia se explica en su empleo en labores ajenas a su función.

El estado de excepción como paradigma de gobierno en México se actualiza en las acciones y disposiciones en la lucha contra un sobre estigmatizado enemigo: la delincuencia organizada. La mal llamada “guerra contra las drogas” abre la posibilidad de seleccionar a cualquier persona o grupo no deseable al sistema para eliminarlo de manera legal.

7. El realismo jurídico penal pretende finalizar la era de la indulgencia penal y hacer un ataque frontal al problema del crimen con medidas reactivas caracterizadas por la represión sin atender las causas sociales de fondo que le dan origen. El Estado busca someter a todos aquellos grupos problemáticos al imperio de la ley, la cual es diferenciada atendiendo a la pertenencia y riesgo que represente al sistema.

La tendencia del Derecho Penal es no basarse en criterios de causalidad de las conductas, existe un marcado debilitamiento de las garantías procesales con una clara tendencia hacia el Derecho Penal de autor. El poder del Estado neoliberal en México utiliza con mayor fuerza la política criminal como control social para evitar que los agentes inconformes al sistema se manifiesten. Paulatinamente, ha realizado reformas al ordenamiento jurídico nacional para adecuarlo a las exigencias de la economía de mercado transnacional y establece disposiciones que autorizan la actuación del sistema represor del Estado mediante acciones que eran consideradas delitos, ahora legitimadas por disposiciones jurídicas *ad hoc* y así, segregar, excluir e inclusive desaparecer a los *indeseables* del sistema económico.

8. El Derecho Penal del enemigo es una declaración de guerra contra un enemigo al que el Estado describe vagamente como miembros de organizaciones criminales, narcotraficantes, terroristas, reincidentes, entre otros; se les sitúa en una concepción de “no personas” quedando fuera del ordenamiento jurídico, a los que es necesario privarles de los derechos exclusivos de los considerados como “personas”.

El poder estatal en México califica como enemigo a la delincuencia organizada en la mal llamada “guerra contra las drogas”; sin embargo, se pueden identificar como enemigos del poder estatal a todo aquél que se considere afecte los intereses del grupo hegemónico. El Estado responde con políticas represivas y negación de derechos individuales bajo el cobijo de instrumentos legales, es decir, el derecho es eliminado por el propio derecho;

a través de la emergencia y de la necesidad inferida por el poder estatal y los actores del mercado, altera el orden social y establece uno nuevo, acorde con las exigencias capitalistas. Deja la puerta abierta para criminalizar la manifestación de inconformidad con el sistema económico y político; así como cualquier demanda social.

9. El poder estatal en México materializó jurídicamente los principios del Derecho Penal posmoderno con las reformas constitucionales de junio de 2008 y las reformas legales de enero y febrero de 2009, se actualiza en la praxis el realismo de derecha, el terrorismo de Estado y el estado de excepción, en la política criminal aplicada en México actualmente. Sin embargo, la reforma basó su publicidad únicamente sobre el cambio del sistema penal inquisitorio al acusatorio, con una tendencia hacia el garantismo penal, mediante la implementación de juicios orales. No obstante, de forma paralela se reforzó un derecho penal excepcional en el que no se aplican los principios del garantismo penal.

10. Respecto a las medidas excepcionales propias del realismo de derecha se concluye lo siguiente:

El arraigo atendiendo a las garantías del gobernado y dentro de un sistema acusatorio debe ser actualizado sólo en aquellos supuestos en los que una vez llevada a cabo una eficiente actividad de investigación ministerial, debidamente coordinada con la labor de inteligencia policial, se aplique para aquellos sujetos que desobedezcan los mandatos del Ministerio Público y que este último a su vez tenga un avance importante en su investigación y le falten por afinar aspectos mínimos para lograr que al consignar la averiguación previa ante el órgano jurisdiccional tenga elementos suficientes para ordenar la aprehensión o ratificar la detención de la persona sometida a su jurisdicción; pero de ninguna manera su procedencia para iniciar la investigación, o bien para tolerar la deficiente investigación ministerial.

11. La extinción de dominio constituye un acto privativo (cuya característica es la permanencia), no obstante que se le da tratamiento como acto de molestia, olvidando que estos actos son provisionales. Es materialmente una confiscación, aunque formalmente la Constitución no lo considere así. Se aplica a la persona que tenga derechos sobre el bien objeto de extinción de dominio, independientemente de la participación del sujeto en el hecho ilícito de que se trate, lo que constituye una clara transgresión a la seguridad jurídica del ciudadano y violatorio del principio de presunción de inocencia establecido en la Constitución.

12. Respecto a los testigos protegidos es indiscutible que la autoridad ministerial actualmente prefiere pagar con beneficios a personas que realizan conductas delictivas, para que le den información acerca de los hechos que dichas personas realizan en compañía de otras; y así, poder rendir cuentas positivas en su función de institución procuradora de justicia (que en realidad debe ser de procuración de legalidad).

Con este tipo de acciones se otorgan beneficios a un testigo para que declare hechos que le beneficien y sea totalmente parcial a los intereses de la autoridad que ofrece beneficios a cambio de declaraciones.

La calidad de “testigo protegido” que se le da a una persona en relación con su colaboración en la integración de la indagatoria y posteriormente como medio de prueba en el proceso penal es errónea, ya que por su naturaleza en realidad se trata de una prueba confesional, al ser ésta rendida por una persona que declara sobre hechos propios en los cuales ha intervenido de forma directa, plena, contundente y de manera personal, al realizar o ejecutar los hechos materia de impugnación.

No puede tomarse como indicio lo que en una confesional se arroje como imputación en contra de otras personas, lo único que se puede tomar como prueba es lo que el imputado declare en su contra, en otro tenor, únicamente pueden hacer imputaciones categóricas los querellantes, mas no así los imputados o indiciados; por lo tanto, las imputaciones que efectúan los

testigos protegidos no pueden ser tomadas en consideración y mucho menos se les puede dar valor probatorio alguno, ya que, las mismas normas procesales establecen que únicamente se les puede dar valor probatorio a las declaraciones de confesión en lo que perjudique al imputado; así, ningún testigo puede realizar algún tipo de imputación.

13. El Estado mexicano viola la intimidad de las personas y cierra la posibilidad de lagunas jurídicas en su aparato represivo penal, crea un registro con el cual tiene acceso pleno a cualquier comunicación privada entre particulares de manera detallada, el panóptico es trasladado cínicamente fuera de la institución carcelaria para ser empleado en el grupo social que tenga acceso a telecomunicaciones móviles y fijas. Las comunicaciones privadas dejan de serlo, en razón de estar sujetas a registro pormenorizado y empleado por la autoridad de manera discrecional cuando lo considere pertinente para salvaguardar los intereses del grupo hegemónico en el poder.

14. Respecto a la política criminal en México se concluye:

La política criminal en México a partir de la instauración del sistema ideológico de producción neoliberal, se ha caracterizado por desatender los intereses públicos y sociales, concentrándose en la protección de los intereses de los dueños de los grandes capitales transnacionales.

La política criminal en sentido amplio no debe entenderse sólo en el sentido reactivo y eminentemente penal, sino en la totalidad del control social que es parte de un conjunto de políticas integrantes de la política social y que tienden hacia la prevención general. La prevención tiene como finalidad limitar la posibilidad de aparición de actividades delictivas. La mejora de las condiciones sociales que traigan aparejada el mejoramiento de la calidad de vida de las personas y, por ende, la disminución de la actividad delictiva.

Las medidas que minimicen la penetración en el sistema formal penitenciario y que mantengan al desviado en la comunidad tanto como sea posible, son deseables, los procesos que conducen a la mayoría de las formas

de desviación tienen su origen en la sociedad, y por ende, la prevención y el tratamiento tiene que hacerse dentro de ella y no en instituciones creadas bajo el modelo de intervención individual.

Los programas de política criminal preventiva para que sean efectivos deben buscar a corto, mediano y largo plazo (de acuerdo al grupo social dirigido) la disminución de la brecha de desigualdad social existente, mediante una estructura social que permita tener condiciones reales de acceso a servicios básicos de salud, vivienda, deporte, trabajo, esparcimiento y justicia, e igualmente que esto se refleje en la conciencia individual y colectiva de los integrantes del grupo social al que se dirija.

REFERENCIAS DOCUMENTALES

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, trad. Antonio Gimeno Cuspinera, España, Pre-textos, 2004.
- ALTVATER, Elmar, “Notas sobre algunos problemas del intervencionismo de Estado”, en SONTAG, Heinz y VALECILLOS, Héctor, (Comps), *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, Siglo XXI, 1977.
- ANDERSON, Perry, *El Estado absolutista*, trad. Santos Juliá, 10ª ed, España, Siglo XXI, 2007.
- ANTONY, Serge, *El combate contra el crimen organizado en Francia y en la Unión Europea*, México, PGR, 1995.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer curso de derecho internacional público*, 4ª ed, México, Porrúa, 1999.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, 2ª Ed., México, Mc Graw-Hill, 2004.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, España, Paidós, 1998.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, Trad, José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- CORREAS, Óscar, *Introducción a la sociología jurídica*, México, Fontamara, 1999.
- , “El pluralismo jurídico, un desafío al estado contemporáneo”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, núm, 168, México, UNAM, abril-junio de 1997.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime F, “Redefinición institucional y Estado de derecho”, V *Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1998.
- CARRASCO ARAIZAGA, Jorge, “Al amparo castrense” en RODRÍGUEZ Castañeda, Rafael (Coordinador) *Los Generales. La militarización del país en el sexenio de Felipe Calderón*, México, Editorial Planeta, 2010.
- CHOMSKY, Noam, *Piratas y Emperadores, Terrorismo Internacional en el Mundo de Hoy*, Barcelona, España, Ediciones “B” Grupo Zeta, 2002.

-----, *Poder y Terror, Reflexiones posteriores al 11/09-2001*. 2ª ed, México, Edit. RBA, 2003.

CUEVA DE LA, Mario, *Estudio preliminar*. En Heller, Hermann , *La soberanía*, 2ª ed, Trad. Mario de la Cueva, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1992.

DURKHEIM, Émile, Citado en su prólogo por WACQUANT, Loic, *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Trad. Margarita Polo, Barcelona, Gedisa, 2010.

DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, trad. Eliseo Aja, et al, 3ª ed, Barcelona, Ariel, 1980.

FERNÁNDEZ MENÉNDEZ, Jorge, et al, *La trama negra, (de las redes del narcotráfico a la despenalización de la droga)*, México, Rayuela Editores, 1994.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, 2ª ed, Madrid, Trotta, 2001.

-----, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trad, Perfecto Andrés Ibañez, Trotta, Madrid, 2001.

FOUCAULT, Michel, *Defender la sociedad*, 2ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

-----, *Vigilar y castigar*, 29ª ed, México, Siglo XXI, 1999.

GARCÍA GARCÍA, Guadalupe Leticia, *Derecho ejecutivo penal*, México, Porrúa, 2005.

-----, *Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2010.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977.

GIMÉNEZ, Gilberto, *Poder, estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, 3ª ed. México, UNAM, 1989.

GÓNZALEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano*, 4ª ed, México, Porrúa, 1997.

GORDON, Sara R, "El Programa Nacional de Solidaridad en la modernización del Estado Mexicano" en Carlos M. Vilas (Coordinador), *Estado y políticas sociales después del ajuste*, Nueva Sociedad-UNAM, México, 1995.

HELLER, Hermann, *La soberanía*, 2ª ed, Trad. Mario de la Cueva, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1992.

HENTIG, Hans Von, *La pena, Formas primitivas conexiones histórico culturales*. Madrid. Espasa Calpe, 1968, Tomo I.

HOBBS, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª ed en español, Trad. De Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

HUMAN RIGHTS WATCH, *Ni Seguridad, Ni Derechos, Ejecuciones, desapariciones y tortura en la "guerra contra el narcotráfico" de México*, México, 2011.

JAKOBS, Günther y CANCIO Meliá, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Colombia, THOMSON-Civitas, Universidad Externado de Bogotá, 2005.

JEANNOT, Fernando, *Tercera vía. La nueva economía mixta que impone el pragmatismo*. Plaza y Valdés, México, 2000.

KAPLAN, Marcos, *Aspectos sociopolíticos del narcotráfico*, México, INACIPE, 1992.

KUSNIR, Liliana, *La política social en Europa*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1996.

MAC EWAN, Arthur, *Neoliberalismo o Democracia*, Interpón Oxfam, Barcelona, España, 2001.

MAQUIAVELO, Nicolai, *El príncipe*, México, Patria, 1994.

“MEMORIA QUE ACOMPAÑA EL PROYECTO DE PENITENCIARIA PARA EL DISTRITO FEDERAL Y PRESENTADO AL DIRECTOR DE LA ESCUELA DE BELLAS ARTES, POR EL CUERPO DE PROFESORES DEL RAMO DE ARQUITECTURA DE LA MISMA ESCUELA, ESCRITA POR EL SOCIO ANTONIO TORRES TORIJA; EN MEMORIA DEL AYUNTAMIENTO QUE COMENZÓ A FUNCIONAR EL 5 DE DICIEMBRE DE 1876 Y CONCLUYÓ EL 31 DE DICIEMBRE DE 1877”, Imprenta de Ignacio Escalante, 1878, en *Catálogo de Documentos, Cárcel de Belén (1900-1911)*, México, Gobierno del Distrito Federal, periodo 1998-2000.

MONTEMAYOR, Carlos, Prólogo en ALVARADO, Arturo y SERRANO, Mónica (Coords), *Seguridad nacional y seguridad interior*” Volumen XV, Colección Los grandes problemas de México, México, Colegio de México, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Los orígenes del derecho penal del enemigo*, México, Ubijus, 2010.

- NEUMAN, Elías, *Prisión abierta*, Argentina, Depalma, 1984.
- OLLOQUI, José Juan de, “problemas jurídicos y políticos del Terrorismo; Introducción” *Reflexiones en torno al Terrorismo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, serie de estudios jurídicos número 43, 2003.
- PIÑEYRO, José Luis, *Seguridad nacional y seguridad interior*, en ALVARADO, Arturo y SERRANO, Mónica (Coords), *Seguridad nacional y Seguridad Interior*, Colección Los Grandes Problemas de México, Vol. XV. El Colegio de México, 2010.
- PONT DEL, Luis Marco, *Penología y sistema carcelario*, *Penología*, Buenos Aires, Depalma, 1974, tomo I.
- RAYMOND, Aron, *Paz y Guerra entre las naciones*, Teoría y Sociología, Trad de Luis Cuervo, 8ª ed, Madrid, Alianza Editorial, Tomo I, 1985.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminología*, 8ª ed, México, Porrúa, 1993.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Contratos*, 32ª ed, México, Porrúa, 2008.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social o Principios de derecho político*, México, Porrúa, Sepán Cuantos Núm 113, 2006.
- RUSCHE Georg y KIRCHHEIMER Otto, *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis, 1984.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto y GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, “Del estado del No-Derecho al “Derecho” del Estado Terrorista”, en SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto (Coord), *Control social económico-penal en México*, México, Plaza y Valdés-UNAM, 2008.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, “De la seguridad pública militar en México, al control social militar transnacional”, en SÁNCHEZ Sandoval, Augusto, (Coord), *Seguridad Pública y la Teoría de los Sistemas en la Sociedad del Riesgo*, México, Porrúa, 2007.
- , “La política criminal transnacional posmoderna como terrorismo jurídico y de hecho de los estados” en SÁNCHEZ Sandoval, Augusto (coord.), *Política criminal: La reducción del Estado nacional y las políticas transnacionales de seguridad*, México, UNAM, 2003.
- , *Sistemas ideológicos y control social*, México, UNAM, 2005.
- SCHMITT, Carl, *La dictadura*, Madrid, Revista de Occidente, 1968.

- , "Teología política", en *Estudios políticos*, trad. F. J. Conde, Cultura Española, Madrid, 1941.
- SMITH, Adam, *La riqueza de las naciones*, 5ª ed, México, Publicaciones Cruz O, 1981, volumen II.
- SMOKE, Richard, *National Security and the Nuclear Dilemma*, Random House, Nueva York, 1987.
- TIMASHEFF, Nicholas S, *La teoría sociológica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- TOCORA, Fernando, *Política Criminal Contemporánea*, Bogotá, Temis, 1997.
- TORRES NAFARRETE, Javier, *Luhmann: La política como Sistema*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- WACQUANT, Loic, *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Trad. Margarita Polo, Barcelona, Gedisa, 2010.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *Después del liberalismo*, 4ª ed, México, Siglo XXI, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Argentina, Sociedad Anónima Editorial, 2006.
- , *El derecho penal del enemigo*, México, Ediciones Coyoacán, 2007.

HEMEROGRAFÍA

Revistas.

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, “El delito de terrorismo a nivel nacional e internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho- UNAM*, Primera edición, 2001, Tomo LI, número 236.

GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, “Teoría de sistemas y seguridad pública” *Revista Iter Criminis*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Núm. 1, 1998.

HARDINGHAUS, Nicolás H, “Droga y crecimiento económico (El narcotráfico en las cuentas nacionales)” en *Nueva Sociedad, Revista bimensual*, Caracas, Venezuela, Núm, 102, Julio-Agosto, 1989.

Diarios.

Calderón atestigua préstamo de 10 mil militares a la Policía Federal Preventiva, en *La Jornada*, jueves 14 de diciembre de 2006.

Arranca en los hechos unión de AFI y PFP bajo el mando de Ardelio Vargas, en *la Jornada*, sábado 16 de diciembre de 2006.

DICCIONARIOS

BOBBIO, Norberto, *et al*, *Diccionario de política*, 3ª. ed, México, Siglo XXI, V II. 1985.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, 7ª. ed., México, Porrúa, 2002.

CARPISO MC-GREGOR, Jorge, "Soberanía". *En Enciclopedia Jurídica Mexicana.*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Porrúa, 2002, t. VI p. 465.

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de derecho*, 19ª. ed., México, Porrúa, 1993.

DÍAZ, DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal y términos usuales en el Proceso Penal*, 3ª ed, México, Porrúa, 1997.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia, 21ª. ed, España, Espasa, 2001

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, México, 1998.

NOHLEN, Dieter, *Diccionario de ciencia política. Teorías, métodos y conceptos*, México, Porrúa, 2006.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo ediciones, 1981.

SERRA ROJAS, Andrés, *Diccionario de ciencia política*, 2ª ed, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1999.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

AGUILAR ZINSER, Adolfo, Policía Federal Preventiva en <http://www.diputados.gob.mx/cronica57/contenido/cont10/anali5.htm> consultado el 15 de marzo de 2011.

SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, documento en línea en <http://www.lexweb.cl/media/users/10/523229/files/49917/Schmitt.pdf> Consultado el 15 de marzo de 2011.

Base de datos de fallecimientos de la Presidencia de la República, en www.presidencia.gob.mx/base-de-datos-de-fallecimientos/, consultado el 04 de noviembre de 2011.

35 muertos de Boca del Río serían Zetas: Autoridades, 21 de septiembre de 2011 en Vanguardia en línea. www.vanguardia.com.mx. Consultado el 02 de enero de 2012.

Crea Sedena el Cuerpo de Fuerzas de Apoyo Federal, en el Universal 9 de mayo de 2007.

Derogan diputados registros de celulares, El Diario versión en línea, sábado 3 de marzo de 2012. Consultado el 3 de marzo de 2012.

Exige el IFAI destruir los datos reunidos con el derogado Renault. Trabaja con las secretarías de gobernación comunicaciones para lograrlo, Milenio On line, sábado 3 de marzo de 2012. Consultado el 3 de marzo de 2012.

Nadie puede hacerse justicia por su cuenta: Blake, 14 de octubre de 2011 en Vanguardia en línea. www.vanguardia.com.mx. Consultado el 02 de enero de 2012.

Ordenan destruir datos del Renault, El Universal versión en línea, sábado 3 de marzo de 2012. Consultado el 3 de marzo de 2012.