



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
POSGRADO EN DERECHO**

**LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO DESDE UNA
PERSPECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

**TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:**

MAESTRO EN DERECHO

**PRESENTA:
MIGUEL ÁNGEL GUERRERO LÓPEZ**

**TUTOR:
DR. SANTIAGO NIETO CASTILLO
POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

MÉXICO, D.F. DICIEMBRE DE 2014



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Índice

Introducción	3
Capítulo 1: Nociones sobre derecho	
Apuntes sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	8
Nociones sobre derechos fundamentales	16
Ubicación de la lucha contra el narcotráfico desde la noción sobre derechos fundamentales	34
Capítulo 2: Construcción de la estrategia	
La base: derecho penal del enemigo	59
La guía en la lucha contra el narcotráfico	76
Oportunidad para el rompimiento del paradigma en el Estado de Derecho	94
Capítulo 3: Incorde	
Indicadores de compatibilidad respecto a derechos fundamentales	128
Armonía con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	134
Adecuación constitucional	141
Compatibilidad con derechos humanos	148
Consecución del objetivo	159
Valoración	165
A modo de resumen y ejemplos	168
Capítulo 4: Resultados y secuelas	
Dimensión de la estrategia: resultados y secuelas	174
Sobre la opinión de la estrategia para combatir la inseguridad desarrollada por el gobierno de Felipe Calderón	189
De la contribución de la lucha contra el narcotráfico	194
Si habría otro camino	199
A describir la estrategia	202
De las expectativas con el gobierno de Enrique Peña Nieto	204
Conclusiones	214
Mesografía	217

Introducción

Reflexionar sobre procesos sociales resulta un reto, sobre todo cuando somos partícipes de ese núcleo y, por ende, protagonistas de la historia que buscamos analizar y posteriormente expresar de las más diversas formas, entre ellas, compartirla a través de un texto.

Uno de los principales temas que han estado en la agenda pública, no sólo por la labor desarrollada por los medios de información, las ofertas de los gobiernos en turno o por las banderas ideológicas de las personas que ejercen el poder público, sino por la percepción que se vive en la ciudadanía, la presencia en las pláticas cotidianas de las personas o simplemente por ese sentimiento que vive cada uno en lo individual, es el tema de la inseguridad y el clima de violencia en el país.

Esta problemática, que se convirtió en tema prioritario gobierno para el desarrollo de una política que fuera la guía visible para el gobierno de Felipe Calderón, ha estado siempre en las sociedades y en México no es la excepción; sin embargo, toma relevancia cuando se rompe la asimetría entre la función de Estado con el papel que juegan las personas que identifica como los generadores de ese ambiente de inseguridad.

La lucha contra el narcotráfico toma forma mediática y se desarrolla bajo la construcción de un discurso que busca legitimar toda una estrategia que ha sido delineada desde muchos años atrás y concentra todos sus esfuerzos para ser la panacea y el detonador de la armonía necesaria en una sociedad para su convivencia y el desarrollo, visión que se aleja de la realidad social desde una perspectiva de derechos fundamentales que es la línea de estudio que seguiremos.

Para lograr esto, nos hemos planteado una base teórica sobre la noción de derechos fundamentales para ubicarlos como ese límite que tiene el Estado para su actuación y como generadores de acciones que potencien el desarrollo

de las personas en lo individual y en su conjunto para el avance de la sociedad con la serie de valores y principios que se integran en los ordenamientos normativos sin ser indiferentes a lo que más beneficie a las personas. Ello nos conducirá al análisis de la construcción de la estrategia con base a elementos que identificamos como derecho penal del enemigo y la política de guerra contra las drogas emprendida en los Estados Unidos de América y que adoptamos por una conveniencia en las relaciones de poder que han tenido los gobiernos de estas dos Naciones.

En este punto destacamos la oportunidad para romper con el paradigma del derecho que se basa en el imperio de la ley para el desarrollo de todas las acciones que analizaremos y que, a decir del gobierno en el que hacemos énfasis, el de Felipe Calderón del 2006 al 2012, son para proporcionar la seguridad de las familias ante el flagelo de la delincuencia organizada; oportunidad que centramos sobre un caso paradigmático con la participación del Ejército Mexicano: el de Rosendo Radilla y que estimamos marca la pauta para el desarrollo del Estado Constitucional de Derecho en nuestro país.

Bajo esas consideraciones, surge Incorde, nuestra propuesta de Indicadores de Compatibilidad Respecto a Derechos Fundamentales, el cual, más que un modelo a seguir, buscamos como herramienta de análisis y reflexión sobre las acciones de ejercicio de poder público, desde las normas, hasta la aplicación de las mismas, la ejecución de políticas públicas y la interpretación o resoluciones judiciales, contemplando además el seguimiento e impacto de ellas en esa realidad social de la cual no debe haber un distanciamiento, pues al final es donde se mide el beneficio o perjuicio de las destinatarias de esas acciones, es decir, de las personas.

Con Incorde presentamos cinco indicadores con tres variables cada uno, constituidos, a su vez, con una serie de elementos caracterizados por tomar en cuenta aspectos normativos, de derechos, además fácticos y deónticos; los ejemplos que encontrarán los lectores se basan en los instrumentos empleados en esa lucha contra la delincuencia organizada.

Completa estas reflexiones la dimensión de la estrategia con las secuelas y resultados que presentaremos con base a diagnósticos, estudios y una serie de opiniones de protagonistas de esa política de Estado, emitiendo nuestra percepción sobre el camino equívoco por el que se optó con base a todo lo que expondremos.

Desde un inicio nos propusimos presentar un soporte teórico llevado a un terreno vivo, es decir, de aplicación del mismo para encontrar correspondencia entre las formulaciones académicas y la ejecución que se hace de ellas en actos que inciden en el desarrollo día a día de las personas; además nuestro objetivo inicial fue contrastarlo con la realidad y aportar elementos numéricos que reflejarán los resultados y así nuestras afirmaciones llevaran todo ese sustento; al final del texto nos sentimos satisfechos con ese resultado y con las aportaciones que buscamos formular.

La lucha contra el narcotráfico desde una perspectiva de derechos fundamentales, representa un camino de reflexión, aprendizaje, captar la realidad, intercambio de opiniones, enriquecimiento de pensamientos y, sobre todo, un compartir el interés de asumir actitudes propositivas que nos lleven a la realización de los valores en nuestra sociedad con base al respeto de las personas y no con justificaciones que vayan en detrimento de nuestros derechos.

Gracias a mi má y mi hermosa familia canina,
a mis pilares académicos,
al Dr. Santiago Nieto por su gran influencia.

***Para Mi Eli,
gratitud, motor e inspiración siempre,
eterna compañera de vida.***

CAPÍTULO 1

Nociones sobre derechos

1.1. Apuntes sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el desarrollo de la historia, la organización de la sociedad ha resultado fundamental para avanzar en el alcance de los objetivos que se trazaron al constituirse como núcleo social o, al menos, permitir una convivencia como pauta de una serie de circunstancias relacionadas entre sí que producen consecuencias cuyo impacto se refleja en el desarrollo de ella misma.

Con la reflexión que se presenta en espacios de análisis donde se abordan temas relacionados con el Derecho, suele argumentarse que la organización de un conglomerado social no puede pensarse sin determinados lineamientos, independientemente de la denominación que se les proporcione, es decir, normas, convencionalismos sociales, disposiciones, mandatos, reglas o cualquier otra significación.

Sin embargo, diversos acontecimientos que se presentan como parte de las relaciones sociales, hacen cuestionar sobre la eficacia de esas reglas –o como se les prefiera llamar-, en el desarrollo de su función que, desde la perspectiva que se comenta, consiste en ser guía en el comportamiento de la de las personas para lograr un orden y cumplir sus fines.

La interacción dentro de un núcleo social no sólo se presentan entre seres humanos, pues la propia dinámica que desarrollan ha propiciado la creación de instituciones, las cuales manifiestan el ejercicio del poder con características y atribuciones propias, dependiendo las necesidades y peculiaridades de la sociedad a la que se refiera.

Justo es en ese cúmulo de relaciones, es donde conviene ubicar la importancia de determinadas normas que, sin adoptar una postura epistemológica al respecto, establecen parámetros de la actuación tanto de las personas como de las instituciones configuradas en autoridades. A su vez, esas pautas son justificadas por la existencia de derechos, cuyo significado

adopta connotaciones variadas, dependiendo del análisis teórico del que se ubique en el estudio del Derecho.

Sobre el particular y para seguir la línea de argumentación, Hans Kelsen afirma que es complicado referirse a la esencia de ese Derecho, toda vez que la expresión propiamente designa circunstancias diferentes entre tres nociones que identifica, las cuales se resumen, en primer lugar, a que una persona tiene derecho a comportarse de determinada manera, en tanto la norma no prohíbe su conducta, es decir, se presenta una permisión negativa, ya que expresamente no se le otorga la opción de actuar de forma específica, solamente no establece prohibiciones. En segundo lugar, se refiere a la libertad de realizar u omitir una conducta y, finalmente, a la pretensión de una conducta también de otra persona.¹

La postura de Kelsen puede encontrar un punto de crítica, como lo ha sido de múltiples en el desarrollo de la Teoría Jurídica, pues reconoce la existencia de derechos "...como un mero reflejo de una obligación jurídica, como concepto de un derecho reflejo, puede simplificar como concepto auxiliar, la exposición de una situación jurídica..."² Bajo esa postura coloca al sujeto no como obligado en relación a la descripción de una conducta contenida en norma y objeto de la propia obligación, no lo entiende como persona con derechos, es decir, una persona con obligaciones y que tiene derechos respecto a la prescripción de imperativos para otros sujetos.

A pesar de la crítica formulada, se destaca la existencia de un elemento que resulta indispensable para el desarrollo del tema en estudio, es decir, aparecen los límites de actuación, con independencia de si son producto de una obligación o de un derecho, lo que debe rescatarse es su presencia para ubicarnos en el contexto que llevó a la necesidad de idear elementos que proporcionaran equilibrios en las manifestaciones sociales.

¹ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto J. Vernengo, 16ª edición, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 139.

² Idem., p. 141.

En la construcción de esas formas es preciso centrar la atención, no sólo en las relaciones sociales, sino en las manifestaciones de ejercicio de poder, pues representan el origen de toda una concepción acerca de la protección de las personas, específicamente de sus derechos fundamentales y del establecimiento de límites. En ese sentido, Fernández de Casadevante sostiene que "...los primeros atisbos de protección de los derechos de la persona humana coinciden con el desarrollo del Estado moderno, que plantea por primera vez la limitación del poder del Estado-Corona en relación con sus súbditos en cuanto individuos, siendo el primer derecho reivindicado el relativo a la libertad de opción religiosa."³

Es menester recordar el dominio que ejercía el pensamiento religioso en la determinación de las relaciones sociales, en el desempeño de la función pública, incluso en el desarrollo del conocimiento y la imposición de las normas en el espacio y territorio bajo su influencia, poder que era justificado por una fuente de legitimidad divina. Surge así la exigencia de reconocimiento de los derechos de las personas que, a diferencia de lo que apunta Fernández de Casadevante, no se trata de una protección en estricto sentido de los mismos, sino en la demanda de respeto y reconocimiento para el ejercicio de una libertad religiosa que sirviera para encontrar alternativas allende a esa justificación divina.

"El Estado será fruto de una evolución que se relaciona con la forma de gobierno característica de la Edad Media (de la que toma los principales elementos y nociones) y con la transformación social del tránsito a la modernidad). La primera formulación del Estado será la del Estado estamental, al que seguirá el Estado absoluto, y con él aparecerán las primeras declaraciones positivas de los derechos fundamentales. El Estado absoluto provocará la aparición de tres reflexiones que constituyen el germen de la filosofía de los derechos fundamentales: los límites del poder, la tolerancia y la humanización del Derecho penal y procesal."⁴

³ Fernández de Casadevante Romani, Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Madrid, Ed. Dilex, 2009, p. 63.

⁴ De Asís Roig, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Debate, 1992, p. 40.

El surgimiento del Estado Moderno se estrecha con una manera diferente de concebir las relaciones del Estado y sus diversos instrumentos, como el derecho, en relación con las personas; esa nueva perspectiva se aleja de lo teológico, para encontrar fundamentos, no en la indeterminación de lo celestial, sino en la voluntad de las personas, reivindica al individuo en tanto sujeto de derechos y dota de humanismo a las manifestaciones del poder, es decir, no es una fuente divina la que dictará los mandatos del Estado, sino las personas son las encargadas de encontrar y proporcionar los elementos de ese orden social.

En ese momento, como apunta De Asís, aparece también el aspecto de los derechos fundamentales como límite del ejercicio del poder, toda vez que existía con anterioridad a esta concepción ya una serie de reflexiones sobre la presencia de valores, principio éticos, pretensiones o la denominación que se les atribuya, mismos que deben ser respetados no sólo por las personas, sino por aquellas que encarnan el poder del Estado y lo ejercen.⁵

Con esas consideraciones, se presentan importantes antecedentes como la Magna Carta de 1215, el Acta de *Habeas Corpus* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689 en Inglaterra o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en París en 1789, los cuales tiene como denominador común precisamente ser un elemento de límites al poder con base a un reconocimiento de los derechos de las personas para gozar de determinadas libertades o prerrogativas bajo la idea de ubicar su respeto como factor prioritario en el ejercicio del poder estatal fundamentalmente, pero dirigidas también a las relaciones entre personas.

Ese proceso se enmarca dentro de un esfuerzo interno de cada Estado que, no obstante la consolidación del mismo, presentó severas afectaciones por las condiciones políticas y económicas del concierto internacional de las Naciones.

Los conflictos bélicos, la expansión de territorios o la pretendida imposición de una hegemonía ideológica, han constituido, desde siempre pretextos

⁵ *Ibidem*, p. 39.

revestidos de justificación para las intervenciones armadas que no distinguen fronteras. Los excesos cometidos en la Segunda Guerra Mundial y el saldo trágico que arrojó éste acontecimiento, fueron una oportunidad para reflexionar sobre la necesidad de mecanismos de protección de los derechos fundamentales de las personas más allá de los de carácter interno, pues el reconocimiento de los mismos no fue suficiente razón para evitar que fueran vulnerados de manera sistemática en esa etapa de la historia.

Así comienza a tomar forma lo que se conocerá como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual fue "...forjado a partir de la posguerra, con la aprobación por Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948, esta nueva rama del Derecho ha ido creciendo a partir de la incorporación de nuevos tratados, declaraciones y una nutrida y abarcadora jurisprudencia desarrollada tanto por órganos regionales como internacionales de protección."⁶

Se presenta entonces el fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos entendiendo como tal la protección por organismos internacionales y no solamente por instancias internas, debido a la experiencia suscitada en el segundo conflicto bélico mundial, principalmente, como un detonante que evidenció la violación de derechos fundamentales por parte del Estado. Hitters precisa que el conjunto de normas y principios que recoge el Derecho Internacional de los Derechos Humanos nace "...como consecuencia de la limitación de la soberanía de los gobiernos, a favor de las prerrogativas de la humanidad... El reconocimiento de los Estados del coto que significan los derechos del hombre, es hoy en día una obligación internacional que deben asumir."⁷

Para Héctor Gros Spiell, "...el fenómeno de la internacionalización de la cuestión de los derechos humanos, manifestación específica de la actual

⁶ Carbonell, Miguel, et. al., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, México, Ed. Porrúa, 2002, p. 14.

⁷ Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Argentina, EDIAR, 1991, pp. 174 y 175, t I.

internacionalización de muchos de los asuntos considerados tradicionalmente pertenecientes a la jurisdicción interna y de la ampliación conceptual o material, también llamada vertical, del contenido del Derecho Internacional, ha hecho que el asunto de la protección y garantía de los derechos del hombre, sin dejar de ser una materia esencialmente regulada por el Derecho interno, haya pasado a ser una materia propia del Derecho Internacional.”⁸

Es decir, se trasciende la esfera interna de los derechos fundamentales, para llevarla a una protección de carácter universal, tutela que lleva una extensión también del reconocimiento de derechos, pues, no está por demás precisarlo, hasta el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no existía una consideración general sobre los derechos fundamentales, sino que cada sociedad los adaptaba conforme a sus características. No debe entenderse este aspecto como la imposición de un esquema homogéneo que contenga un catálogo de lo que debe ser considerado como un derecho humano, pues en sí misma la internacionalización busca la tolerancia como un valor que permita el respeto y convivencia de todas las formas de expresión, por lo que esa ampliación de reconocimiento de derechos referida, no es más que la manifestación de existencia de derechos fundamentales que son inherentes a las personas, independientemente de donde se encuentren o sus condiciones.

En este último punto, resulta indispensable señalar que justo con la aparición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se desarrollaron instrumentos que atienden las circunstancias específicas de sectores, con los cuales se busca compensar las desigualdades materiales y culturales, bajo la premisa de reconocer la igualdad con necesidades diferenciadas, es decir, la igualdad en la diferencia; ejemplos de esos instrumentos son la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención

⁸ Citado en Cancado Trindade, Antonio Augusto, et.al., *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 58.

sobre los Derecho del Niño o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Los rasgos característicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se fundamentan en que, a diferencia de los instrumentos que se promovían a nivel internacional que se referían sólo a los Estados, los que surgen ubican a la persona como punto central de su creación, incorporan también no sólo una expansión del reconocimiento de derechos, sino mecanismos de protección y medios de control para garantizar su ejercicio y respeto; Pedro Nikken observa que "... en lo estrictamente jurídico puede constatarse el establecimiento de un conjunto de reglas e instituciones de Derecho Internacional, con fisonomía propia y novedosa y con un propósito definido, que se vincula con el interés del ser humano más que con el de los Estados, y con un ámbito expansivo."⁹

Esa reformulación de la perspectiva sobre el reconocimiento de los derechos, es adoptada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 con 48 votos a favor, cero en contra y ocho abstenciones.¹⁰ El documento puede entenderse como un consenso sobre la necesidad de avanzar hacia una protección internacional de los derechos fundamentales, aunque debe observarse lo que de manera esquemática señala Fernández de Casadevante respecto al contenido de la Declaración: "La segunda de las discrepancias surgió en cuánto al ámbito material de la Declaración Universal, como un reflejo exacto del conflicto ideológico-político presente en la comunidad internacional de aquella época. Las grandes democracias occidentales propugnaron incluir en la Declaración únicamente los derechos civiles y políticos e iniciar el desplazamiento de los derechos humanos desde una materia de competencia exclusiva de los Estados, hacia la internacionalización de los mismos. Por el contrario, los Estados del bloque

⁹ Nikken, Pedro, *La protección internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1997, p. 19.

¹⁰ Las representaciones de los Estados de Arabia Saudí, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Unión Sudafricana, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia se abstuvieron, mientras que Honduras y Yemen ya no participaron en la votación.

socialista pusieron énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales, preservando en todo caso intacta la soberanía estatal y excluyendo cualquier tipo de interferencia internacional en esta materia.”¹¹

Con esas diferencias, la Declaración, sin tener carácter vinculante para los Estados, se ha convertido en un parámetro sobre el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales; de igual forma, constituyó el inicio para la elaboración y adopción de instrumentos de corte internacional primero y a nivel regional en un segundo momento, como lo son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Convención Europea sobre Derechos Humanos, por mencionar algunos.

Ese proceso marcó la pauta para lo que se conoce como Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al cual podemos definir como “... aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano, inherentes a su dignidad.”¹²

De la definición citada y de lo aquí expuesto, se identifica que ese Derecho se conforma por diversos elementos que constituyen sus fuentes, entre las que se encuentran los tratados internacionales, la costumbre, las resoluciones de órganos internacionales y los principios generales del Derecho. Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que establece lo siguiente:

“Artículo 38o

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

¹¹ Fernández de Casadevante, Carlos, op. cit., p. 65.

¹² Idem, p. 61.

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.

Sin lugar a dudas, la fuente que es considerada como principal es la señalada en el inciso a. del artículo citado, toda vez que son instrumentos que han alcanzado el rango de normas internacionales y que son vinculantes para los Estados que las incorporan a su derecho nacional conforme a sus procedimientos internos; sin embargo, no debe soslayarse la relevancia que están adquiriendo las resoluciones de los órganos internacionales que, si bien en muchos de los casos carecen de mecanismos para el cumplimiento de las mismas, lo cierto es que se observa ya un proceso social de exigibilidad para que sean respetadas las decisiones judiciales que emanan de instrumentos de protección internacional de derechos humanos.

1.2. Nociones sobre derechos fundamentales

Señalamos que el discurso de promoción y respeto de los derechos fundamentales adquiere fuerza con este proceso de internacionalización; sin embargo, no debemos perder de vista que su origen se presenta al cometerse diversas arbitrariedades del Estado contra las personas.

Ubicaremos el concepto de derechos fundamentales proporcionando nociones sobre los mismos, no en un aspecto histórico, sino en un sentido de comprensión sobre la importancia que toman como factores determinantes en la

adopción de acciones del Estado y que, paradójicamente, al utilizarlos en su discurso, como efecto primario o secundario, de manera intencionada o no, se vuelven contra ellos. Nuestra intención es destacar lo que consideramos una de sus funciones: actuar como límite al ejercicio del poder público, además de encauzar el análisis sobre el contexto en el que se ubican frente a la lucha contra el narcotráfico y determinar si, a su vez, los derechos fundamentales encuentran un límite, particularmente en las acciones del objeto de estudio.

El surgimiento del Estado Moderno se presenta bajo la forma de una monarquía, no de una democracia representativa; en sus orígenes, además de encontrar una fuente de legitimación que no fuera teológica, tenía frente así una limitación en el ejercicio de sus funciones no como contrapeso, sino como una barrera que le impide actuar en perjuicio de las personas, de esa manera no se tenían poderes públicos omnipotentes, sino un Estado que garantizara el ejercicio de los derechos.¹³

Zagrebelsky observa, en ese entonces, a los derechos como forma jurídica que da la ley, no como sustancia que la determinara, de esa manera, el Estado presentaba una doble dimensión: por un lado un Estado persona encabezado por una sola, a la cual se le atribuía la organización, estructura y plena sujeción de la ley de ese ente; por el otro, un Estado ordenamiento caracterizado por el legislador y el derecho vigente que emitía, donde los derechos no eran una limitación al mismo, sino una concesión y considerados una autolimitación.¹⁴

Ante esa soberanía de la ley (con los derechos que se derivaran de ella), surge la necesidad de oponer una soberanía de los derechos (donde la ley fuera consecuencia de los mismos), pues no existía un control sobre las actuaciones del Estado y sí una discrecionalidad en la forma del ejercicio de gobierno, sin reparar en la satisfacción de las necesidades o respeto de los intereses de las personas que esperaban un cambio como producto de constituir un nuevo esquema de poder.

¹³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, p. 857 y 858.

¹⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 9ª ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 48 – 55.

Robert Alexy, a la soberanía de los derechos que hacemos referencia, la representa como máxima fuerza jurídica, es decir, en lugar de hablar de derechos fundamentales sólo en el marco de las leyes, se afirma ahora leyes sólo en el marco de los mismos.¹⁵ El cambio obedece a que esos derechos deben irradiar y permear valores a toda la actividad del Estado y ser válidos para los actos del poder Ejecutivo, en tanto que son juicios de valor con los cuales el Legislativo crea el marco jurídico y ser tutelados por los órganos jurisdiccionales.

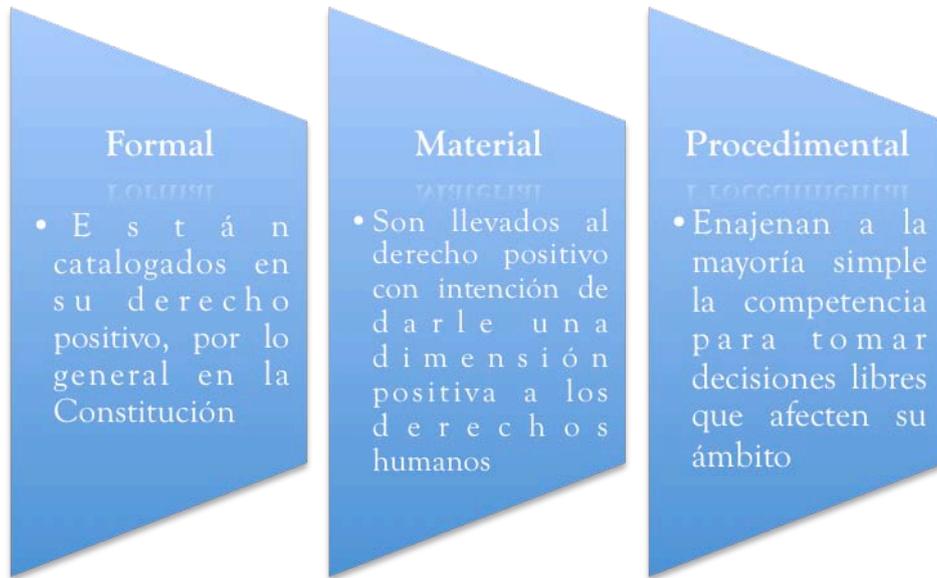
De esa manera se va configurando el límite al ejercicio del poder; sin embargo, antes de abordar esta característica, es preciso que señalemos la definición que adoptaremos sobre derechos fundamentales. Prieto Sanchís afirma que "...los derechos humanos se hallan sometidos a un abuso lingüístico que hace de ellos una bandera de colores imprecisos capaz de amparar ideologías de cualquier color; todos los credos políticos se proclaman adalides de los derechos humanos, y ninguna revolución ni reacción de los dos últimos siglos ha dejado de exhibir en su programa la defensa de los 'verdaderos' derechos del hombre, y, sin embargo, es obvio que no todos encubren los mismos objetivos, ni tienen una misma idea acerca de lo que dicen defender."¹⁶

Para evitar ese abuso y vaguedad en los términos, es preciso apoyarnos en Alexy, el cual reflexiona sobre tres concepciones de los derechos fundamentales que resumimos en la siguiente gráfica:¹⁷

¹⁵ Alexy, Robert, *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*, Neoconstitucionalismo, Obra Compilada por Carbonell, Miguel, Madrid, Trotta, 2004, pp. 33 y 34.

¹⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Estudio sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 19.

¹⁷ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, tr. Carlos Bernal Pulido, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 21 – 30.



A su vez, Santiago Nino, precisa que esos derechos pueden fundamentarse en tres principios básicos:¹⁸

- a. La inviolabilidad, que implica prohibición de imponer cargas a ciertos individuos sin contar con su consentimiento efectivo, siempre y cuando esas cargas sean para beneficio de la mayoría de la población.
- b. La autonomía, es decir, el Estado no tienen derecho para intervenir en los planes de vida de cada persona ni en los ideales que persiga, sino que debe facilitarlos.
- c. La dignidad, la cual pide tratar a las personas de acuerdo a sus conductas y no a sus circunstancias como son su sexo, ideología o raza.

Con dichos autores señalamos la línea que elegimos en el desarrollo de este estudio respecto a derechos fundamentales, es decir, optamos por una postura con una definición construida a partir de los límites que debe tener el Estado respecto a la esfera de las personas, a la igualdad que se le debe

¹⁸ Santiago Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, pp. 109 y 110.

reconocer a las personas en cuanto a la titularidad de esos derechos y a la necesidad de estar contenidos en una “canasta” que el propio Estado crea, no como una condición de su existencia, sino de relación al ese límite de poder estatal.

De esa manera, citamos a Luigi Ferrajoli y la evolución que ha presentado respecto a su concepto de derechos fundamentales. En primer lugar, encontramos la propuesta en su obra *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, donde entiende por derechos fundamentales “...aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad... los derechos fundamentales no son negociables y corresponden a ‘todos’ y en igual medida, en tanto que condiciones de la identidad de cada uno como persona y/o ciudadano.”¹⁹

Apreciamos a los derechos fundamentales en cuanto constitutivos de igualdad y condición necesaria para que las personas se desarrollen; dichos derechos corresponden a todas las personas, es decir, propone que sean universales, pero en correspondencia con su identidad en tanto personas o ciudadanos. Sobre este tema, Luis Prieto Sanchís señala que “...el concepto de derechos humanos comprende dos elementos, uno teológico y otro funcional. De acuerdo con el primero, los derechos se identifican como la traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad... El segundo significa que los derechos asumen una cualidad legitimadora del poder, que se erigen en reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política y, por tanto, para que éstas se hagan acreedoras a la obediencia voluntaria de los ciudadanos.”²⁰

La universalidad de los derechos fundamentales, bajo esta postura, es la base de la igualdad y, su respeto, el desarrollo de una democracia, pues puede medirse el progreso hacia ella en función del acceso a las garantías por parte

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, Madrid, Trotta, 1999, p. 908.

²⁰ Prieto Sanchís, Luis, op. cit., pp. 19 y 20.

de las personas para el ejercicio de sus derechos. Si existe una insatisfacción de los mismos, estaremos frente a un señalamiento que deslegitima el ejercicio del poder y que, como hemos apuntado, encontrará un límite precisamente en los derechos fundamentales, por lo que esa deslegitimación jurídica se dirige al funcionamiento del Estado y de las normas que se producen, de esa manera sus objetivos, desde esta perspectiva no estarán siendo cumplidos.

Reconocemos también piezas claves para la construcción de un Estado democrático de derecho, el cual no impone decisiones, al contrario, se funda en un principio de igualdad donde incluyen las diferencias personales y se excluyen las diferencias sociales, garantizando el ejercicio de los derechos fundamentales. Esa distinción del Estado otorgará la posibilidad de construir una democracia sustancial, que no sólo atienda a lo que establece el Derecho para actuar, sino que busque en su contenido para saber qué no debe hacer como límite al ejercicio de poder, es decir, tomando en cuenta el respeto de los derechos fundamentales.²¹

En la evolución del concepto de derechos fundamentales de Ferrajoli, encontraremos otros elementos a los desarrollados; de esa manera, en Derecho y garantías, la ley del más débil, señala que derechos fundamentales son "...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas."²²

De esta nueva definición surge el contenido de los derechos subjetivos, con una concepción diversa a la expuesta por Kelsen como derecho reflejo de una

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, op. cit., p.p. 864 - 868.

²² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

obligación jurídica, citada líneas atrás; además destaca la previsión de que el contenido de ellos, es decir, las expectativas positivas y negativas, así como el status al que refiere Ferrajoli de los sujetos para ser titular o actor de su ejercicio, debe estar adscrito a una norma jurídica. Los derechos fundamentales actúan entonces como una fuente de legitimación sobre ellas mismas y los poderes públicos, en virtud de que son reconocidos en función de expectativas de las personas sobre determinadas prestaciones o de no sufrir lesiones, además de ejercerlos, lo que está relacionado con el límite del poder y el alcance de la igualdad como ingrediente del desarrollo de la democracia.

La diferencia con el derecho reflejo de una obligación jurídica respecto a los derechos fundamentales, la referimos a la descripción de un operador deóntico, es decir, una conducta contenida en norma en tanto se permite, se prohíbe o se autoriza a cambio de un elemento coactivo que es la sanción. Los derechos fundamentales se reconocen no para sancionar, ni para otorgar permisiones o establecer prohibiciones, ni para autorizar a una determinada autoridad la imposición de un castigo en caso de que no se observe la obligación descrita en la norma; se contiene en una norma porque son una fuente de legitimación o deslegitimación de la misma o del poder del Estado, en función de que sean respetados, no para condicionar su existencia o su validez.

Beuchot sobre este punto afirma: “Muchos partidarios ha ganado el positivismo jurídico, sobre todo por la sencillez y firmeza de su planteamiento. Tiene varias modalidades, pero lo resumiremo los más posible. No hay derechos humanos hasta que sean puestos como derechos fundamentales en la constitución de un país, o en una declaración firmada en varios países (por todos, si fuera posible)”²³; sin embargo, la importancia que se atribuye a la positivización, deriva de la legitimación o deslegitimación que los derechos fundamentales otorgan tanto al Derecho como a los poderes del Estado, es decir, existen con independencia de si una norma los reconoce o no.

²³ Buechot, Mauricio y Saldaña, Javier, *Derechos Humanos y Naturaleza Humana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 14.

Desde luego, esta posición abre la posibilidad de que existan, por llamarlo de alguna forma, niveles o grados de reconocimiento de derechos, dependiendo del poder en turno; sin embargo, el hecho de que un Estado no los reconozca llevándolos al ordenamiento legal para su positivización no quiere decir que no existan, ya que ese proceso es entendido como paso hacia una democracia constitucional fundada en la legitimidad que se proporcione a través del respeto de los derechos fundamentales, es decir, aparece la igualdad como ese ingrediente que contiene el ejercicio y goce de los derechos para todas las personas. En ese contexto, un derecho fundamental no depende del reconocimiento que le proporcione un poder público a través de una norma, sino que es a la inversa, pues estos últimos son dependientes en cuanto a su legitimidad por parte del reconocimiento de aquellos, ya que las personas titulares de los mismos son actores vitales para medir el grado de desarrollo democrático de un Estado.

Basta recordar, como un argumento adicional de esa no dependencia de existencia de los derechos fundamentales al reconocimiento en una norma, que los grandes avances en el tema se presentan como parte de un movimiento de conquistas sociales y no de imposiciones o innovaciones del Estado; por ejemplo, los movimientos feministas, las revoluciones en Francia o América Latina, las luchas obreras, el movimiento ecologista o la organización de los pueblos indígenas; por ello, se puede afirmar que los derechos fundamentales, en el proceso de su positivización no están sujetos al arbitrio del Estado, del gobernante o del operador jurídico.

Es oportuno con esta visión citar a Hervada, el cual nos ilustra en esta diferencia que formulamos: "...la idea de los derechos humanos es la de unos derechos que, por estar fundados en la dignidad de la persona humana, forman un núcleo objetivo de derechos que no están otorgados por el poder y la sociedad."²⁴ Citamos a este autor para anotar que con referencia a la visión del origen de los derechos difiere con la perspectiva de los derechos

²⁴ Hervada Xiberta, Francisco Javier, *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*, Pamplona, Humana Iura, 1991, p. 350.

fundamentales que adoptamos en este trabajo, toda vez que la postura asumida respecto a derechos fundamentales busca una legitimación diversa a un origen teológico como una de las causas de la nueva dimensión de las relaciones del Estado respecto a la persona.

Tanto Hervada como Beuchot llevan a la reflexión de que los derechos humanos ya se tienen y si no se acepta esta postura, es admitir que no se poseen. Sin embargo, en la construcción del proceso, tanto de internacionalización de los derechos fundamentales, como en los efectos de su reconocimiento como fuente de legitimación de los poderes públicos y en las pretensiones positivas o negativas para que no sean lesionados, encontramos antecedentes de exigencia de su respeto alejados de la postura sobre si se detentan o no, si existen o no existen y, más bien, la preocupación la ubicamos en el establecimiento de límites al verse afectada, o con posibilidad de presentarse la afectación, la esfera de derechos fundamentales.

Esta posición nos conduce a afirmar que las personas son consideradas como fin y no el medio, para lo cual existen instrumentos que permiten el ejercicio de sus derechos, ya sea en el reconocimiento en normas, en los límites del Estado o en las obligaciones que surjan con ese acto. Desde esta perspectiva, el elemento central no es el origen de los derechos para su existencia, sino su permanencia en tanto objeto de reconocimiento y respeto.

Los comentarios a la segunda definición de Ferrajoli, podemos agruparlas en sus cuatro tesis en materia de derechos fundamentales, para abordar finalmente su última propuesta de concepto:²⁵

- a. Los derechos fundamentales son para todos los sujetos conforme al estatus que les confiere la norma, no se tienen en exclusión a los demás.

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, op. cit., pp. 42 y 43.

- b.** Los derechos fundamentales, en virtud de corresponder a intereses y expectativas de todos, son el fundamento y parámetro de la igualdad jurídica y de la democracia sustancial.

- c.** Existe una naturaleza supranacional de los derechos fundamentales.

- d.** La relación entre derechos fundamentales y garantías, implica que la ausencia de las segundas no significa inexistencia de los primeros, sino una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, para lo cual debe colmarse la laguna en la legislación.

La última tesis, la relación entre derechos fundamentales y garantías, nos lleva a la reflexión sobre el papel del Estado, no como interventor que determina conductas o impone derechos, sino como garante de los mismos. Bovero apunta de manera acertada lo siguiente: "...tener derechos no basta... los derechos exigen garantías idóneas, que deben ser establecidas y hechas valer eficazmente por el mismo ordenamiento normativo que atribuye derechos. Desde este punto de vista, la existencia de derechos sin garantías parece una especie de aporía dentro de un ordenamiento, que, por un lado, crea expectativas normativas, y, por el otro, las ignora (o no las satisface adecuadamente)"²⁶

Lo anterior no es más que un tránsito en la forma de concebir a un derecho fundamental como dado, a una manera de dimensionar su existencia en el ejercicio del mismo y su exigibilidad, es decir, si no se tienen garantías para ejercerlo no quiere decir que no exista, lo mismo ocurre si no es reconocido en la norma; sobre este punto no cabe discernir sobre su posibilidad de existencia, más bien debe enfocarse a solventar esa carencia de garantías pues, a pesar de que se refleja en un papel, léase norma o ley, un derecho, sino hay mecanismos para que se respeten y no se puedan ejercer, se encontraría en el

²⁶ Bovero, Michelangelo, "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta", en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 227.

terreno del abuso lingüístico al que se hizo referencia sin que se logre el objetivo de maximizar su protección.

La tercera y última evolución del concepto de derechos fundamentales de Ferrajoli, nos la ofrece en *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, donde afirma que “Los ‘derechos fundamentales’ son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar.”²⁷

De esa definición, además de las reflexiones que hemos formulado para las dos propuestas anteriores, se desprenden los siguientes principios del Estado democrático de derecho.²⁸

- Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, es decir, intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas negativas o positivas, pero que sólo son para la persona humana y no para la persona artificial, ya que ésta se convierte en algunos casos en tutela de los derechos fundamentales en tanto sujetos constituidos por el ordenamiento jurídico. Este tipo de derechos no son constituyentes, en oposición a una postura iusnaturalista, sino son producidos por actos: por fuentes normativas.

- Los derechos fundamentales son universales, lo que se traduce que corresponden a todos en condiciones de igualdad en dos sentidos: el primero en una visión jurídica que refiere al estatus de persona natural o humana (por ejemplo el derecho a la vida, a las garantías procesales, a las libertades fundamentales); y una segunda visión de igualdad relativa de los derechos asociados a la ciudadanía o capacidad de obrar (como el derecho a circular o entrar libremente por el territorio nacional, derecho al voto que corresponden a los ciudadanos de un país, o el

²⁷ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, vol. Primero Teoría del derecho, tr. Luis Prieto Sanchís, Madrid, Trotta, 2011, p. 686.

²⁸ *Ibidem*, pp. 697 – 690.

derecho a disponer de los propios bienes que se atribuyen a las personas con capacidad de obrar)

Respecto a la idea de universalidad de los derechos fundamentales encontramos que ahora se presenta como relativa y no absoluta, ya que está determinada por la identidad, ya como persona natural, ya del ciudadano o de la capacidad de obrar como se venía anunciado en las dos obras del autor que comentamos; por ello, la igualdad derivada de esa universalidad será relativa la cual históricamente ha sido marcada por diferencias, limitaciones y discriminaciones que incluyen o excluyen, de las tres esferas de titularidad de derechos, a clases más o menos amplias de seres humanos.

La definición de Principa Iuris sobre derechos fundamentales es la guía de las reflexiones que formularemos con los elementos conexos comentados.

Debemos recordar que justo ese concepto es antecedido por los excesos de la autoridad estatal en el ejercicio de sus atribuciones y que se manifiestan en lesiones a los derechos de las personas, por lo que si existe un papel del Estado, no será como guía hacia lo ideal de lo que considera bueno, ni establecer obligaciones, es decir, no tendrá una característica de intervencionismo, sino que será garante del ejercicio y acceso a esos derechos; bajo esa línea, la garantía del disfrute de los derechos contempla los mecanismos para su exigibilidad y demandar la erradicación o sanción de las acciones que los vulneran, sea por el propio Estado, o bien por otra persona.

Sentadas esas bases, reflexionemos sobre el papel de los derechos fundamentales como límites al ejercicio de poder, para ello, consideramos conveniente retomar la reflexión que formula De Asís, pues refiere que, en su concepción, se discernía sobre establecerlos como autoobligaciones del Estado o bien dotar de mecanismos para garantizar su ejercicio, además de su pleno goce y disfrute.²⁹

²⁹ De Asís Roig, Rafael, op. cit., p. 115.

Es decir, tanto en el aspecto de las autoobligaciones como en el papel de guía del Estado hacia los ideales que se consideran buenos, existe un denominador que es el intervencionismo de la autoridad para determinar el alcance de los derechos fundamentales, lo que se traduce en un otorgamiento de prerrogativas distinto al reconocimiento que se presenta a partir de la positivización de los derechos.

Anotada esa delimitación, será de utilidad referirnos a tres conceptos que hablan de ese límite del poder y que responden a la postura asumida sobre derechos fundamentales.

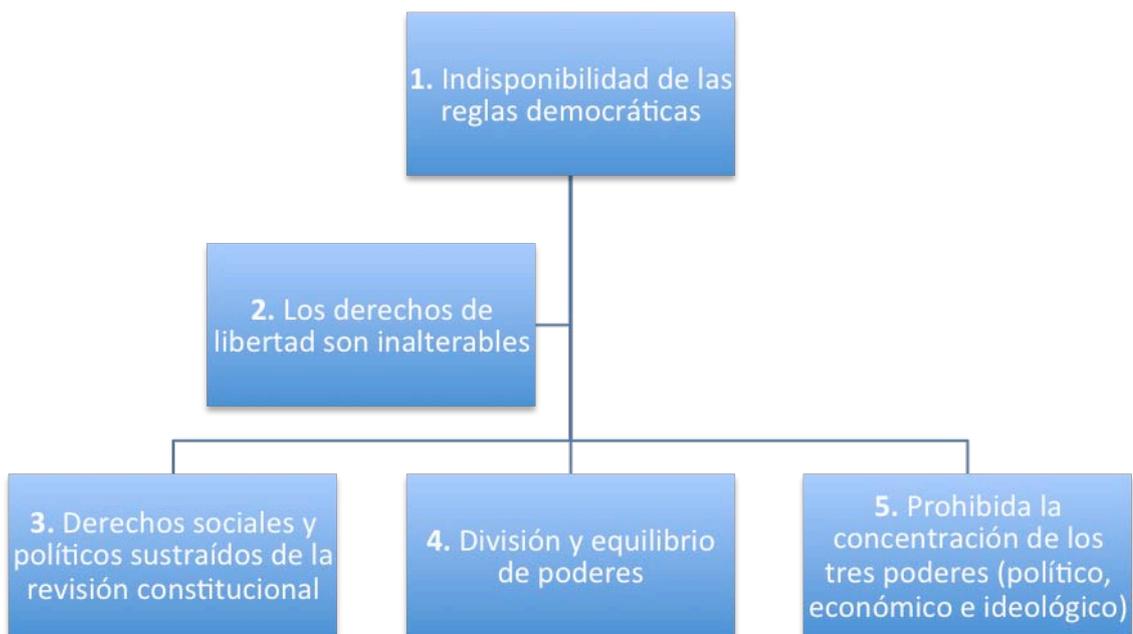
En la siguiente tabla anunciamos esos conceptos:

Territorio inviolable (Bobbio)	<ul style="list-style-type: none">• Los derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria.
Coto Vedado (Garzón Valdés)	<ul style="list-style-type: none">• Ámbito constitucionalmente especificado que incluye valores y principios, cuyo respeto o implementación asegura la existencia de una sociedad homogénea.
Esfera de lo indecible (Ferrajoli)	<ul style="list-style-type: none">• Conjunto de principios que están sustraídos a la voluntad de las mayorías.

Observaremos elementos que coinciden con las razones expuestas para adoptar la definición sobre derechos fundamentales propuesta por Ferrajoli; de igual manera, su reflexión nos permitirá encontrar puntos en común sobre ciertos límites o espacios donde la autoridad, el poder y las mayorías no sólo están impedidos para entrar, sino que incluso están obligados para formular acciones que garantice la permanencia de lo inviolable, lo vedado o lo indecible como lo caracterizaran los autores a los que nos referimos.

Sobre el *territorio inviolable*, Bovero sugiere la existencia de cinco regiones que corresponden a la sexta regla del juego que Norberto Bobbio desarrolla en su Teoría General de Política (capítulo De la ideología democrática a los universales procedimentales), la cual señala que ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la mayoría, particularmente el derecho a convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones.³⁰

Esas cinco regiones las resumimos en la siguiente gráfica:



Las regiones sugeridas por Bovero, en términos generales, refieren la limitación de la autoridad para disponer o alterar los derechos de libertad que implican la posibilidad de elegir al gobierno, es decir, los derechos políticos; además ciertos derechos sociales deben ser también sustraídos de esas mayorías, incluso de la revisión constitucional para que puedan operar como condiciones que permitan, a su vez, ejercer los derechos de libertad, entre esos derechos sociales estarían, por ejemplo, el de acceso a la educación para que se cuenten con elementos para discernir sobre las formas de gobierno a elegir.

³⁰ Para estas reflexiones y las siguientes sobre el *territorio inviolable*, véase Bovero Michelangelo, *Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 31, 2008, pp. 220 – 224.

Un elemento adicional en el *territorio inviolable* es que, protegidos de la autoridad los derechos de libertad y garantizados los derechos sociales, debe existir un equilibrio en el ejercicio del poder y evitar la concentración de los tres que distingue Bobbio (político basado en los medios de coacción, económico que controla los bienes materiales y de producción, y el ideológico que son los medios de información y persuasión), con la finalidad de que no se utilicen en detrimento de los derechos fundamentales.

La relación en el respeto de esas cinco regiones, constituye lo inviolable del territorio para la construcción de una sociedad democrática.

Por otra parte, Ernesto Garzón Valdés define al *coto vedado* como "...aquel ámbito constitucionalmente especificado que incluye principios y valores vinculados con bienes espirituales y materiales primarios, cuyo respeto y/o implementación permite asegurar la existencia de una sociedad homogénea, en el sentido de que cada cual tiene la posibilidad de acceder al goce de bienes primarios."³¹

Las características del *coto vedado* son en dos sentidos opuestos a decir del autor: la prohibición de politizar lo no negociable y la exigencia de asegurar políticamente la realización efectiva de los derechos que intenta proteger. A partir de estas dos direcciones, los rasgos que distinguimos en este concepto son los siguientes:³²

³¹ Garzón Valdés, Ernesto, "Para ir terminando", en Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, México, Fontamara, 2003, p. 43.

³² *Ibidem*, pp. 45 – 48.

Excluye de la negociación política la autonomía de la persona, es decir, todo aquello que pueda lesionar su dignidad.

La imposición mayoritaria relacionada con deseos secundarios, no implica lesión a la autonomía de las personas.

Su respeto asegura un umbral de igualdad para que la negociación política se realice en aproximación de equilibrio de poderes.

Garantiza el ejercicio de la autonomía personal sin intervención del Estado.

En la no negociación política de la autonomía encontramos similitud con la limitación del Estado para no invadir lo que cause lesiones a las personas, es decir, la prohibición de las mayorías para alterar ese espacio. Lo adicional que observamos del *coto vedado* respecto al *territorio inviolable* es el ingrediente de igualdad que surge como una consecuencia del respeto a la regla de no transgresión de los límites impuestos y la garantía para que el ejercicio de la autonomía se presente sin intervención del Estado.

Tanto Bobbio como Garzón Valdés, en sus conceptos, nos marcan pauta para afirmar que, de no respetarse los mismos y tener déficit respecto a su cumplimiento, no podemos sostener una democracia en un Estado, debido a la inexistencia de condiciones que aseguren igualdad de participación y de decisiones de las personas ajenas a la intervención estatal. En este punto, destacamos la coincidencia con las reflexiones anotadas para derechos fundamentales, respecto al enfoque de igualdad como base de la democracia.

Las limitantes señaladas no deben ceñirse al ejercicio del poder público, sino que deben incorporar a cualquier persona que sea potencialmente sujeto activo de esa vulneración de la esfera de los derechos fundamentales; la connotación de limitante del poder del Estado se construye porque las primeras

exigencias de reconocimiento de derechos fueron hacia los actos de autoridad, pero no debe soslayarse que no sólo el Estado puede lesionar derechos, sino también las personas.

Esta anotación es la antesala que justifica la relación entre el *territorio inviolable*, el *coto vedado* y, ahora, *la esfera de lo indecidible* sobre la cual, Ferrajoli precisa lo siguiente: "...los derechos fundamentales circunscriben lo que podemos llamar la *esfera de lo indecidible*: de lo *no decidible que*, o sea, de las prohibiciones correspondientes a los derechos de libertad, y de lo *no decidible que no*, o sea de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales."³³ Las diferencias que el autor encuentra con el *territorio inviolable* y el *coto vedado* se esquematizan de la siguiente manera:³⁴



De esas diferencias podemos afirmar una nueva relación de política-derecho, es decir, mientras Bobbio y Garzón Valdés desarrollan sus conceptos en un ámbito de categoría política, Ferrajoli centra la *esfera de lo indecidible* en el terreno del derecho, permitiendo afirmar que, si se coloca el respeto a esa

³³ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, vol. Primero Teoría del derecho, op. cit., p. 775.

³⁴ Ver Ferrajoli, Luigi, *La esfera de lo indecidible y la división de poderes*, tr. Miguel Carbonell, Revista Estudios Constitucionales, Año 6, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Chile, 2008, pp. 337 – 339, consultado en http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano6_1/Laesfera17.pdf

figura desde un enfoque jurídico, la política debe estar supeditada al derecho, pues en su desarrollo debe observar los derechos fundamentales en él reconocidos. Esa nueva relación configura no sólo el papel negativo de la autoridad en la limitación del poder, sino un rol activo que debe asumir como aquello que no debe dejar de decidir como garantía para el ejercicio de los derechos fundamentales.

Pero no debemos entender que se está haciendo referencia exclusiva al poder político o algunos de los poderes clásicos; más bien, como apunta De Asís, "...por poder habrá que entender todo tipo de fuerza que pueda afectar a ciertas pretensiones o necesidades humanas. La incidencia de esta fuerza dependerá ciertamente de su medida, de ahí que quepa hablar del poder del Estado como uno de los posibles sujetos, eso sí, no el único, que pueden interferir en el disfrute de los derechos."³⁵ Por ello, Ferrajoli incorpora a los poderes privados a diferencia del *territorio inviolable* y del *coto vedado*.

Finalmente, *la esfera de lo indecible* se constituye como un rasgo de la democracia constitucional y no una precondition para la misma, ya que atender las implicaciones de aquella es lo que determinará la igualdad como base de esta, tal como lo sostuvimos en las reflexiones sobre el concepto de derechos fundamentales adoptada.

Las nociones sobre derechos fundamentales que hemos presentado, conducen ahora a centrar el análisis en un objeto de estudio de la investigación como fenómeno determinante para que, los elementos descritos, se encuentren asociados a una evasión, indiferencia o total desconocimiento.

Paradójicamente, su utilización en sentido negativo desde la perspectiva que abordaremos en su oportunidad, ha sido el fundamento para el accionar de los poderes del Estado en busca de una legitimación, no en el grado de respeto y promoción de los derechos fundamentales, sino llevándolos al mínimo de su expresión respecto a un sector social, pero que ha ido en detrimento de las

³⁵ De Asís Roig, Rafael, op. cit., p. 117.

mayoría, no de las que deciden o deben no decidir, sino de las que construyen la democracia sustancial bajo el elemento de la igualdad.

La lucha contra el narcotráfico, además de los tintes preponderantemente económicos, trasciende a lo político, social y cultural, la cual es revestida con significaciones a través de políticas del Estado en ejercicio de su poder y de expresiones normativas que, adelantando juicios, no respetan los derechos fundamentales, ya que no los toman en cuenta. Contra ese fenómeno el poder del Estado se ha concentrado en combatirlo con muchas secuelas a su paso sin que, hasta el momento, logre el objetivo.

La versión de la fórmula Radbruch que Alexy propone en el sentido de que la extrema injusticia no es derecho, al caracterizarla como “Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”³⁶, nos lleva ahora a preguntarnos sobre la justificación de las acciones que en su momento analizaremos de la lucha contra el narcotráfico y de si son razón suficiente para que hablemos, ya no de un límite del poder que constituyen los derechos fundamentales, sino de un límite a los derechos fundamentales y si estos deben respetarse por el Estado aún con personas que están involucradas en este fenómeno o en el problema de la inseguridad pública en general.

Ese es el punto de partida para que ubiquemos la lucha contra el narcotráfico desde la perspectiva de derechos fundamentales.

1.3. Ubicación de la lucha contra el narcotráfico desde la noción sobre derechos fundamentales

La postura que hemos adoptamos sobre derechos fundamentales toma como base los límites al ejercicio del poder por parte del Estado y la premisa de igualdad como elemento fundante de una democracia. Sin embargo, reflexionamos sobre si existe la posibilidad de, a su vez, un límite a esos

³⁶ Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula Radbruch”, en Vigo, Rodolfo L. (coordinador), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, México, Ed. Fontamara, 2008, p. 358.

derechos, es decir, que su concepción no sea absoluta en determinadas circunstancias como en una de las líneas de estudio del presente trabajo, en el caso concreto, de la lucha contra el narcotráfico.

Para ahondar más al respecto, conduciremos el análisis a un panorama general de la actividad del narcotráfico, señalando los rasgos de sus participantes, así como de algunos motivos para la actividad de las autoridades en su contra. Ubicaremos su lugar frente a la noción de derechos fundamentales, aportando criterios sobre si existe la posibilidad de límites de los mismos aplicados a las personas que se encuentran inmersas en ese contexto, además de las propias consideraciones que, tanto en la teoría como en la función jurisdiccional, se han presentado; concluiremos, finalmente, si podemos hablar de límites a esos derechos fundamentales, ya sea aplicados a todas las personas o sólo a algunas con estatus determinado.

Marcos Kaplan realiza una descripción sobre las personas que se dedican al narcotráfico, la cual bien puede presentarse como un breve análisis con enfoque cultural y social acerca del mismo y llevarlo al ámbito político o jurídico, para contar con una descripción mínima en el desarrollo de este fenómeno que, de manera exponencial, ha crecido en los últimos años en nuestro país.

De esa manera, sostiene el autor referido que "...los narcotraficantes surgen en el escenario nacional (e internacional) como grupos sociales, compuestos en términos de clase, estrato, etnia, oficio o profesión anterior, instrucción, procedencia geográfica, edad. Se componen, ante todo, de miembros de sectores declinantes de la clase alta y media, blancos con status tradicional; representantes de familias tradicionales y de posición destacada en lo político, lo empresarial y lo social. Se componen también de comerciantes vinculados al contrabando y otras actividades entre lícitas e ilícitas, conectados con grupos de estratos populares y marginados, desclasados o lumpen, de

variada filiación étnica, acampantes en los bordes de la sociedad oficial, fluctuantes entre la legalidad y la ilegalidad.”³⁷

Ese bosquejo nos permite identificar al narcotráfico como la actividad desarrollada por un grupo social con características en común y asociadas a un factor económico que va, desde la dedicación a esas labores como una forma de ingreso o el mantenimiento de determinado nivel, hasta concebirla como un medio de subsistencia al relacionarla con sectores marginados. Sin embargo, esa idea del narcotraficante se ha desdibujado a través de las diversas acciones del Estado para contrarrestar sus efectos y ahora está colocada en el colectivo imaginario como un estilo de vida de personas a las que se les atribuyen ciertos rasgos en su forma de relaciones sociales que se manifiesta en la forma de vestir, hablar, poseer propiedades, escuchar determinado estilo de música, entre otros estereotipos.

Debemos precisar aquí un aspecto que consideramos una omisión determinante en la política que se ha seguido respecto a combatir a ese fenómeno y resulta también uno de sus efectos contra la noción de derechos fundamentales expuesta en el inciso anterior: los factores sociales, no del grupo en particular, sino de lo que origina la expansión del narcotráfico y el aumento vertiginoso que ha experimentado particularmente en nuestro país, circunstancias que abordaremos en los siguientes capítulos, pero es necesario dejarlas apuntadas.

Siguiendo la línea de ubicar al narcotráfico, Laurie Freeman y Jorge Luís Sierra sostienen que la actividad ha estado presente de manera histórica en México, siendo este un productor de marihuana y heroína destinada al mercado de Estados Unidos de América. Ubican las ganancias que deja, como el motor del interés y desarrollo de los grupos que introducen drogas al territorio estadounidense en el crecimiento de los mismos, pues “...enriquecidos y envalentonados por el lucrativo negocio de la cocaína, los carteles mexicanos

³⁷ Kaplan, Marcos, *El narcotráfico latinoamericano y los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993, p. 111.

empezaron a crecer en términos de sofisticación y poder de corrupción. Intensificaron sus actos de violencia, dejando tras de sí una estela de intimidación, terror y sangre.”³⁸

Justo la violencia atribuida al narcotráfico, es una de las causas del accionar del Estado para emprender una guerra o lucha contra ese fenómeno en nuestro país y una de las razones también para la importancia que se le ha otorgado por parte de las autoridades federales, situándola incluso como un eje prioritario en el ejercicio del poder. Pero esa política pública no es una novedad en la historia de México ni exclusiva de un gobierno en turno, sino que es producto de una continuidad a la que se le modifican formas o modelos en la estrategia contra el narcotráfico, la cual es dependiente de la llevada a cabo por los Estados Unidos y que tiene repercusión no sólo en nuestro país, sino en América Latina.

En su oportunidad, estudiaremos de manera particular esa guía, por lo pronto, destacamos lo que Bruce Bagley afirma al respecto: “...debido a la posición geográfica de México y sus condiciones propicias para el cultivo de narcóticos, los Estados Unidos siempre han deseado que la política mexicana contra las drogas se adhiera lo más posible a la actitud de los Estados Unidos.”³⁹ Como parte de esa política, surge nuestra reflexión cuando se presenta bajo una cuestión de seguridad nacional y el enfoque es el de eliminar cualquier tráfico de drogas, sin poner atención en las causas estructurales de su consumo o que constituye un problema de salud pública que afecta a las personas que las consumen y al entorno social en el que se desarrollan.

Es decir, nos encontramos con la justificación de la lucha contra el narcotráfico como la construcción de un discurso a favor de la seguridad nacional, la cual, a decir de Sánchez Sandoval, se conceptualiza como un conjunto de medios que son utilizados por grupos de poder reales de carácter

³⁸ Freeman, Laurie y Sierra, Jorge Luís, “México, la trampa de la militarización”, en Youngers, Colett y Rosin, Hielén (editoras), *Drogas y democracia en América Latina. El impacto de la política de los Estados Unidos*, Argentina, Biblos, 2005, p. 325.

³⁹ Bagley, Bruce M., “Los mitos de la militarización: las fuerzas armadas en la guerra contra las drogas”, en *Ibidem*, p. 211.

nacional o internacional para desarrollar y mantener un determinado sistema ideológico y de producción, bien dentro del propio país, como en aquellas naciones donde ejercen o pretenden ejercer su hegemonía, "...pero cualquiera que sea el adjetivo que se le coloque a la seguridad, el fin sigue siendo el mismo: el control social, esto es, 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."⁴⁰

Podemos sostener que existe una ausencia en la perspectiva de derechos fundamentales, pues no se dimensiona el problema del narcotráfico asociado a los daños físicos y colaterales en las personas, antes de situarlo como un fenómeno que atenta contra la seguridad nacional, pues esa actividad coloca en el mercado a las drogas para su venta-compra-consumo, lo que incide de manera adversa en la calidad de vida de sus consumidores, por lo que el actuar del Estado debería ir encaminado prioritariamente a la prevención de este fenómeno y ofrecer soluciones a las causas que llevan al consumo.

Bajo el esquema de seguridad nacional, difícilmente puede sostenerse la noción de los derechos fundamentales como límite al ejercicio del poder, ya que si se trata de la justificación de la lucha contra el narcotráfico, como forma de imponer una visión que traduce intereses de la clase dominante o en el poder, se ignora el enfoque colectivo o de igualdad que sustenta la construcción del límite que supondrían los derechos.

Llegamos al punto donde cabe preguntarnos sobre lo admisible de las medidas para eliminar el flagelo de la inseguridad pública que se ha atribuido en gran parte al narcotráfico, las cuales amparadas bajo la persecución del fin de la seguridad nacional, provocan afectaciones contra derechos fundamentales de terceros que no intervienen de manera directa en esa actividad debido a que se extralimita el ejercicio del poder de la autoridad maximizando su aplicación contra los propios derechos fundamentales que

⁴⁰ Sánchez Sandoval, Augusto, "De la seguridad pública militar en México, al control social militar transnacional", en Sánchez Sandoval, Augusto (coordinador), *Seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo*, México, Porrúa, 2007, pp. 97 - 98.

deberían constituir su límite en la medición del grado de avance hacia una democracia en un Estado constitucional.

Para responder a esa interrogante, debemos partir de dos extremos: el primero de ellos es si los derechos fundamentales tienen límites, lo que implica referirnos sobre la dicotomía de si son absolutos o relativos; el segundo es dirigido a la personas que, bajo la visión de la lucha contra el narcotráfico que comentamos, se consideran causantes de daño al pacto social y por ese estatus deben sufrir restricciones a sus derechos fundamentales en determinadas circunstancias.

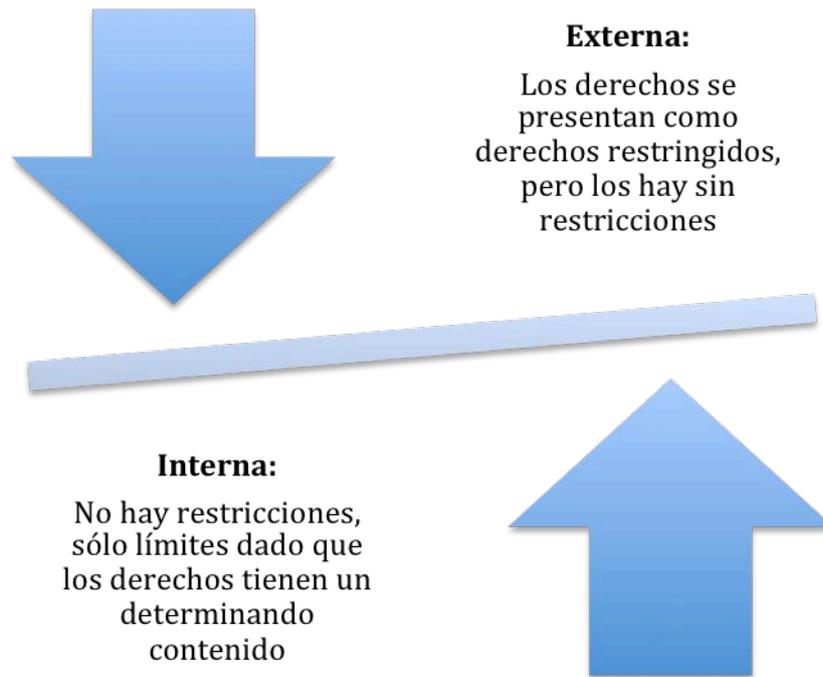
Sobre el primer punto que proponemos analizar, sobre si los derechos fundamentales tienen límites, nos apoyaremos en Robert Alexy⁴¹, el cual sostiene que la sujeción de los derechos a límites o restricciones es un conocimiento evidente o trivial en los diversos ordenamientos de los Estados; sin embargo, en lo que conviene enfocar el análisis es sobre la posibilidad de esas restricciones y de la modalidad de las mismas.

Alexy sostiene que las restricciones a un derecho fundamental "...resultan exclusivamente de la determinación del contenido y alcance permitido de las restricciones como así también de la distinción entre restricción, por una parte, y cosas tales como regulaciones, configuraciones y concreciones, por otra."⁴²

Para tal efecto, reseña dos teorías para abordarlas, a saber:

⁴¹ Para los comentarios sobre las reflexiones que desarrollaremos sobre límites o restricciones a derechos fundamentales, véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 267 – 290.

⁴² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 267



De la teoría externa, destacamos que existen los derechos restringidos, pues aparecen ya en esa forma y los derechos en sí mismos sin restricciones, pero que deben ser compatibles con los otros contenidos en el ordenamiento jurídico en particular. Para ejemplificar lo anterior, nos resulta útil citar lo establecido en el primer párrafo del artículo 1o. de nuestra Constitución Política:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

En el texto constitucional se reconocen los derechos fundamentales y también la posibilidad de restricción de los mismos, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que el propio ordenamiento establecerá, es decir, podemos encontrar los derechos en sí mismos y los derechos restringidos que sostiene la teoría externa. Dejaremos para más adelante la postura que sobre este respecto han tomados los órganos jurisdiccionales de nuestro país.

Para el caso de la teoría interna, es correcto hablar de límites y no de restricciones, ya que parte de su contenido como elemento sustancial de la integración del derecho. Conviene abordar en este punto dos criterios de la Primera Sala de la SCJN sobre el contenido de los derechos y de cómo se pueden configurar como límites en sí mismos.

El primero de ellos se refiere al derecho a la libre autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas contemplado en el artículo 2o. de la Constitución, donde el órgano jurisdiccional reconoce el límite del alcance de ese derecho a su contenido, al señalar que el ejercicio de la autonomía para decidir sus formas internas de convivencia y organización tanto social, económica, como política y cultural, debe realizarse de tal forma que asegure la unidad nacional:

**“DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y
COMUNIDADES INDÍGENAS. SU LÍMITE CONSTITUCIONAL.**

El artículo 2o., inciso A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. Sin embargo, tal derecho no es absoluto, pues el propio precepto, en su quinto párrafo, lo acota al señalar que éste se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. Además, el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas no implica una disminución a la soberanía nacional y menos aún, la creación de un Estado dentro del Estado mexicano, ya que tal derecho debe ser acorde con los artículos 40 y 41 de la Constitución Federal y con la iniciativa de reformas al artículo 2o. constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001. Esto es, el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, no implica su independencia política ni su soberanía, sino sólo la posibilidad de elegir libremente su situación dentro del Estado mexicano, que no conduce a su disolución, sino al reconocimiento del derecho fundamental de los pueblos que lo componen para determinar su suerte, siempre y cuando se preserve la unidad nacional.”⁴³

⁴³ Tesis 1a. XVI/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 114.

El otro criterio tiene que ver con reconocer la no existencia de restricciones o límites por el propio contenido del derecho fundamental que, estima la Primera Sala de la SCJN, contempla el derecho a no ser objeto de tortura, apoyándose incluso de un control convencional y catalogando a este derecho como absoluto, cuyo respeto no admite excepciones:

“TORTURA. OBLIGACIONES DEL ESTADO MEXICANO PARA PREVENIR SU PRÁCTICA.

Con fundamento en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, el Estado Mexicano tiene las siguientes obligaciones para prevenir la práctica de la tortura: establecer dentro de su ordenamiento jurídico interno la condena a la tortura como un delito, sea consumada o tentativa; sancionar tanto al que la comete como al que colabora o participa en ella; detener oportunamente al torturador a fin de procesarlo internamente o extraditarlo, previa investigación preliminar; sancionar con las penas adecuadas este delito; indemnizar a las víctimas; prestar todo el auxilio posible a todo proceso penal relativo a los delitos de tortura, incluyendo el suministro de toda prueba que posean; y prohibir que toda declaración o confesión que ha sido obtenida bajo tortura sea considerada válida para los efectos de configurar prueba en procedimiento alguno, salvo contra el torturador. Además, la integridad personal es el bien jurídico cuya protección constituye el fin y objetivo principal para prohibir la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes, lo cual también se encuentra previsto en los artículos 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esto es, el derecho a no ser objeto de tortura, penas crueles o tratos inhumanos o degradantes es un derecho cuyo respeto no admite excepciones, sino que es absoluto y, por ende, su vigencia no puede alterarse ni siquiera durante una emergencia que amenace la vida de la nación.”⁴⁴

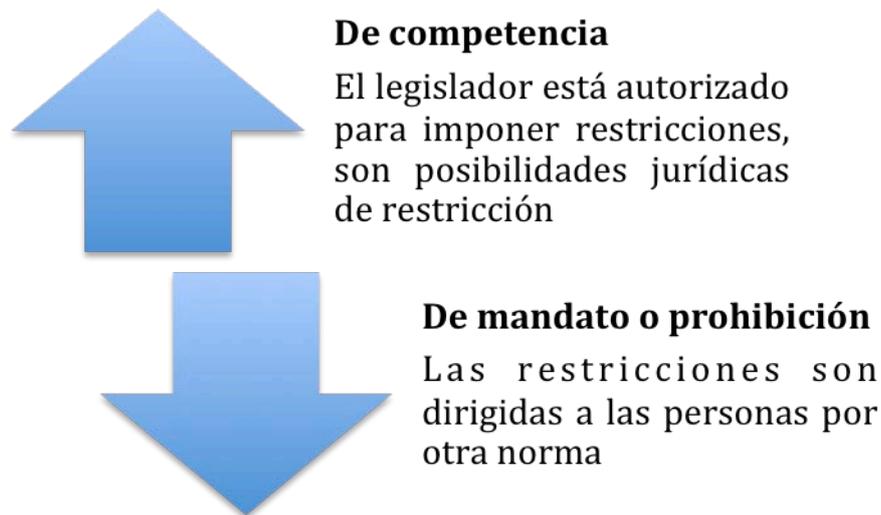
De esos criterios, podemos afirmar que si bien contemplan la existencia o no de límites a los derechos fundamentales por su propio contenido, no implica que adopten la postura de los derechos presentados en forma de restricción, en congruencia con la teoría interna que expusimos. Sin embargo, debemos destacar que esos límites operan dentro de un marco constitucional, es decir, acepta que la propia Constitución prevé la posibilidad de su limitación; en este punto es donde sostenemos su acercamiento con la teoría externa, pues si

⁴⁴ Tesis 1a. CXCII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, noviembre de 2009, p. 416.

tomamos como ejemplo lo establecido en el artículo 1o. del texto constitucional, se reconocen derechos fundamentales y también la posibilidad de su restricción.

No es pretensión nuestra aportar elementos a favor de una u otra teoría de las restricciones que refiere Alexy, más bien encontrar coincidencia en las mismas con base a los ejemplos citados. Lo común se constituye con la mención del autor citado respecto a que todas las restricciones o límites a los derechos fundamentales deben ser normas constitucionales, criterio adoptado en el aludido artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Determinado lo anterior, estimamos oportuno precisar que Robert Alexy distingue dos tipos de estas normas que restringen derechos fundamentales:⁴⁵



De esas normas, las que resultan de interés para nuestro estudio son las primeras, pues si bien las restricciones derivadas de normas de mandato o prohibición son las que el propio ordenamiento jurídico prevé a través de otra norma, las de competencia establecen la posibilidad para que el legislador determine las restricciones a los derechos fundamentales.

⁴⁵ Crf. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp.272 – 274.

Desde luego, esa decisión no debe estar sujeta a la discreción o arbitrariedad; sobre el particular, resulta interesante citar los parámetros que, conforme a los criterios jurisprudenciales adoptados por órganos jurisdiccionales en nuestro país, debe atender el legislador para determinar una restricción y considerarla válida por el juzgador.

En la siguiente jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN, se establecen cinco requisitos para que las restricciones a los derechos fundamentales decididas por el legislador sean válidas:

“RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.

Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la

consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.”⁴⁶

Con esos elementos, tenemos que cualquier restricción a derechos fundamentales que determine el legislador debe ser:

- a. Admisible constitucionalmente, es decir, que la propia Constitución la prevea;
- b. Necesaria, en el entendido que el fin buscado con la restricción no puede alcanzarse por otros medios y debe ser idónea respecto a lo que se busca;
- c. Proporcional, lo que se traduce en una correspondencia entre el objetivo de la restricción y la afectación a los derechos fundamentales, pues esta última no debe implicar un efecto desmedido y perjudicial contra los valores contenidos en los derechos para conseguir un fin a costa de la protección constitucional que se les reconoce;
- d. No contraria a la ley, incluidas las normas internacionales, obligando a actuar con los alcances y límites de las facultades para emitir la restricción y sin establecer situaciones que atenten contra el ordenamiento jurídico que reconoce derechos fundamentales, y
- e. Compatible con la naturaleza de los derechos reconocidos en la Constitución, para asegurar una convivencia armónica y democrática de la sociedad, como uno de los fines del establecimiento del orden jurídico.

Hacemos notar nuestro interés por las restricciones que se derivan de normas de competencia, pues como posibilidades jurídicas, deben cumplir los requisitos enunciados para que el legislador y no el operador jurídico (ya sea como ejecutor de leyes, aplicador de política pública derivada de norma o

⁴⁶ Tesis 1a. /J.2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, febrero de 2012, p. 533.

revisor de su apego constitucional) debe cubrir para justificar la restricción a un derecho fundamental.

En ese marco, dejamos sentadas las bases de lo que será la respuesta al segundo extremo planteado sobre si las personas involucradas en la lucha contra el narcotráfico y que, bajo ese enfoque, se consideran causan daño a la sociedad y por esa condición deben sufrir restricciones a sus derechos fundamentales. Antes de abordar este punto, consideramos necesario precisar que, bajo la concepción de admitir restricciones a los derechos fundamentales, debemos entender que estos no son absolutos, sino relativos, situación que la SCJN ha dejado asentado en la resolución de diversos casos, apoyada en los propios preceptos constitucionales.

Sobre el particular, Jaime Cárdenas apunta: "...si decimos que los derechos humanos tienen un carácter absoluto, eso podría implicar que un derecho humano podría desplazar a otros derechos humanos, lo que no parece ser correcto, es preferible pensar que absoluto hace alusión a que los derechos humanos son las exigencias más fuertes dentro del sistema normativo y que, por tanto, están por encima de otros derechos e intereses que no tienen ese carácter."⁴⁷

Al admitir restricciones los derechos fundamentales, adquieren el carácter de relativos, en el entendido que se presentan como derechos en sí, sin restricciones, pero que deben ser compatibles con otros que se reconozcan en el ordenamiento jurídico, tal como señala la teoría externa que analizamos líneas atrás.

El atribuirles el adjetivo de relativos, no significa que tenemos grados de importancia en los derechos fundamentales o de prelación en los mismos, sino que, como lo denomina Alexy, encontramos mandatos de optimización al mandar cumplirse en la mayor medida posible tanto fáctica como jurídicamente, por lo que sus límites o restricciones son presunciones de que, en el

⁴⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al Estudio del derecho*, México, Nostra Ediciones, 2009, p. 234.

ordenamiento jurídico donde se reconozcan, existirán conflictos con otros, para lo cual se deberá atender a un ejercicio de resolución conforme a la ponderación sobre los valores o bienes que tutelan y a los cinco requisitos que señalamos para el caso de que el legislador aplique la posibilidad de restricción a un derecho fundamental. Con esos elementos, en su caso, el juzgador debe cuidar que lo relativo del derecho, no sea una restricción de carácter arbitrario o discrecional que atente contra un derecho poniendo encima otro.

Precisamente esta idea de lo no absoluto de los derechos fundamentales aceptando su calidad de relativo, fue adoptada en una tesis del Tribunal Pleno de la SCJN que citamos a continuación:

“CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA.

Los derechos fundamentales, siendo en su definición más básica pretensiones jurídicas destinadas a establecer los límites que los representantes de los ciudadanos no pueden traspasar en el desarrollo de sus responsabilidades normativas, no son en sí mismos ilimitados. En efecto, su estructura normativa típica no es la propia de las reglas -normas jurídicas con condiciones de aplicación razonablemente detalladas y determinadas, que se aplican mediante razonamientos subsuntivos- sino la que caracteriza a los principios, que son imperativos jurídicos con condiciones de aplicación definidas de modo muy abierto, lo cual los destina naturalmente a entrar en interacción, en los casos concretos, con otras normas con contenidos jurídicos que apuntan en direcciones no idénticas. Es por eso que suele decirse que los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización, porque su protección y reconocimiento en los textos constitucionales presuponen naturalmente que sus exigencias normativas entrarán en conflicto con otras en los casos concretos, supuesto en el que será necesario desarrollar un ejercicio de ponderación para articular el resultado de su aplicación conjunta en esos casos. Así, en las democracias constitucionales actuales la resolución jurídica de los conflictos que involucran derechos fundamentales no parte cada vez de cero, sino que el sistema jurídico contiene un abanico más o menos consensuado de reglas o criterios que expresan lo que puede o no considerarse un equilibrio adecuado entre ellos en distintos contextos o escenarios aplicativos. Así, algunas de estas reglas están consagradas expresamente en los tratados de derechos humanos o en las Constituciones mismas, y otras se van explicitando a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos aquellos en los que se juzga la constitucionalidad de los límites a los derechos incluidos en las leyes. De ahí que el legislador es competente genéricamente para emitir normas que regulan y limitan derechos, pero no puede hacerlo como prefiera, sino bajo determinadas

condiciones relacionadas tanto con fines como con medios, en tanto que su labor normativa -llegado el caso- debe ser cuidadosamente examinada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para garantizar que los límites que de ella derivan estén justificados por la necesidad de proteger a su vez derechos e intereses constitucionalmente amparados, y no haya sido adoptada sobre bases arbitrarias o insuficientemente sensibles a su impacto en las condiciones de goce del derecho involucrado.”⁴⁸

Para ejemplificar la postura del carácter relativo y no absoluto de los derechos fundamentales que se ha seguido en la función jurisdiccional de nuestro país a partir de la interpretación de preceptos constitucionales, realizando un control convencional o de una interpretación conforme a la Constitución de disposiciones legales, consideramos oportuno mencionar dos criterios en ese sentido:

“RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVÉ UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS.

La libertad de trabajo no es absoluta y, como otros derechos fundamentales, admite restricciones. El juez constitucional al analizar esas restricciones para determinar si son válidas o no, debe comprobar que éstas satisfagan tres requisitos: a) que sean admisibles constitucionalmente, b) que sean necesarias, y c) que sean proporcionales. Si atendemos a que la práctica de la medicina no puede permanecer ajena a una regulación o control por parte del Estado, ya que el ejercicio de esta profesión necesariamente implica la probabilidad de afectación de derechos de terceros, entendemos que el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud, satisface el primero de los requisitos antes señalados al ser en principio una restricción de aquellas que son admisibles en el artículo 5o. constitucional. Asimismo, satisface el segundo requisito, pues dicha regulación que puede considerarse como una restricción al derecho al trabajo para el ejercicio profesional de los médicos, se encuentra justificada y es necesaria para garantizar el derecho a la salud, que puede comprender de manera específica el establecimiento de medidas para garantizar la calidad de los servicios de salud, al concretarse a exigir a los médicos que quieran practicar cirugías estéticas y cosméticas a que satisfagan condiciones mínimas necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología; y que las realicen en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, es decir, a que ofrezcan servicios médicos de calidad, lo cual claramente protege el derecho a la salud. Finalmente, la medida prevista en el artículo 271, segundo párrafo, de la Ley

⁴⁸ Tesis P. XII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 23.

General de Salud, satisface el tercer requisito de análisis para las restricciones a los derechos fundamentales, ya que es proporcional porque el grado de restricción sobradamente es compensada por los efectos benéficos que tiene desde una perspectiva preocupada por garantizar la práctica de las cirugías estéticas y cosméticas bajo los parámetros de profesionalización y calidad que garantizan la protección de la salud de los pacientes.”⁴⁹

“CENSURA PREVIA. EXISTE CUANDO LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA SUJETA, DE MANERA ANTICIPADA, LAS EXPRESIONES QUE SE HACEN EN LA PROPAGANDA POLÍTICA, A UNA RESTRICCIÓN DISTINTA A LAS PREVISTAS EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

Los artículos 6o y 7o, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 19, párrafos 2 y 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 38, párrafo primero, inciso p), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, reconocen el derecho fundamental a la libertad de expresión; la Sala Superior ha interpretado que el ejercicio de esa libertad, en el contexto del debate político, en el que se inserta la propaganda electoral, se maximiza, al ser un instrumento esencial en la formación de la opinión pública, y propiciar las condiciones para una elección informada, libre y auténtica; el cual no es absoluto, tiene límites reconocidos en el propio orden constitucional y legal, a saber: el respeto a la moral, los derechos de terceros, la paz social y el orden público. En esta tesitura, al reconocer la trascendencia de tal derecho fundamental, tanto el orden jurídico nacional como el comunitario coinciden en establecer la restricción a las autoridades competentes de implementar mecanismos para excluir, en forma previa, expresiones que se profieran en el marco del debate político, por ello, las autoridades administrativas no pueden, en ejercicio de la facultad reglamentaria que tienen reservada a su favor, adicionar otras limitantes respecto de ese derecho humano que impliquen un examen previo en cuanto a la veracidad de lo expresado, como sucede cuando a través de un acuerdo general se exige que las manifestaciones vertidas en la propaganda electoral, se realicen "con sustento o apoyo" o alguna prevención similar, en tanto, ello implica apartarse de lo previsto en la Constitución, los tratados internacionales y la ley.”⁵⁰

Ahora bien, llegamos al segundo extremo propuesto que versa sobre las personas involucradas en la lucha contra el narcotráfico y que por esa condición sufren restricciones a sus derechos fundamentales, adicionando un elemento a partir de las reflexiones que hemos formulado: si son admisibles las restricciones por el hecho de considerarse partícipes de esa actividad y

⁴⁹ Tesis 1a./J. 51/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, abril de 2009, p. 507.

⁵⁰ Tesis XII/2009, Sala Superior, *Gaceta Electoral*, Cuarta Época, Año 2, No. 4, 2009.

representar uno de los objetivos de la lucha que emprenden las autoridades en su contra.

Para asumir postura debemos precisar dos situaciones: la primera es la noción adoptada sobre derechos fundamentales que se asocia como límite del ejercicio de poder, lo que implica una sujeción de la ley y de las actuaciones del Estado a los derechos, evitando la arbitrariedad o discrecionalidad propia de imposiciones que ignoran los valores tutelados en los ordenamientos jurídicos, es decir, la noción de la que partimos es base para la construcción de un sistema democrático donde la igualdad como pilar en el reconocimiento de derechos, es el punto de partida para la promoción, reconocimiento y respeto de los mismos.

La segunda circunstancia es que los derechos fundamentales no son absolutos, sino relativos, lo que se traduce en la admisión de sus límites o restricciones, pero la relatividad se refiere a esquemas previstos en el propio texto constitucional como posibilidades de restricción de aquellos, cuya facultad es atribuida al poder en el que recae la función legislativa.

Es decir, que aplican para todas las personas conforme al estatus que les confiere la norma y de acuerdo a las posibilidades de restricción que en ella también se contempla. En los siguientes esquemas, ejemplificamos algunos casos donde la propia Constitución prevé derechos fundamentales en sí, posibilidades jurídicas o restricciones de ellos:



Libertad de imprenta (Art. 7o.)

Restricciones: respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública

Protección de datos personales (Art. 6o., fr. II)

Restricciones: términos y con las excepciones que fijen las leyes

Respeto a derecho de petición (Art. 8o.)

Restricciones: formulado por escrito, de manera pacífica y respetuosa

Bajo ese entendido, afirmamos que las personas involucradas en la actividad del narcotráfico o en las conductas presuntamente delictivas que se derivan de ellas y que se combaten en aras de la seguridad nacional y para proporcionar seguridad pública a la sociedad, están sujetas a las restricciones de los derechos fundamentales, en función de su carácter relativo y no absoluto como lo entendemos; sin embargo, no aceptamos bajo esta perspectiva, que por la calidad atribuida a ellas, se les asignen restricciones o limitantes adicionales a sus derechos, es decir, sin cumplir las condiciones de admisibilidad constitucional, ser necesarias, proporcionales, no contrarias a la ley y congruentes con la naturaleza de los propios derechos fundamentales.

Además, si esas restricciones son aplicadas por el Estado en su carácter de ejecutor de una política pública, resultan incompatibles con la noción de derechos fundamentales a la que hemos hecho referencia y que resulta la base de un Estado constitucional, ya que la posibilidad jurídica de la restricción a los derechos prevista por la Constitución y conferida al legislador, es injustificadamente adoptada por la autoridad para transitar de una posibilidad de restricción, a una ilegal restricción de derechos fundamentales.

En los capítulos siguientes ilustraremos esta situación y apoyaremos nuestra postura derivado de las acciones del Estado en la lucha contra el narcotráfico. Por el momento, nos limitamos a señalar la carencia de una

perspectiva de respeto a derechos fundamentales y de la extralimitación de la autoridad frente a lo que estudiamos respecto al territorio inviolable, coto vedado o esfera de lo indecible, es decir, existe una ignorancia plena a la limitante al ejercicio del poder que representan los derechos fundamentales y se malversa el carácter relativo de los mismos, propiciando que sus posibilidades de restricción sean pretexto para que se vulneren sin apego a la norma constitucional, a los estándares internacionales sobre la materia y bajo el amparo del fin de la seguridad nacional como medio de justificar las omisiones que no son propias de una democracia que se concibe bajo la noción de derechos fundamentales descrita.

Esta situación resulta en una paradoja por dos motivos: uno es que el ente que debe garantizar el acceso a los derechos, es el que impide su ejercicio o traspassa la frontera de su respeto; el otro es que no sólo se presentan contra las personas que, a decir de él mismo, dañan a la sociedad por ser participar de actividades delictivas como lo es el narcotráfico o el mosaico de conductas del fenómeno de la inseguridad pública, sino que tiene efectos contra personas que son víctimas tanto de esa problemática, como de las acciones del propio Estado.

Es coincidente nuestra visión con un criterio jurisprudencial del Tribunal Pleno de la SCJN respecto a la labor del Estado en el tema de la seguridad pública en lo que en ese entonces la Constitución denominaba como garantías individuales, donde no se acepta que, bajo pretexto de la seguridad pública ,se atentara contra lo que la norma establecía para su protección:

“SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.

Del análisis sistemático de los artículos 16, 21, 29, 89, fracción VI, 129 y 133, de la Constitución, así como 2o., 3o., 5o., 9o., 10, 13 y 15, de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública; 1o., 2o., 3o., 10 y 11, de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y 1o., 2o., 9o. y 10, de la Ley Orgánica de la Armada de México, se deduce 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 gobernados. El examen de los diferentes preceptos citados, con los demás elementos que permiten fijar su alcance, lleva a concluir que, jurídicamente, los conceptos de garantías individuales y seguridad pública no sólo no se oponen sino se condicionan recíprocamente. No tendría razón de ser la seguridad pública si no se buscara con ella crear condiciones adecuadas para que los gobernados gocen de sus garantías; de ahí que el Constituyente Originario y el Poder Reformador de la Constitución, hayan dado las bases para que equilibradamente y siempre en el estricto marco del derecho se puedan prevenir, remediar y eliminar o, al menos disminuir, significativamente, situaciones de violencia que como hechos notorios se ejercen en contra de las personas en su vida, libertad, posesiones, propiedades y derechos. Por ello, sería inadmisibles en el contexto jurídico constitucional interpretar la seguridad pública como posibilidad de afectar a los individuos en sus garantías, lo que daría lugar a acudir a los medios de defensa que la propia Constitución prevé para corregir esas desviaciones. Consecuentemente, por el bien de la comunidad a la que se debe otorgar la seguridad pública, debe concluirse que resulta inadmisibles constitucionalmente un criterio que propicie la proliferación y fortalecimiento de fenómenos que atenten gravemente contra los integrantes del cuerpo social, así como de cualquier otro que favoreciera la arbitrariedad de los órganos del Estado que, so pretexto de la seguridad pública, pudieran vulnerar las garantías individuales consagradas en el Código Supremo. Por tanto, debe establecerse el equilibrio entre ambos objetivos: defensa plena de las garantías individuales y seguridad pública al servicio de aquéllas. Ello implica el rechazo a interpretaciones ajenas al estudio integral del texto constitucional que se traduzca en mayor inseguridad para los gobernados o en multiplicación de las arbitrariedades de los gobernantes, en detrimento de la esfera de derecho de los gobernados.”⁵¹

Lo que queremos dejar de manifiesto es que personas a las que se les atribuye participación en actividades del narcotráfico son sujetas a las restricciones de sus derechos fundamentales como cualquier integrante de la sociedad bajo las posibilidades jurídicas establecidas en el texto constitucional; pero resulta incompatible que se sometan a restricciones adicionales por esa característica, máxime cuando la propia Constitución reconoce, en el caso concreto, el principio de presunción de inocencia el cual implica, conforme al artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos lo siguiente:

“8.2 Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no establezca legalmente su culpabilidad Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías

⁵¹ Tesis P. /J.35/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p. 557.

mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

Como mandato de optimización, este derecho fundamental debe ser realizado por parte de toda autoridad y, en tratándose de las personas de las que hablamos, cumplirse hasta que la sentencia esté firme conforme a los procedimientos judiciales que para tal efecto se establecen. De otra manera, las restricciones a sus derechos fundamentales deben ser las mismas que se prevean como posibilidades en la propia norma constitucional, cualquier otra será sólo por la arbitrariedad y discrecionalidad de las autoridades que las impongan.

Pensemos en una situación final: si a las personas asociadas a las actividades del narcotráfico o de la inseguridad pública en general, se les comprueba su participación, se declara su culpabilidad y se confirma con la sentencia firme, por esa circunstancia, ¿cabría o no aceptar restricciones a sus derechos fundamentales adicionales a las previstas en la norma?

Nuestra reflexión, con los elementos aportados, sostiene que no es aceptable, aunque llamamos la atención que dentro del propio texto constitucional existen esas posibilidades de restricción contra las personas

referidas, incluso, sin que se llegue a los supuestos de la sentencia firme que mencionamos. Lo anterior, más que responder a si por estar previstas en la norma son aceptables, debe cuestionarse si cumplen con los requisitos para que la restricción a un derecho fundamental se considere válida, pues desde nuestra perspectiva no respetan la naturaleza de los mismos en situaciones concretas.

Por citar ejemplos de esos casos, son los establecidos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en el denominado arraigo y la intervención de cualquier comunicación privada, en los párrafos décimo y décimo tercero respectivamente:

“Artículo 16. ...

...

(párrafo décimo)

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

...

(párrafo décimo tercero)

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.

...”

Esas disposiciones van contra la presunción de inocencia y la inviolabilidad de cualquier comunicación privada, reconocidas como derechos fundamentales en el mismo ordenamiento constitucional, sin que, a nuestro juicio, se apeguen a la noción que sobre este concepto hemos sostenido, circunstancias que en el desarrollo del trabajo confirmaremos de manera puntual.

Sin que sea una línea de investigación que nos propusimos, dejamos asentado que en el conflicto de normas constitucionales no hay mecanismos que permitan determinar cuál de ellas quedaría como parte del sistema jurídico, se expulse del mismo al declararla inválida, o bien se realice una interpretación para la compatibilidad de ellas, aunque en algunos casos esta posibilidad resultaría remota, dado el contenido de las normas en conflicto, tal como sucede en el caso del arraigo y la presunción de inocencia.

Si bien, los derechos fundamentales son relativos, esta característica no proporciona facultad a ninguna autoridad para que establezca restricciones fuera de las posibilidades jurídicas dentro de la Constitución y tampoco a que el legislador, con el fin de cubrir el requisito de admisibilidad constitucional, las establezca en ese texto para revestir de constitucionalidad una restricción que atenta contra la naturaleza y noción de los derechos.

La vida, el respeto a la integridad física o la no discriminación, por citar algunos derechos fundamentales, no deben ser objeto de menoscabo a través de restricciones o limitaciones a los mismos, bajo pretexto de que van dirigidas a personas bajo la óptica de enemigas en la lucha contra el narcotráfico o en el combate de la inseguridad pública. Realizar esa conducta es ignorar la limitación al ejercicio del poder que constituyen los derechos y no tener la mínima disposición de avanzar en la construcción de un Estado constitucional, donde la base de la democracia es la igualdad respecto a los derechos fundamentales.

El considerar a las personas, no como sujetos de derechos, sino como enemigas a las cuales debe combatirse, no corresponde a la perspectiva de

derechos fundamentales que hemos revisado, pero sí a la guía que se ha seguido en la lucha contra el narcotráfico, hecho sobre el cual conduciremos nuestro análisis.

CAPÍTULO 2

Construcción de la estrategia

2.1. La base: derecho penal del enemigo

La construcción de un discurso para legitimar el ejercicio de gobierno, es tarea principal de la clase en el poder al comenzar ciclos o bien, cuando estos son deteriorados por la falta de resultados. Esta actividad forma parte de la estrategia de comunicación con los gobernados y, desde nuestro punto de vista, para buscar una fuente de legitimación como es el caso que nos ocupa.

Hemos fijado postura respecto a la perspectiva de derechos fundamentales y esbozado lineamientos que debe seguir cualquier Estado democrático respecto a su promoción y respeto, aún en situaciones donde la intervención estatal se materializa con la imposición de sanciones establecidas en instrumentos jurídicos. El respeto a la igualdad es la coincidencia que hemos encontrado para cimentar un gobierno corresponsable con el mandato que la sociedad le ha conferido en la utilización como mecanismo de la armonía y convivencia de las personas.

Sin embargo, la igualdad en el respeto de los derechos es objeto de interpretaciones y de usos a conveniencia para justificar las acciones, ya sea del propio Estado o de las personas; lo mismo encontramos razones para proponer medidas más severas que alimenten la percepción de un clima de tranquilidad y seguridad en la población o motivos para obtener amparo ante una conducta que rompa con el equilibrio social procurado por un orden legal y sus diversas previsiones.

Bajo esa óptica, veamos como la elaboración del discurso en el tema de estudio encuentra las bases en el denominado derecho penal del enemigo, como un elemento no sólo que justifica el papel del Estado en su responsabilidad de mantener el orden público, sino de legitimar su permanencia con un binomio de ley-orden, olvidando el intermedio en esos dos conceptos que son los principios que llevan a la creación de normas y el objetivo del orden que es la justicia.

Para demostrar lo anterior, mencionaremos antecedentes, rasgos característicos y opiniones sobre esa manifestación del derecho penal, apoyados de diversos autores que han desarrollado estudios al respecto y, finalmente, encontrar esa base legal que el Estado ha venido dándose con reformas a los ordenamientos normativos -lo mismo a nivel constitucional que legal- sobre la lucha contra el narcotráfico, análisis que en concreto corresponderá al siguiente Capítulo, por ello resultará indispensable fijar el marco conceptual en estos momentos.

“Desde el punto de vista criminal, parece que en la Ciencia penal ha habido cierto consenso en las últimas décadas en torno a la idea de que el derecho penal es la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, que tiene para este último unas consecuencias altamente estigmatizadoras, y que por ello es preciso restringir y justificar al máximo su intervención.”⁵² Esta afirmación de Eduardo Crespo nos es de utilidad para centrar la discusión: ¿a través de las normas se puede crear un tipo de identidad social?, la respuesta es positiva, si nos basamos en el señalamiento de características para considerar tal o cual persona de determinada manera; por ejemplo probable responsable, cuando se le imputa haber cometido una conducta delictiva, procesada, si trasciende a la esfera de estar sometida a un proceso conforme a las leyes penales y culpable a decir de la comprobación de requisitos específicos que las propias normas imponen para ubicar a una persona como delincuente y que se encuentra en prisión pagando la acción que cometió al quebrantar el orden legal.

Los señalamientos de cada etapa que se utilizan van conformando la identidad social de las personas y decidimos utilizar un ejemplo en derecho penal, ya que los adjetivos forman parte de los estigmas que existen en la sociedad al estimarlos como roles que no corresponden a comportamientos que se coloquen dentro de ese binomio que mencionamos: ley-orden. Sin embargo, existen en la opinión pública, por así llamarlo, niveles de probables

⁵² Crespo, Eduardo Demetrio, “Del ‘derecho penal liberal’ al ‘derecho penal del enemigo’”, *Nuevo Foro Penal* 69, enero-junio, 2006, Universidad EAFIT, Colombia, p. 66.

responsables, procesados y culpables o delincuentes: no es la misma percepción señalar a una persona por asaltar en un banco, que por robar en el transporte público; o la persona que agrede sexualmente llegando a la violación, que al superior jerárquico que solicita favores sexuales, o bien, a quien se acusa de vender mercancía en un mercado sobre ruedas, que a la personas dedicada a ofertar productos obtenidos de manera ilícita en grandes volúmenes; y tampoco a la persona que comete un homicidio en una pelea que a aquella que participó en un ajuste de cuentas.

Los estereotipos mencionados y creados por las normas, no sólo son del orden penal, sino también los encontramos en la actividad social y que, en ocasiones, son producidos por las autoridades estatales para justificar su actuar. Sobre este respecto, sostiene Alejandro David Aponte que durante la década de los sesentas y setentas del siglo pasado, detrás del gran enemigo que representa en esas épocas el guerrillero, fueron juzgados integrantes de sindicatos, de organizaciones de derechos humanos, estudiantes y diversas personas que no estaban ligadas a las movimientos sociales con estas características que se desarrollaban en algunos países de Latinoamérica. Hoy, precisa el autor, el enemigo es el terrorista o el integrante del crimen organizado y los que sufren las secuelas son las personas que se mueven en la “zona gris” donde se generan los conflictos, es decir, las que nada tienen que ver con ese combate.⁵³

De esa manera, existe un adjetivo creado conforme al proceso descrito: el enemigo del Estado. Apunta Miguel Polaino-Orts que ha existido una evolución histórica, además filosófica, del concepto de enemistad con el derecho; al respecto señala lo siguiente: “...aportaciones de filósofos y pensadores como Rosseau y Fichte (quienes sostenían que todo delincuente ha de ser considerado como enemigo de la Sociedad), de Hobbes (para quien sólo, o al menos, es enemigo el reo de alta traición) y de Kant, quien... califica de enemigo al sujeto que se halla en estado natural y no brinda la seguridad

⁵³ Cfr. Alponente, David Alejandro, “Guerra y política: Dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo”, *Nuevo Foro Penal* 69, enero-junio, 2006, Universidad EAFIT, Colombia, p. 38

necesaria para la Sociedad, e incluso considera que es factible actuar hostilmente contra dicho sujeto, precisamente por significar un peligro que amenaza permanentemente a la colectividad.”⁵⁴

El concepto de enemigo se entiende, bajo esa noción, como individuos que, con su actitud, se apartan del derecho no de manera incidental, sino que reinciden de manera habitual, se integran a organizaciones delictivas estructuradas configurándose una dimensión de peligrosidad que debe enfrentarse antes de ser materializada en perjuicio de la sociedad.⁵⁵ De ese concepto podemos derivar que como el individuo se aleja del orden jurídico que le proporciona el estatus de sujeto de derecho, se carecen de razones para defender sus intereses, pues es algo individual o de grupo se contraponen con los intereses generales que tutela el sistema jurídico.

Tal como lo estima Zaffaroni, el Estado prepara una respuesta frente a esa enemistad con el derecho, la cual es traducida en forma de normas que justifiquen su intervención más allá de los términos convencionales que el orden penal dirigido a las personas, de esa manera, “...la respuesta política que se concreta en legislación es siempre una reacción frente a la demanda que llega cargada con el estereotipo negativo, o sea, con una cierta imagen del criminal masivo que se separa de la realidad en diferente medida... Es natural que una legislación que nace condicionada de esta manera tienda de preferencia a satisfacer el reclamo público y, por ende, a captar el estereotipo que opera en la comunicación y en el imaginario colectivo de las agencias policiales.”⁵⁶

Eduardo Crespo, precisa que este nuevo modelo de derecho penal se vincula con las siguientes características:⁵⁷

⁵⁴ Polaino-Orts, Miguel, *Derecho Penal del Enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosc, Barcelona, 2009, p. 65.

⁵⁵ Cfr. Gracia, Martín Luis, *El horizonte del finalismo y el “Derecho Penal del Enemigo”*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 100 y 101.

⁵⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Hacia dónde va el poder punitivo*, Sello Editorial Universidad de Medellín, Colombia, 2009, p. 17.

⁵⁷ Cfr. Crespo, Eduardo Demetrio, “Del ‘derecho penal liberal’ al ‘derecho penal del enemigo’”, op. cit., 93.

- a. Creación legislativa de delitos de riesgo.
- b. Incriminación de conductas creadoras de riesgo, sin esperar la producción efectiva de lesiones.
- c. La aparición por obra de ley y de la interpretación, de bienes jurídicos colectivos, cuyo núcleo es la idea de seguridad.
- d. Desarrollo dogmático jurídico de la responsabilidad por delito imprudente, de acción y omisión.

El enemigo del Estado es lo que ha dado la pauta para que la idea sobre la existencia de un derecho penal del enemigo fuera introducida en 1985 por Günther Jakobs en unas jornadas de penalistas alemanes al intervenir con su estudio denominado Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, donde formuló críticas a las normas de carácter penal de Alemania, ya que sancionaban conductas previas a su ejecución con elevadas sanciones, lo que iba en contra de los principios del Estado de Derecho.

Mancera Espinosa, detalla tres momentos en los que Jakobs ha matizado sus ideas sobre el derecho penal del enemigo:⁵⁸ el primero en la citada ponencia de Frankfurt de 1985; el segundo en 1999 en Berlín, donde justifica la necesidad del Estado de reaccionar frente a sujetos que no se ajustan a la norma y que las normas del orden penal no pueden aplicárseles de manera normal, ya que a esas *personas en potencia*, no se les sanciona, sino se les combate. En tercer lugar, de nuevo en Frankfurt en el 2002, aclara que las críticas realizadas en 1985 no eran contra el derecho penal alemán, sino contra los enemigos de éste.

A partir de ahí se ha desarrollado un debate sobre ese concepto y las implicaciones del mismo, a tal grado que es considerado como un nuevo

⁵⁸ Cfr. Mancera Espinosa, Miguel Ángel, *Derecho penal del enemigo*, UBIJUS, México, 2011, pp. 21 - 24.

paradigma del derecho penal sobre todo a partir de acontecimientos como la intervención militar de la Organización del Tratado Atlántico Norte en Kosovo y los sucesos del 11 de septiembre de 2001 contra el World Trade Center en Nueva York, Estados Unidos, los cuales, coinciden con los fines que se le han atribuido a ese concepto señalado por el autor alemán.⁵⁹

Bernardo Fijoó señala las características que, desde su punto de vista, encuentra en el concepto de derecho penal del enemigo expuesto por Jakobs Günter:⁶⁰

- a. Amplio adelantamiento de la intervención del derecho penal, en muchos casos con un enriquecimiento subjetivo de los tipos. Anticipación de la punibilidad con un combate prospectivo frente a una fuente de peligro.
- b. Falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento, es decir, se criminalizan las conductas previas y se toman en cuenta para agravar las sanciones.
- c. Cambio de los fines del ordenamiento penal, surgiendo leyes de “combate” o “contra”, las cuales se insertan en un ambiente de confrontación.
- d. Supresión de garantías procesales; por ejemplo, se pone en duda la presunción de inocencia por ser opuesta al procedimiento del modelo.

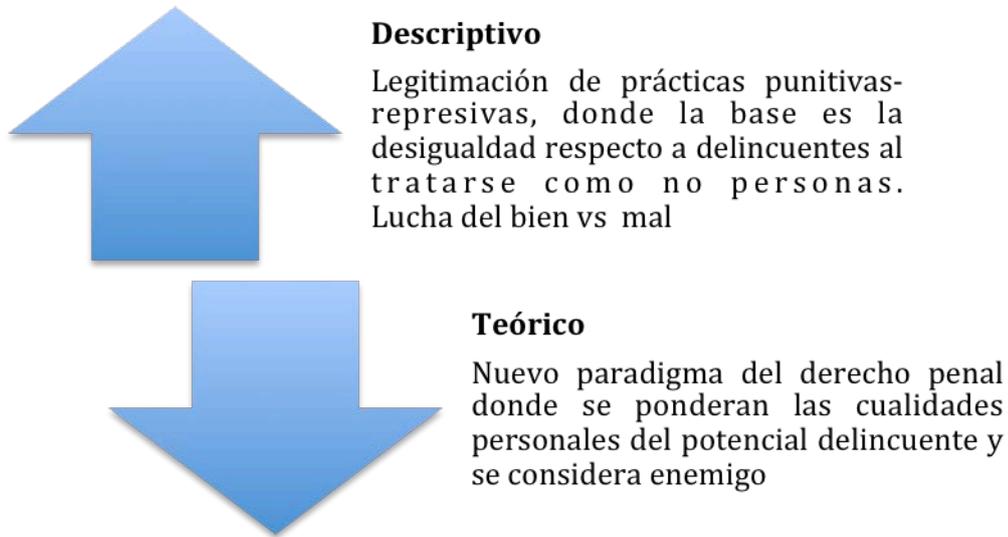
Ferrajoli encuentra dos sentidos en el discurso del derecho penal del enemigo, los cuales sintetizamos de la siguiente manera:⁶¹

⁵⁹ Polaino–Orts, hace una descripción resumida de las obras de Günters Jakobs que siguieron a la citada de 1985, con la cuales ha introducido al debate el derecho penal del enemigo. Para mayor referencia ver Polaino–Orts, Miguel, *Derecho Penal del Enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, op.cit., pp. 47 y ss.

⁶⁰ Cfr. Fijoó Sánchez, Bernardo, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo* no. 16, julio – septiembre, 2006, Colombia, p. 136.

⁶¹ Ferrajoli, Luigi, “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, *Nuevo Foro Penal* 69, enero-junio, 2006, Universidad EAFIT, Colombia, pp. 16 - 24.

Sentidos del derecho penal del enemigo



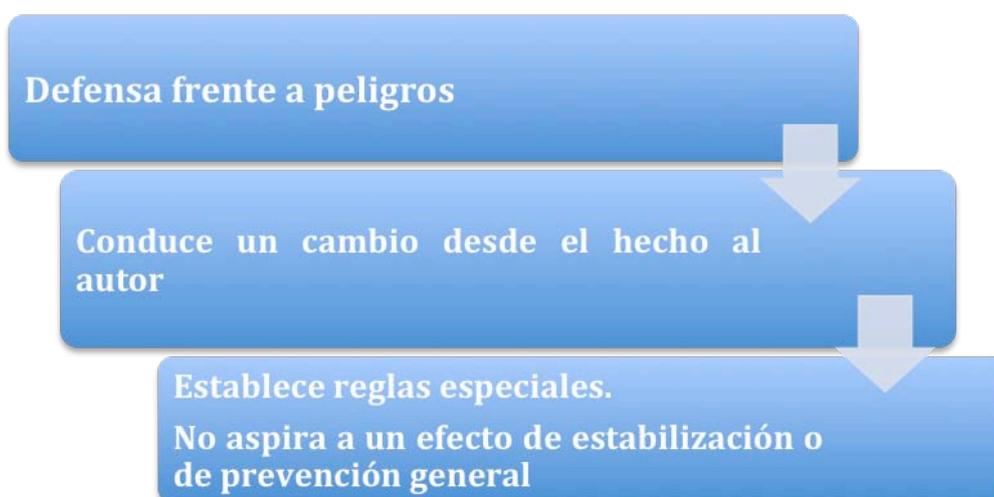
Podemos precisar entonces que el derecho penal del enemigo, como lo sugiere Ferrajoli, tiene su acta de nacimiento en la legitimación de prácticas punitivas que transitan hacia una represión por parte del Estado contra las personas que actúan en contra de las disposiciones normativas que, en un sentido ideal, la sociedad se ha dado para su convivencia a través de los órganos legitimados para la creación de derecho. Nos encontramos ante una autolegitimación de los poderes estatales que dista mucho de la legitimación democrática en un Estado Constitucional.

Tiene además una característica de selectividad, pues se configura como un modelo politizado, el cual no obedece a un criterio dogmático, sino a una reacción de coyuntura, reaccionaria, volátil y de la situación del momento. Como máquina de selectividad, el derecho penal del enemigo "...es un modelo edificado sobre normas de carácter simbólico que terminan siendo aplicadas, selectivamente, a pequeños delincuentes o, simplemente, a personas inocentes."⁶² Bajo esa lógica, existe una persecución contra grandes capos del narcotráfico, líderes de cárteles, secuestradores emblemáticos y orquestadores de grupos de delincuencia organizada sin que sean capturados, a pesar de

⁶² Alponete, David Alejandro, "Guerra y política: Dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo", op.cit., p.45.

todo el despliegue militar y policiaco, salvo algunos casos que son presentados como trofeos o triunfos de la guerra que se emprende contra ellos.

Como sostiene Cancio Meliá, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos, ya que "...constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos... ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad, supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligros especialmente significativas."⁶³ Estas afirmaciones, coinciden con lo sostenido por Kai Ambos, el cual precisa que este modelo de derecho penal responde a las siguientes causas:⁶⁴



A estas características, agregamos que la respuesta del Estado hacia el enemigo es canalizada a través de medios de comunicación, los cuales recogen elementos que se encuentran en el imaginario colectivo y se construyen estereotipos de los posibles autores de crímenes, los cuales nutren a la opinión pública con prejuicios, lo que implica la aceptación tácita o sin cuestionamiento de las acciones de las autoridades, aun cuando se encuentren excedidas en el uso de la fuerza y rompiendo los límites que constituyen los derechos fundamentales al ejercicio de poder. Un ejemplo claro es la imagen

⁶³ Jakobs Günter, Cancio Meliá Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 86.

⁶⁴ Ambos, Kai, *Derecho Penal del Enemigo*, tr. Carlos Gómez – Jara Diez y Miguel Lamadrid, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007, p. 51.

creada en las intervenciones armadas que se han realizado en los últimos años, bajo el argumento de combatir al terrorismo.⁶⁵

En esta delimitación conceptual del derecho penal del enemigo, resaltamos la reflexión de Gracia Martín, pues lo caracteriza como "... la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto cuanto éstos son actualmente no-personas y conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos..."⁶⁶, es decir, enfrentamos una discrecionalidad del actuar del Estado, ya que depende de la percepción que tenga sobre la posibilidad de daño que, a su juicio, puede ocasionar el potencial peligro que representa el enemigo.

En medio de esa incertidumbre se encuentra la base legal de la autoridad para actuar, siendo que debe ser el primero en proporcionar seguridad jurídica sobre sus actos hacia los gobernados, apareciendo entonces dos tipos de derecho penal: uno dirigido a los enemigos del Estado y el otro a los que no lo son; el propio Günter habla de derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano, donde el primero mantiene la vigencia de la norma y el segundo combate peligros.⁶⁷

Ahora bien, es preciso reflexionar sobre la presencia de un modelo penal que enfrenta a enemigos bajo una concepción de prevenir los potenciales daños que ocasionarían por su tendencia a quebrantar el esquema normativo con una conducta que no es aceptable en la sociedad frente a una perspectiva que limita el ejercicio del poder a través de derechos fundamentales y de la exigencia de respeto por parte de la autoridad del Estado con principios y valores expresados en instrumentos jurídicos, ya sea a nivel de la Constitución, de tratados internacionales o normas secundarias.

Desde luego, estas reflexiones nos llevarán a un punto en el que afirmaremos la no compatibilidad del derecho penal del enemigo ante el

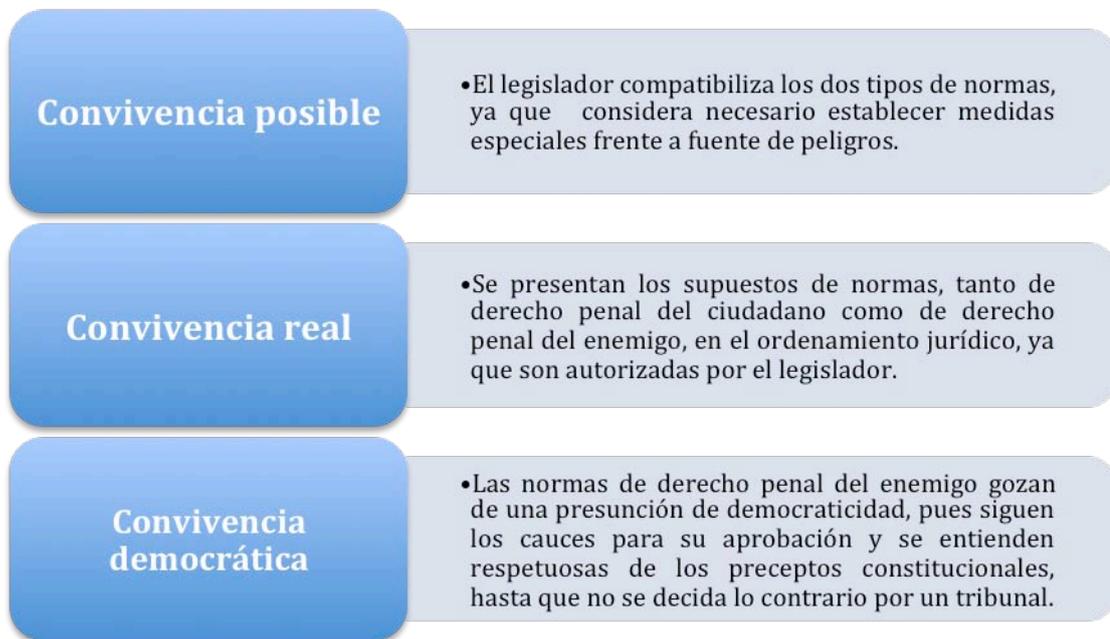
⁶⁵ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Hacia dónde va el poder punitivo*, op.cit., pp. 16 y 17.

⁶⁶ Gracia, Martín Luis, *El horizonte del finalismo y el "Derecho Penal del Enemigo"*, op.cit., p. 105

⁶⁷ Jakobs Günter, Cancio Meliá Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, op.cit., p. 33.

desarrollo de lo que conocemos como Estado Constitucional de Derecho, situación que abordaremos de manera puntual en la tercera parte de este Capítulo y que vamos a colocar como una oportunidad de romper con el paradigma del Estado de Derecho actual donde, precisamente, se ubica la conjugación de ley-orden, la cual, desde nuestra opinión, es el pretexto principal -revestido de justificación- por parte de autoridades para la creación de normas con las características que anotamos líneas atrás y que se ajustan al discurso del combate o guerra contra el narcotráfico.

Conviene referirnos, sin embargo, a la coexistencia de los modelos de derecho penal que hacemos mención en la concepción de un Estado democrático; al respecto Polaino-Orts sostiene tres tipos de convivencia, mismas que esquematizamos de la siguiente forma:⁶⁸



Para formular los comentarios sobre estas convivencias, citaremos como ejemplo los criterios adoptados por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-939/02 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO

⁶⁸ Cfr. Polaino-Orts, Miguel, *Derecho Penal del Enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, op.cit., p. 592.

LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE CONMOCION INTERIOR, del 31 de octubre de 2002, donde lo considera inexigible.

La sentencia fue producto de la revisión constitucional que realizó el Tribunal Colombiano sobre el Decreto Legislativo N° 1900 de 2002, por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones, expedido por el Presidente de ese país a partir de las facultades del Decreto 1837 del 11 de agosto de 2002, por el que se declaró el Estado de Conmoción Interior en todo el territorio Nacional. Conviene resaltar dos aspectos sobre las implicaciones de lo que puede ocurrir en Colombia cuando se encuentra en una situación de Estado de Conmoción Interior:

- a. Mediante decreto se pueden tipificar conductas, aumentar y reducir penas, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía.⁶⁹

- b. Se puede fortalecer al Poder Judicial con medidas transitorias con el fin de prever, evitar y reprimir los actos terroristas y criminales de las organizaciones delincuenciales, especialmente las que atacan la infraestructura de los servicios esenciales de energía y que ponen, a decir de las normas colombianas, en peligro la estabilidad de la democracia y en grave riesgo las instituciones de ese país.⁷⁰

Con ese marco legal, el gobierno colombiano expidió el Decreto Legislativo No. 1900 justificando su decisión por el aumento del robo de hidrocarburos y sus derivados, además de su comercialización ilícita por parte de grupos armados, representando una amenaza contra la seguridad nacional y las finanzas del Estado, por lo que resultaba necesario adoptar medidas legislativas para sancionar con mayor severidad a quien cometiera las conductas tipificadas como delitos en ese instrumento jurídico.

⁶⁹ Cfr. Artículo 44 de la Ley 137 de 1994, por la cual se regulan los estados de excepción de Colombia.

⁷⁰ Cfr. Considerandos del Decreto 1837 de 2002 de Colombia, consultado en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/2002/decreto_1837_2002.html

En los decretos citados, encontramos dos formas de convivencia del derecho penal del enemigo y del ciudadano de las que nos habla Polaino-Orts: la convivencia posible se presenta cuando el órgano facultado para emitir el Decreto legislativo, en este caso, el Presidente de Colombia, compatibiliza la existencia de las dos normas ante una amenaza de peligro como lo es el reconocimiento de lo que representa el robo de hidrocarburos y el posible escenario de que, derivado de su comercialización, se obtenga financiamiento para desestabilizar a ese país, es decir, acepta que además de personas que se dediquen a esa actividad, existen individuos que lo hagan con el fin que prevé el Ejecutivo colombiano de acuerdo a las estadísticas que tiene en su poder.

En cuanto a la convivencia real, se presenta en el Artículo 1º del Decreto Legislativo N° 1900 de 2002, por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones, toda vez que contempla sanciones mayores si son con fines terroristas las conductas que describe, tal como lo apreciamos en el segundo párrafo de dicho precepto:

“Artículo 1º. Daños a la infraestructura. El que por cualquier medio ocasione daño a obras u otros bienes o elementos para la exploración, explotación, almacenamiento, transporte, refinación, distribución y comercialización de hidrocarburos y sus derivados, la infraestructura destinada a la producción y conducción de energía, o a su almacenamiento, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas o cuando, como consecuencia del daño, se contamine el aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas y demás recursos naturales.”

Los decretos que hemos puesto como ejemplos, son una muestra del derecho penal del enemigo en una legislación que coexiste con el derecho penal del ciudadano en un régimen de Estado democrático, situación que es confirmada por la propia Corte Constitucional colombiana en su resolución, al entrar al análisis de las disposiciones en el apartado denominado *Unidad*

*axiológica entre pena y concepción del estado. Las bases del derecho penal del enemigo, y del derecho penal simbólico, son incompatibles con valores y principios de la Carta Política, las cuales citamos de manera íntegra:*⁷¹

“**10.2.** En un Estado Social y Democrático de Derecho, la pena tiene legitimidad material (entre otros presupuestos) (i) si está orientada a salvaguardar intereses y valores reconocidos constitucionalmente, (ii) si es un instrumento adecuado y constitucional en sí mismo para conseguirlo y (iii) si existe una desproporción entre los derechos constitucionales que restringe y los que trata de proteger con su aplicación. Esto significa que, la prevención general de delitos que se trata de evitar con **la imposición de una pena, debe ser necesaria para la protección de bienes jurídicos**; es decir, **debe buscar efectos reales** (se trata de un derecho penal orientado a las consecuencias) **y no meramente simbólicos en la protección de las relaciones fundamentales de la sociedad.** Además, que la prevención general no puede convertirse en un instrumento de terror penal a través de la exasperación y exacerbación del régimen punitivo, sin criterios de proporcionalidad.

10.3. El modelo de Estado acogido en nuestra Constitución Política y la regulación de los estados de excepción contenido en ella, llevan a la Corte a la siguiente conclusión: **son inconstitucionales los incrementos punitivos que superen los límites señalados en los tipos ordinarios que la legislación extraordinaria modifica. Esta regulación quebranta la Constitución, porque busca fines que no son constitucionalmente legítimos y porque desconoce el principio de finalidad que rige los estados de excepción.** Explicaremos a continuación el fundamento de esta posición:

Una consecuencia natural de los principios de proporcionalidad y razonabilidad es que el Legislador sólo puede recurrir al sistema penal para proteger bienes jurídicos que tengan raigambre constitucional, como derechos constitucionales u otros bienes constitucionales. La razón es obvia: el derecho penal es el instrumento de control social y protección jurídica más invasivo de la libertad personal, pues suele apoyarse en medidas restrictivas de la libertad. La Constitución, por su parte, es un ordenamiento fundado genéricamente en la prevalencia de los derechos de la persona (CP art. 5) y específicamente en el respeto de la libertad y autonomía personales (CP arts. 16 y 28). Por ende, en desarrollo del principio de proporcionalidad, de clara estirpe constitucional, el Legislador sólo puede recurrir al sistema penal para proteger bienes y valores que, en el caso concreto, puedan llegar a tener una mayor fuerza normativa que la libertad personal.

⁷¹ Sentencia C-939/02 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE CONMOCION INTERIOR, Bogotá, 31 de octubre de 2002, consultada en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2002/c-939_2002.html; las negritas son nuestras.

En un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (CP arts. 1º, 5º y 16) resulta desproporcionado que el Legislador opte por el derecho penal para amparar bienes jurídicos de menor jerarquía que la libertad autonomía personales. Y es que el **derecho penal en un Estado social de derecho tiene el carácter de última ratio, por lo que, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias.**

Pues bien, esa ‘política criminal’ facilista, consistente en afrontar únicamente la criminalidad con una estrategia simple –incrementos de pena inaplicables- es incompatible con dos de los principios que rigen los estados de excepción, a saber: (i) con el de finalidad, porque estas medidas no apuntan realmente al restablecimiento del orden público, sino que buscan fines no declarados de la pena, como el de crear la apariencia de que se está enfrentando el terrorismo, y (ii) con el de proporcionalidad, porque si las penas no van a ser aplicables finalmente en virtud del principio de favorabilidad, resulta desproporcionado derivar de ella consecuencias procesales, como la variación de las medidas preventivas durante el proceso.”

Podemos concluir, con sentencias como la de la Corte Constitucional de Colombia, que en el Estado democrático se ve al autor de un hecho presumible de delito, no a un enemigo que debe destruirse, sino a una persona, a un ciudadano que, a través de su comportamiento, ha causado un daño a la armonía que se busca con la vigencia de la norma, el cual es llamado a recomponerla con la imposición de una pena y que representa la sanción a su conducta y la vigencia de las reglas; por ello, resulta “... rechazable la idea de que todo aquel definido por el sistema jurídico como enemigo queda automáticamente excluido del ámbito de las personas; es decir, queda jurídicamente desprotegido y carece de los derechos, libertades fundamentales.”⁷²

Sin embargo, con legislaciones acordes a un derecho penal del enemigo, bajo la perspectiva del binomio ley-orden y del discurso que políticamente reditúa a favor de una legitimación en el ejercicio de poder, el orden jurídico se aleja cada vez más de una de sus funciones prioritarias: ser equilibrio entre la actividad del Estado y los límites a su poder que son los derechos fundamentales. Función que es ignorada y pulverizada con el incremento del

⁷² Fijoó Sánchez, Bernardo, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, op.cit., p. 134.

carácter punitivo en detrimento de un enfoque de prevención, no de peligros, sino de generar condiciones donde los factores que originan las conductas consideradas como amenazas no encuentren un caldo de cultivo para reproducirse; en lugar de reducir garantías procesales, otorgue facultades excesivas a cuerpos policíacos o construya definiciones legales que se prestan a discrecionalidad, un modelo penal debe atender en su aplicación e interpretación a lo más favorable a la persona.⁷³

En un Estado con derecho penal del enemigo como la base de un discurso, el cual, de una fuente de legitimación, se convirtió en una política que una vez puesta en marcha, las autoridades se han obsesionado en justificar como la decisión correcta y, en el caso de México, se recrea un espectáculo político revestido de retórica en la lucha contra el narcotráfico y efectos mediáticos reproduciendo el dolor de víctimas de esa guerra y de la presentación de capos o jefes de cárteles que podría entenderse más como una exhibición para elevar popularidad del Estado, que *ratings* en los medios de información.

Esta afirmación se ejemplifica con el caso de Florence Cassez donde el Ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en su proyecto de resolución de un Amparo directo en revisión, denominó escenificación ajena a la realidad, resultando nada más ilustrador que la narración en algunos fragmentos:⁷⁴

“El Reportero informa que este operativo es realizado “prácticamente en vivo”, mientras que en la esquina superior izquierda de la pantalla se aprecia la leyenda “en vivo”.

Conforme a la información que va *“conociendo al momento”*, el reportero le dice al conductor del programa que en el operativo se pretende rescatar a tres personas: una mujer, su hijo de aproximadamente ocho años de edad y un hombre que no tiene ningún vínculo con los demás secuestrados. Además, el reportero informa que *“el jefe de la banda es un hombre casado con una mujer de origen francés”*.

⁷³ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Hacia donde va el poder punitivo*, op.cit., pp. 22 y ss.

⁷⁴ Proyecto de resolución del Amparo directo en revisión 517/2011, quejosa y recurrente: Florence Marie Louise Cassez Crepin, Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, pp. 2 - 5, consultado en http://www.scjn.gob.mx/pleno/documents/proyectos_resolucion/adr-517_2011.pdf. Para ver más sobre lo que denominó el Ministro Zaldívar escenificación ajena a la realidad ver pp. 38-51 en el apartado denominado C. Otros hechos relevantes ocurridos durante la etapa de averiguación previa antes del reconocimiento público por parte de las autoridades respecto de la escenificación ajena a la realidad, en el mismo documento.

Una vez que las cámaras se dirigen a la entrada de la cabaña y que cuatro de los elementos de la AFI están formados en posición de vigía y listos para entrar, una persona no uniformada, que viste una gabardina negra, abre la puerta de la cabaña y dirige a los agentes de la AFI, apartándose para permitirles el paso. En el interior la luz es intensa y se percibe que hay muchas personas en dicho espacio, al grado que uno de los agentes de la Agencia Federal de Investigación se tiene que retirar de la cabaña.

Ya dentro de la cabaña, la cámara capta a un hombre tirado boca abajo en el suelo –Israel Vallarta Cisneros–, el cual termina siendo sometido y esposado por los agentes federales. En la imagen se observa cómo los agentes de la AFI voltean el cuerpo de este hombre y lo ponen de pie frente a la cámara, mientras lo sujetan por la parte trasera del cuello. La cámara enfoca su cara, mientras *El Reportero* indica que está mostrando a “los secuestradores”.

En esta vorágine, la cámara comienza a escudriñar los rincones de la cabaña, enfocando un sofá donde las manos del hombre del abrigo negro acomodan dos rifles de alto calibre. *El Reportero* identifica los rifles como “las armas con las que ellos secuestraron a sus víctimas”.

A continuación, la cámara gira a la izquierda, enfocando un rincón de la cabaña. Se observa la cabeza y la espalda de una mujer, quien cubre su rostro con una manta blanca –Florence Cassez Crepin–. El reportero indica que ella “es una mujer de origen francés. Era también la esposa y quien ayudó a planear el secuestro”. Acto seguido se entabla el siguiente diálogo:

El Reportero: ¿Cuál es su nombre?

Florence Cassez: Florence. Yo no tengo nada que ver. No soy su esposa.

El Reportero: ¿Qué hacía aquí?

Florence Cassez: Nada. Yo no, no sabía nada.

El Reportero: ¿Quién es usted? ¿Qué hacía aquí? ¿Cómo? ¿Sabe que aquí había tres personas secuestradas? Están al lado de usted.

Florence Cassez: No, no lo sabía.

El Reportero: ¿Qué hacía usted aquí? ¿Cómo llegó?

Florence Cassez: Era mi novio. Me estaba dando chance (sic) de quedarme aquí en su casa mientras tomaba (sic) un departamento.

El Reportero: A ver, ¿Cuál es su nombre?

Israel Vallarta: Israel Vallarta.

El Reportero: ¿Es verdad esto?

Israel Vallarta: Sí, señor.

El Reportero: A ver, platíquenos cómo es que urdió usted este secuestro.

Israel Vallarta: No, yo no urdí nada, señor. A mí me ofrecían dinero para prestar mi casa.

El Reportero: ¿Quién?

Israel Vallarta: Un tipo que se llama Salustio, señor.

El Reportero: Dígame el nombre completo.”

Estos elementos son los que conforman la respuesta del Estado a los que considera sus enemigos, sin mayor recelo de una violación a sus derechos fundamentales e ignorando la limitación que estos representan a su poder para no estar en supuestos de arbitrariedad o autoritarismo que marcan una diferencia entre una democracia y una dictadura.

Lejos de esa posición, la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo o la delincuencia organizada -como se le quiera llamar según el país donde se desarrolla- ha provocado una intervención del Estado, la cual Ferrajoli califica como represión salvaje donde, tanto la actividad delincriminal como la estatal se confunden “...al anular la asimetría entre instituciones públicas y organizaciones terroristas, (y que) ha privado a las primeras de su mayor fuerza política, degradándolas al nivel de las segundas o, lo que es lo mismo, elevando a las segundas al nivel de las primeras como estados enemigos y beligerantes.”⁷⁵

El discurso del derecho penal del enemigo ha sido la base sobre la que se ha construido la guerra contra el narcotráfico en nuestro país con signos inequívocos en reformas constitucionales como la de 2008 y legislaciones secundarias como la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada sin que, hasta el momento, rindan los logros esperados conjuntamente con toda la política de despliegue militar y policiaco que se desató como parte de la estrategia del Estado para terminar con las personas que no las considera como tales, sino como enemigos.

Gracia Martín sostiene que “...el Derecho penal del enemigo no tiene cabida en el horizonte de la democracia y del Estado de Derecho, porque sólo en el horizonte de una sociedad no democrática y de un Estado totalitario es imaginable la emergencia de un Derecho penal del enemigo.”⁷⁶ Ante esa afirmación, nosotros adicionamos un elemento: entender la transición hacia el

⁷⁵ Ferrajoli, Luigi, “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, op.cit., p. 27.

⁷⁶ Gracia, Martín Luis, *Crítica del Derecho Penal del Enemigo*, Obijus, México, 2009, p. 116.

Estado Constitucional como la oportunidad de romper el paradigma del Estado de Derecho que postula el principio de legalidad, bajo el esquema ley-orden, sin una limitación y reducción del poder de la autoridad estatal, sobre todo el de carácter punitivo.

El derecho debe ser más que coacción, represión o amenazas frente a peligros, ya que caería en contradicción en sí mismo, pues atentaría no sólo contra las personas que se enemistan con él, sino contra todas las que debe proteger, incluidas las que considera enemigas. Una situación así no es legítima ni sirve para justificar o creer necesario el ejercicio de la fuerza como forma de imposición de la ley, pues es contraria a los derechos fundamentales y no es propia de un nuevo modelo de Estado que se abre paso ante el agotamiento de resultados del Estado de Derecho.

2.2. La guía en la lucha contra el narcotráfico

En la construcción de política pública es necesario tener un enfoque claro sobre las acciones que se pretenden aplicar, es decir, contra con las bases ideológicas que sustentarán el accionar del Estado para conseguir los resultados deseados. Esa es la connotación que le otorgamos al derecho penal del enemigo en la lucha contra el narcotráfico del gobierno de Felipe Calderón; ahora será preciso dirigirnos a la manera en que se expresan esas bases, a través de un discurso que marca directrices que, en nuestra opinión, se han seguido de manera fiel por parte de las autoridades a mandato expreso de los Estados Unidos de América en un acto estatal que llevan a cabo, similar al que estamos estudiando.

Denominamos como una guía las medidas adoptadas por la Nación estadounidense para combatir la delincuencia organizada y que han sido repetidas en los actos de las autoridades mexicanas en diversos momentos de la historia, a los cuales se les ha dado continuidad con independencia del gobierno en turno, siendo más visibles y con más resultados –sean buenos o malos- en el periodo de administración que analizamos. De esa manera,

destacaremos el papel de los Estados Unidos en las directrices marcadas respecto a sus política en el tema de referencia, donde será importante atender los cambios de discursos con lo que se pretende una legitimación; mención merecerá las pautas en las acciones desarrolladas y sus implicaciones con la incursión del Ejército en labores de seguridad interior, exterior, nacional, regional o internacional, según el momento como lo veremos.

A partir de ahí, centraremos el análisis de las repercusiones de ese discurso y cómo la guía va siendo cumplida de manera paralela por nuestro país con diversas acciones, donde el empleo de efectivos militares es una constante en la lucha contra las drogas y que tiene su clímax a partir del 2006, con los antecedentes de crisis institucionales de las corporaciones policiacas por la corrupción que permea a raíz de los recursos del narcotráfico y el, de nueva cuenta, la aparición de un discurso que legitime esas acciones que, sin ser una casualidad, es coincidente con las palabras empleadas por diversos presidentes estadounidenses para justificar en su momento políticas de guerra contra el narcotráfico.

Antes de comenzar con los puntos propuestos, hacemos coincidir una palabra tanto en la base como en la guía que presentaremos en la lucha contra el narcotráfico: el enemigo sobre el que se dirigen las acciones. Es un ente con diversas características, personificado como grupo social, sector generacional de la población, organización ideológica, células delictivas, empresas transnacionales dedicadas al narcotráfico o extremistas que atentan contra la paz mundial. A este respecto, Murillo Rodríguez precisa que "... los Estados Unidos de América han venido vislumbrando un nuevo enemigo: el narcotráfico... aquel país hace participar en la batalla contra el narcotráfico a los Estados latinoamericanos. Así por ejemplo, la 'iniciativa para la Cuenca del Caribe' y ahora 'El Plan Bush' han estado asociados a la aprobación, por parte de los países adherentes a estas iniciativas, de leyes antidrogas, de tratados

de extradición de narcotraficantes y a la cooperación con los Estados Unidos en la lucha contra el nuevo enemigo: el narcotráfico.”⁷⁷

El enemigo es indeterminado, pero siempre está presente, depende del discurso que se construya y el objetivo que se pretenda lograr; en la lucha contra las drogas, vamos las características que se le han impuesto para justificar las acciones.

La construcción del discurso en el que participan gobierno -ejecutivo o legislativo-, medios de información e intereses económicos, ha sido determinante para generar una percepción maléfica en las drogas, tanto en su consumo como en su comercialización; un mal que debe combatirse para imponer el orden del bien, a través de criminalizarlo y el uso del poder punitivo del Estado que ha ido más allá, pues ahora no es sólo el derecho la herramienta con el que se ataca ese mal, sino que, al final como es una guerra, las intervenciones armadas son los instrumentos encargados de configurar la tan anhelada paz.

Rosa del Olmo sugiere concentrarse en el análisis de ese discurso después de la Segunda Guerra Mundial, ya que fue cuando nace la ONU y asume el papel de regulador internacional de la drogas, aunque en los primeros años del siglo XX se habían presentado prohibiciones sobre algunos estupefacientes en particular.⁷⁸ Coincide este punto con el que hemos expresado sobre el proceso de internacionalización del derecho internacional de los derechos humanos, el cual se presenta justo al término del conflicto bélico aludido por la serie de abusos y arbitrariedades cometidas por las autoridades de los estados vencedores sobre las personas de las naciones vencidas.

Aunque, como lo comenta Kaplan, desde principios de siglo XX los Estados Unidos han asumido una política de represión contra el consumo y

⁷⁷ Murillo Rodríguez, Roy, “La política antidrogas y sus efectos en América Latina”, *Revista Ciencias Penales*, San José, Costa Rica, año 8, núm. 11, julio 1996, pp. 55 y 56.

⁷⁸ Cfr. Del Olmo, Rosa, “*Las drogas y sus discursos*”, Cuadernos de Posgrado, serie A, núm. 11, México, enero - junio 1998, pp. 120 y 121.

tráfico de las drogas, la cual "... presupone y proyecta los estereotipos del adicto como personalidad perversa, intrínsecamente corrupta y corruptora; de la adicción como tentación irresistible... y como foco de contaminación generalizada. A estos fenómenos se busca responder por la condena, la represión, el castigo, más que por la prevención y la rehabilitación."⁷⁹

En el siguiente esquema, destacamos los elementos más relevantes en el discurso de la lucha contra las drogas, mismo que se ha sido liderado y difundido por la Nación estadounidense, centrándonos, por décadas, en la segunda mitad del siglo pasado:⁸⁰

En los cincuentas, el problema del consumo de drogas era sólo focalizado y atribuido a un sector social al que se pretende relegar en los *ghettos*; se habla por parte de las autoridades de un problema de salud pública que debe atenderse para evitar que se expanda en la sociedad. La introducción de opio y marihuana, en el discurso oficial, es facilitada por los estados comunistas que quieren atentar contra la democracia de Estados Unidos, por lo que este país promueve a nivel internacional el Protocolo para reglamentar el cultivo de amapola y el comercio del opio en 1953, de esa manera, se estarían realizando acciones para protegerse del enemigo externo.

Para la década de los sesentas, el consumo de drogas pasa de un sector social a un sector generacional, pues ahora se observa en los jóvenes como los principales consumidores y de un problema de salud pública, se enfoca el discurso para considerar una amenaza al enemigo interno por lo que deben realizarse acciones que contengan los potenciales peligros; coincide también con el desarrollo de protestas sociales en otras partes del mundo protagonizadas principalmente por estudiantes -recordemos el denominado mayo francés y 1968 en México-, además con la presencia del *hippismo* como manifestación de ejercicio de libertades y derechos. Las drogas que se

⁷⁹ Kaplan, Marcos, *El Estado Latinoamericano y el narcotráfico*, Porrúa, 2ª ed., México, 1998, p.59.

⁸⁰ Cfr. Del Olmo, Rosa, "*Las drogas y sus discursos*", pp. 121 y ss.

consumen se diversifican más allá de la marihuana y aparece el LSD, promoviéndose así la adopción de la Convención Única sobre Estupefacientes en 1961.

En los setentas, no sólo hay un enemigo interno del que se debe proteger por el aumento del consumo de drogas en jóvenes, profesionistas y los veteranos de la guerra de Vietnam, sino que existe un enemigo externo, el cual acerca los estupefacientes a las personas logrando una perturbación social que pone en estado de emergencia nacional, es decir, de un problema de salud, pasa a un problema de seguridad donde no sólo deben emprenderse acciones nacionales, sino que debe buscarse la colaboración internacional, pues de lo contrario se extenderá a otras regiones, decretando así el inicio a nivel mundial de la lucha contra las drogas con el Convenio de Sustancias Psicotrópicas en 1971 y el Acuerdo Sudamericano de Contra las Drogas en 1973.

Los años ochenta da continuidad al discurso de la seguridad nacional, reconociendo que el consumo de drogas no es exclusivo de ciertos sectores, sino que ha trascendido en toda la población, ya que está expuesta al mercado del tráfico de estupefacientes y son potenciales clientes. La cocaína se ha convertido en un negocio por parte de grupos identificados en Latinoamérica que aprovechan la demanda estadounidense y son vistos como el enemigo

externo que debe afrontarse. Se incorpora el ingrediente de la violencia asociada a la presencia de guerrillas de las regiones centro y sur del continente americano, además del clima de inseguridad que percibe la población; más que la internacionalizar la lucha contra las drogas debe enfocarse al ámbito regional, pero como se está frente a grupos subversivos, debe reflexionarse la participación de las fuerzas armadas. En 1988 se impulsa la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

Para la década de los noventa se proyecta la lucha contra el narcotráfico ahora a nivel internacional, pues se está frente a la presencia de empresas multinacionales que ponen a disposición de los consumidores las drogas, al tratarse de un negocio ilícito, el que la compra –el cliente es el consumidor- es cómplice en ese delito. Esas condiciones que amenazan la seguridad mundial implican la corresponsabilidad de todas las naciones, donde no se deben escatimar esfuerzos contra el enemigo externo, por ello se hace necesaria la presencia de efectivos militares en la estrategia para desarticular las redes del narcotráfico y mantener la paz; se comienza a hablar de agencias internacionales de lucha contra las drogas.

Como apreciamos, en ese recuento histórico, existen palabras que han sido la base en la construcción del discurso contra las drogas: salud pública, seguridad –ya sea nacional, regional o mundial-, enemigos internos o internos y adjetivos sobre las personas consumidoras de drogas: degeneradas, amenazas o perturbaciones sociales, clientes y cómplices; todas ellas son los elementos que justifican la acción del gobierno para incorporar el “contra” en las políticas de seguridad y la legislación penal.

Aunque son denominador común el uso de dichas palabras en la segunda mitad del siglo XX, han sido utilizadas a conveniencia para transmitir el mensaje del Estado hacia la sociedad para legitimar sus acciones contra las drogas o el narcotráfico, que se convierten en una manipulación del lenguaje.

Veamos la siguiente tabla de los discursos empleados por presidentes de Estados Unidos de América:⁸¹

J. F. Kennedy 1962	“Esta administración ha reconocido la necesidad de nuestra sociedad para mejorar los controles médico, legal y social del uso de drogas por parte de los individuos. Hemos reconocido también la necesidad de proteger nuestra sociedad de los desafortunados resultados del mal uso de drogas y narcóticos peligrosos.”
Richard Nixon 1971	“El abuso de las drogas ha adquirido dimensiones de una emergencia nacional que aflige el cuerpo y alma de América”
Ronald Reagan 1984	“Nuestra estrategia para luchar contra el abuso de las drogas reemplaza el debate por la acción... Intentamos conquistar el abuso de las drogas y asegurar un futuro seguro y productivo para nuestros niños y nuestra nación.”
George Bush 1992	“La guerra a las drogas es vital para la economía, la competitividad internacional y la seguridad de nuestro país.”

Desde luego, ese discurso ha impactado en las acciones realizadas por diversos gobiernos y, México, no ha sido la excepción. Sin embargo, para nuestro país, la intervención estadounidense se presenta de manera destacada a partir de un hecho: el secuestro y asesinato de un agente de la Drug Enforcement Administration (DEA) en 1985, Enrique Camarena Salazar, por parte de narcotraficantes mexicanos. Con ello, las autoridades de Estados Unidos alentaron a las mexicanas a implementar una política antidrogas de largo plazo que incluía tres directrices:⁸² la primera es la búsqueda de socios policiales confiables, con la finalidad de dismantelar las corporaciones corruptas; la segunda como pretensión de que el Ejército participara en la lucha contra las drogas de manera prioritaria y finalmente la obtención del requisito de certificación para que ese gobierno coadyuvara con los países que son productores o tránsito de estupefacientes; medidas que se han cumplido como veremos más adelante.

Antes de abordar el caso de México, consideramos importante destacar dos puntos: el primero se refiere a las opiniones que recoge Bagley no sólo de organizaciones o políticos opositores, sino incluso de funcionarios de gobierno a los cuales se les encargaría esas tareas sobre la incorporación del Ejército en

⁸¹ Ibidem, p. 129.

⁸² Cfr. Feeman, Laurie y Sierra, “México: la trampa de la militarización”, op.cit., p. 337.

las acciones contra el narcotráfico, a partir de la propuesta desde la década de los ochentas en Estados Unidos.⁸³ De esa manera, precisa que con la intervención de efectivos militares en tareas de seguridad para menguar la actividad del tráfico de drogas realizada por la delincuencia organizada, la opinión opositora era que no bastaba con la intercepción, ya que lo importante era reducir el consumo de estupefacientes, además que la capacidad de defensa del país norteamericana se vería menoscabada, pues al dedicarse a otra actividad que no fuera prevenir o reaccionar los posibles amenazas de ataques, se encontrarían en una debilidad para enfrentar al enemigo externo y al interno.

Por otra parte, los militares estarían expuestos a la corrupción debido a la injerencia del narcotráfico en diversas esferas sociales y de gobierno, quebrantando la disciplina del Ejército y, finalmente, que esta institución no debería participar en la aplicación de las leyes civiles por los siguientes motivos:

- a.** El personal militar no está capacitado para la defensa y aplicación de la ley civil, pues su preparación es de índole castrense.

- b.** La desviación en la misión principal del Ejército podría menguar en la moral de las tropas (afirmación del entonces Secretario de la Defensa estadounidense Casper Weinberger)

- c.** Una mayor participación del Ejército en asuntos que no fueran militares, podría socavar las libertades civiles y reducir la popularidad de las Fuerzas Armadas, a decir del teniente general Stephen Olmstead, Subsecretario de la Defensa para la Política y Aplicación contra la Droga de aquel país.

⁸³ Cfr. Bagley M., Bruce, “Los mitos de la militarización: las fuerzas armadas en la guerra contra las drogas”, en Smith, Peter H. (comp.), *El combate a las drogas en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pp. 179 y ss.

- d. Con la aplicación de la ley civil por parte de los militares existía la posibilidad de socavar los derechos y las garantías.

El segundo punto es con relación al discurso que tomó la lucha contra el narcotráfico ya en el siglo XXI. Observamos que durante cincuenta años se trabajó en la línea de construir justificaciones para tomar la seguridad –sea nacional o mundial- como la bandera de las acciones frente a empresas transnacionales, grupos delictivos o subversivos considerados como amenazas; para los años dos mil, sucesos como el ataque al World Trade Center de Nueva York vinieron, no a cambiar las palabras, sino endurecerlas y consolidar las intenciones de Estados Unidos de expandir su lucha contra las drogas con otros ingredientes: la violencia causada por el terrorismo, misma que se asociaba a cualquier otra actividad ilícita y que representaban peligros estas últimas, tuvieran o no conexión, aunque un punto en común es atentar contra la seguridad y la paz internacional.

No es objeto de estudio ahondar en ese tema, sino en el discurso que fue empleado y sus repercusiones en la política contra las drogas adoptada por las autoridades mexicanas, por lo que nos limitaremos a mencionar sólo que, a partir de la declaratoria de la lucha contra el terrorismo por George W. Bush, las intervenciones militares en Irak y Afganistán, el Estado Mexicano continuó con la guía marcada antes de esos sucesos y que se configura con los discursos y acciones que detallamos, mismos que veremos continuación.

“La primera represión oficial al narcotráfico se da en 1941, por primera vez, autoridades de Sinaloa comisionan al jefe de la Policía Judicial del estado, Alfonso Leyzaola, a emprender acciones en contra de los cultivadores de marihuana y adormidera. El 1 de abril de ese año, el jefe policiaco, en la administración del gobernador Rodolfo Tostado Loaiza, al mando de un fuerte grupo único y destruyó un predio sembrado de amapolas y decomisó varias latas de goma en una zona cercana al poblado los Aliados en Badiraguato.

Horas después, en una cañada cercana al poblado de Santiago de los Caballeros, 12 hombres ocultos en las partes altas emboscaron al jefe policiaco Alfonso Leyzaola y a su gente. Una lluvia de balas hizo huir a los uniformados. Sólo Francisco Urías, ayudante del jefe de la Policía Judicial, se quedó para auxiliarlo y trasladarlo herido a una choza cercana, de donde poco después los narcotraficantes lo sacaron para someterlo a tortura y luego colgarlo de un árbol como advertencia al gobierno y a la población.”⁸⁴

Así comienza la historia de la intervención militar en México en la lucha contra el narcotráfico, misma que coincide con las líneas marcadas por Estados Unidos años después y que se realizaron de manera paralela en nuestro país, tal como lo presentamos en los siguientes antecedentes, apoyados de Cisneros, Freeman y Sierra.⁸⁵

- a. En 1948, con la denominación de Gran Campaña, se llevó a cabo una programa de gobierno para la erradicación manual de cosechas aplicado por el Ejército.
- b. Bajo la presidencia de José López Portillo, a partir de 1976, se emprende la llamada Campaña Permanente en la lucha contra las drogas, donde el Ejército participa en tareas policiacas con la creación del grupo Fuerza de Tarea Cóndor y la denominada Brigada Blanca, donde el primero realizaba operaciones en los estados de Sinaloa, Chihuahua y Durango, mientras que la segunda realizaba tareas de inteligencia para perseguir robo de bancos y el narcotráfico.
- c. Entre 1982 y 1994, en los gobiernos de Miguel de la Madrid y Carlos Salinas respectivamente, fueron capacitados mil 448 efectivos del

⁸⁴ Paoli Bolio, Iván. “Evolución del narcotráfico en México, primera parte”, *Revista Bien Común*, México, año 15, núm. 186, junio 2010, p. 72.

⁸⁵ Cfr. Feeman, Laurie y Sierra, “México: la trampa de la militarización”, op.cit., pp. 339 y ss., y Cisneros, José Luis, “El cáncer del narcotráfico y la militarización de la seguridad pública”, *Revista El Cotidiano*, México, núm. 161, mayo – junio 2010, pp. 49 y 50, consultado en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/325/32513865007.pdf>

Ejército Mexicano en las academias militares estadounidenses para realizar labores de inteligencia y de combate contra las drogas.

- d. En 1995, con Ernesto Zedillo como Presidente, comienza una política de limpieza y depuración de los cuerpos policíacos con la incorporación de las fuerzas armadas a la lucha contra el narcotráfico, lo cual se manifestó con el denominado Plan Piloto Chihuahua, reemplazando a 120 policías judiciales federales asignados a las oficinas de la Procuraduría General de la República por miembros del Ejército. Además se crea el Consejo Nacional de Seguridad Pública donde las Secretaría de la Defensa y Marina por primera vez tendrían participación en la toma de decisiones sobre esta materia.

- e. En el 2000, Vicente Fox, nombra como Procurador General de la República al general Rafael Macedo de la Concha, acción que permitió enfocar la actividad de fuerzas armadas contra el narcotráfico no sólo desde esa institución, sino a partir del mando de instancias que habían sido dirigidas por civiles.

Los factores de la participación del Ejército en México podemos decir que fueron tres principalmente: el primero por su ubicación geopolítica, siendo frontera con el país que representa el mercado más grande del mundo en cuanto al consumo de drogas; el segundo por la presencia de redes que participan en el tráfico de estupefacientes en América Latina y que dirigen sus operaciones hacia Estados Unidos pasando por México y, el tercero, por las condiciones económicas y sociales de la población, principalmente del sector campesino, el cual ha visto una alternativa de subsistencia en el cultivo de drogas en sus tierras, o bien, son presionados para que ello suceda.

Sin embargo, existe otro fenómeno al que no debemos restar importancia y se relaciona con la clase política en el poder, tanto en su permanencia como en la transición, lo que ha permitido, por un lado, el mantenimiento de las actividades del narcotráfico y, por el otro, una reacción utilizada como elemento

para emprender un combate contra la delincuencia organizada con las líneas citadas: la corrupción.

Bajo ese entendido, a pesar de las acciones detalladas sobre la intervención del ejército contra el tráfico de drogas desde 1941, Shannon O'Neil nos sugiere que con el Partido Revolucionario Institucional se presentó un esquema facilitador y permisivo de la expansión de tráfico de drogas, a través de un "... acuerdo (que) limitó la violencia contra los funcionarios públicos, los principales traficantes y los civiles; se aseguró de que las investigaciones judiciales nunca alcanzaran la jerarquía de los cárteles, y estableció las reglas del juego para los traficantes. Este pacto continuó incluso cuando la producción y el transporte de las drogas aumentaron en los años setenta y ochenta."⁸⁶

A decir de O'Neil, el cambio del partido en el poder en diversas entidades federativas y la recomposición del dominio del PRI en los puestos de elección popular, terminó con lo que denomina acuerdos no escritos; así, los narcotraficantes buscaron la manera de negociar con la nueva clase en el poder y de manera paralela a buscar nuevos mercados, lo que generó aumento de la violencia relacionada con el negocio de las drogas en estados donde se terminó con la hegemonía del gobierno del PRI, por citar dos ejemplos, el autor ubica cuando el PAN gobernó por primera vez Baja California en 1989 y en Chihuahua en 1992, pero cuando el PRI recupera este último Estado en 1998, la violencia se desplaza hacia Ciudad Juárez⁸⁷, lugar paradigmático no sólo por índices de inseguridad en general, sino por el recrudecimiento de la violencia de género, presentándose alarmantes cifras de feminicidios, incluso, hasta nuestros días.

La corrupción, vista desde ese enfoque, fue la puerta de entrada del Ejército a la labores contra el narcotráfico, presentándola como la solución ante la crisis de las instancias civiles encargadas de combatirlo y la vulnerabilidad de los funcionarios para tolerar y facilitar el tráfico de drogas. Sin embargo, a

⁸⁶ O'Neil, Shannon, "La guerra real de México. Cómo puede derrotar la democracia a los cárteles de la droga", *Revista Foreign Affairs*, México, vol. 9, núm 3, 2009 p. 103.

⁸⁷ Cfr. Idem.

pesar de los principios del honor, disciplina, obediencia y honradez que enarbola la institución castrense, esta no ha escapado a casos de corrupción en sus altos mando, incluso aquellos a los que se les ha encomendado de manera específica la tarea de contrarrestar el negocio de los estupefacientes y de la delincuencia organizada.

Por citar unos ejemplos, de los casos más relevantes y actuales de vínculos de militares de alto rango con el narcotráfico, tenemos el ocurrido en 1997 cuando fue detenido el entonces Jefe del Instituto Nacional para el Combate a las Drogas, general Jesús Gutiérrez Rebollo y sentenciado a 71 años por delitos contra la salud y haber proporcionado información al denominado cartel de las drogas de Juárez; también el caso del general Francisco Quirós Herмосillo, quien recibió en 2002 una condena de 16 años de prisión por parte de un Consejo de Guerra por tráfico de marihuana y cocaína, pero que murió de cáncer cuando su proceso estaba en revisión; además el caso del general Miguel Acosta Chaparro acusado de vínculos con el narcotráfico, pero que fue exonerado y asesinado en abril de 2012.

Abundando en el tema, mencionamos los procesos que se siguen en el 2012 contra el general retirado Tomás Ángeles Dauahare, quien fuera Subsecretario de la Defensa Nacional hasta 2008, el general brigadier Roberto Daw, el cual estaba al frente de una zona militar en el estado de Colima, el general de división también retirado Ricardo Escorcia Vargas, quien había desempeñado a principios del sexenio de Felipe Calderón el cargo de Subjefe Administrativo y Logístico del Estado Mayor y el teniente coronel retirado Silvio Isidro de Jesús Hernández Soto que se desempeñaba como Subsecretario de Seguridad Pública en el Estado de Veracruz, acusados de delincuencia organizada con el propósito de cometer delitos contra la salud.

Con los casos citados, se hace realidad una de las preocupaciones externadas por integrantes de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos cuando se anunció su injerencia en el combate contra las drogas, es decir, hacer vulnerables a los integrantes del Ejército ante la corrupción por desviar sus funciones sin que los resultados sean alentadores en su nueva misión, como ya

tendremos oportunidad de argumentarlo. Lo que ha propiciado ese tipo de casos es el cuestionamiento del papel castrense en la lucha contra el narcotráfico, pues si su participación obedeció, entre otras causas, a la corrupción de las instituciones civiles encargadas de atender esta problemática y el mismo fenómeno estaba presentándose entre altos mandos de sus filas, la respuesta ha fracasado.

Ante el escenario que hemos citado de reconfiguración del poder y la participación del narcotráfico en diversas esferas de la sociedad, incluidas las instancias de gobierno, facilitada por la corrupción en diferentes niveles de ejercicio de poder, Paoli Bolio afirma que no debe extrañarnos la contestación ante la lucha que se le ha declarado al delincuencia organizada, ya que se han diversificado los delitos pasando desde los secuestros hasta los homicidios con tortura y decapitaciones incluidas; precisa también que "... tampoco es extraño que haya utilizado medios de comunicación nunca empleados... como las llamadas narcomantas y las decapitaciones a las que se suele acompañar con mensajes... que han resultado ser un elemento, no solo noticioso, sino de un amarillismo tal que magnifica esos actos y hace perder la proporción entre la realidad de la seguridad pública en el país como un todo y la realidad de lo que representan los hechos del crimen organizado y particularmente del narcotráfico."⁸⁸

Ese es el contexto de la lucha contra el narcotráfico declarada en 2006, al inicio del sexenio de Felipe Calderón, con lo cual no se trata de perder la dimensión, sino de que la percepción de la inseguridad pública forma parte de lo cotidiano en la sociedad con imágenes de violencia, enfrentamientos y noticias que sólo en la llamada nota roja se encontraban. Acción que da continuidad a una guía marcada por Estados Unidos y seguida por los gobiernos mexicanos, sólo que ha sido más visible y publicitada ante la búsqueda de legitimación de un gobierno con un amplio cuestionamiento después de las elecciones presidenciales de ese año.

⁸⁸ Paoli Bolio, Iván. "Evolución del narcotráfico en México, primera parte", op.cit., p. 75.

Sostiene Morales Oyarvide que "... el empleo del Ejército como consecuencia de la ineficiencia o corrupción de las autoridades policiales es un mal remedio, pues obstaculiza la evolución normal de las estructuras civiles del Estado y dota de un poder a los militares que puede debilitar el proceso democrático. Resulta paradójico que... mientras más democracia formal existe, más poder ganan los militares, que cada vez controlan más espacios en las instituciones de seguridad y procuración de justicia."⁸⁹ Sin embargo, como sostuvimos, lo que fuera un discurso para legitimar un gobierno, se convirtió en una obsesión sin control, con diversas implicaciones que han afectado instituciones del Estado, ahondado la crisis de la inseguridad y atentado contra el tejido social de muchas comunidades, todo bajo el sello de una violación a los derechos fundamentales y la ignorancia de los mismos como límites al ejercicio del poder, a pesar de un presunto cambio democrático en el poder.

La participación del Ejército en la lucha contra el narcotráfico, además de observar a la línea que hemos planteado, fue propuesta como parte del discurso de guerra empleado por Felipe Calderón; si existe guerra, entonces las fuerzas armadas deben actuar. En el siguiente esquema, presentamos algunos de sus discursos donde se refiere a esa acción emblemática de su gobierno y que es coincidente con las palabras que identificamos como denominador común en los diversos momentos de los presidentes de Estados Unidos para justificar toda la política de combate al tráfico de drogas:⁹⁰

Felipe Calderón Hinojosa

**4 de diciembre
de 2006**

"Tengan la certeza de que mi Gobierno está trabajando fuertemente para ganar la guerra a la delincuencia."

⁸⁹ Morales Oyarvide, Carlos, "El fracaso de una estrategia: una crítica a la guerra contra el narcotráfico en México, sus justificaciones y efectos.", Revista *Nueva Sociedad*, Argentina, núm. 231, enero – febrero 2011, p. 8.

⁹⁰ Las frases son tomadas del artículo denominado "Una ayudadita para la memoria de Felipe Calderón", escrito por Carlos Bravo y que fue retomado por la Revista Nexos, consultado en <http://redaccion.nexos.com.mx/?p=2571>

19 de febrero de 2007	“Sabemos que en la guerra contra los enemigos del orden público falta mucho por hacer y ello exige redoblar esfuerzos”
2 de mayo de 2007	“Estamos librando una guerra para salvar a nuestros niños y jóvenes de las garras de las drogas y las adicciones, y para que no sea la violencia, sino la ley la que impere en nuestro querido México.”
2 de julio de 2007	Es por ello que desde los primeros días de mi Gobierno dimos inicio a una guerra frontal contra la delincuencia y contra el crimen organizado, una guerra que sigue una estrategia integral y de largo plazo, sabemos de las amenazas, de la amenaza que representa la peligrosidad de nuestros adversarios y sabemos del enorme daño que le ha causado al país. Sabemos que será una guerra de largo plazo, que no será fácil ni rápido ganarla, que tomará tiempo, que tomará recursos económicos, vidas humanas, pero es una guerra que vamos a ganar con el apoyo de la sociedad.”
17 de junio de 2008	“Estamos decididos a ganar la guerra contra la delincuencia y el crimen organizado, porque lo que está en juego es el bien de la Nación y la tranquilidad de los ciudadanos.”
12 de enero de 2011	“Yo no he usado y sí le puedo invitar a que, incluso, revise todas mis expresiones públicas y privadas. Usted dice: Usted ya eligió el concepto de guerra. No. Yo no lo elegí. Yo he usado permanentemente el término lucha contra el crimen organizado y lucha por la seguridad pública y lo seguiré usando y haciendo.”

Sin embargo, la intervención militar en la guerra contra el narcotráfico, es sólo un aspecto de esta acción del Estado, sino que se ha valido del desarrollo de una política pública y de reformas legislativas con la finalidad de crear una legitimación y fundamentar jurídicamente la guía a la que nos hemos referido. La coincidencia de las palabras en los discursos formulados por mandatarios estadounidenses desde la segunda mitad del siglo pasado, con las expresadas en la primera década del siglo XXI por las autoridades mexicanas, no nos sorprende, pues si existe una receta de cómo atacar un problema al que se le diagnostica con las mismas características, debe responderse de manera igual y eso ha sido el trabajo del Estado en nuestro país.

Con mensajes a favor de la seguridad nacional o la protección de las amenazas del Estado, México sigue los pasos de una guerra contra el

narcotráfico con una base desarrollada sobre el derecho penal del enemigo y una guía puesta en la agenda de los países que contiene los intereses de Estados Unidos; sin embargo, las repercusiones han sobrepasado el *territorio inviolable*, el *coto vedado* o la *esfera de lo indecible* que definimos en su momento, lo que hace necesario voltear la mirada a otro fundamento para alcanzar el objetivo de la seguridad por el que se emprende un combate del tráfico de drogas, nos referimos a la seguridad humana, la cual implicaría "... para empezar, que se reforzara el control democrático que constitucionalmente deben ejercer las autoridades electas sobre las fuerzas armadas y que se incluyera un número mayor de voces en el debate sobre seguridad y defensa... la prioridad no sería la defensa del territorio, sino la vigencia de un orden político sostenido en una amplia legitimidad étnica, religiosa y de clase."⁹¹ Para Eguizábal y Diamint, se trata de concebir el respeto de los derechos fundamentales como un elemento clave en las acciones sobre seguridad, colocando a la persona y no al Estado, en el centro de las definiciones sobre las medidas que deben adoptarse.

El discurso utilizado hasta el momento, desde nuestra perspectiva, se encuentra agotado y conviene que revisemos su vigencia ante nuevos paradigmas de entender, diseñar y aplicar mecanismos con los que el Estado ha justificado su actuación, como lo es el derecho y la realización de políticas públicas. Analizar el lenguaje estatal en la guerra contra el narcotráfico en nuestro país bajo el tamiz de pasos que van construyendo la posibilidad de un Estado Constitucional, será la antesala para analizar la actuación de las autoridades y sus resultados sobre nuestro tema de estudio.

2.3. Oportunidad para el rompimiento del paradigma en el Estado de Derecho

⁹¹ Eguizábal, Cristina y Diamint, Rut, "La guerra contra el terrorismo y el futuro de las democracias latinoamericanas", *Revista Foreign Affairs*, México, vol. 2, núm. 1, primavera 2002, p. 41.

El marco conceptual sobre el que hemos reflexionado respecto al ejercicio del poder y sus límites representados en los derechos fundamentales, así como en el desarrollo que han tenido esas referencias en la aplicación de acciones de las autoridades -ejecutivas, legislativas o judiciales- con la construcción de justificaciones de carácter legal de esas conductas, no son más que descripciones de la actividad del Estado manifestada en ordenamientos jurídicos o aplicación de política que buscan la legitimación de su actuar.

Tanto la base como la guía en la lucha contra el narcotráfico en nuestro país, constituyen el reflejo sobre la construcción de discursos que transmitan la idea de un papel desempeñado por el ente estatal apegado a las funciones y responsabilidades conferidas; ahora, nuestra argumentación se centra en la pauta de esas actitudes, es decir, en lo que se ha denominado Estado de Derecho y el uso de esa connotación para crear modelos como el derecho penal del enemigo y mensajes de intervenciones militares en búsqueda de la seguridad nacional y la paz que trascienda las fronteras.

Adelantamos líneas atrás sobre la oportunidad con un rompimiento del paradigma y justo nos colocaremos en la antesala de ese paso con los elementos proporcionados por la actividad judicial en nuestro país, a partir de un caso donde, sin que sea casualidad, intervienen efectivos del Ejército Mexicano en la desaparición de Rosendo Radilla Pacheco en 1974 y que dieron lugar a la Resolución de la SCJN sobre el expediente varios 912/2010, el cual será objeto de análisis del presente apartado.

Sin embargo, antes de entrar al estudio referido, estimamos necesario proporcionar elementos mínimos sobre la noción del Estado de Derecho, así como sus secuelas y reacciones que dan paso al Estado Constitucional donde el respeto de los derechos fundamentales es un vínculo de su legitimidad y no un objetivo sobre el cual deben enfocarse las baterías para ignorarlos o, incluso, atentar contra ellos, con base a normas que cumplen sólo con el hecho de haber sido creadas mediante los procesos formales. Resulta indispensable también referirnos a los reajustes que el propio concepto trae consigo con la

aplicación de sus postulados en el desempeño de las actividades de administrar, de legislar o de impartir justicia por parte del Estado, donde obligaciones surgidas a raíz de la resolución del caso Rosendo Radilla como el control convencional por parte de todas las autoridades, nos llevarán a reforzar nuestra opinión sobre la incompatibilidad del discurso y acciones de la lucha contra el narcotráfico en la nueva dimensión que está tomando (y debe tomar) el Estado y el derecho frente al binomio ley-orden, traducido en el principio de legalidad.

En un Estado de Derecho, la sociedad es considerada el punto de comprensión del mismo y la ley no es la manifestación de voluntad de la autoridad, ya que esta no es capaz de trascender sus propios intereses, sino que se convierte en un mecanismo de garantía de los derechos. En ese contexto, su expresión se afirma bajo el principio de legalidad entendido como una idea bajo la cual no es oponible la razón de la autoridad en su forma de administración, la inaplicación del juzgador o la resistencia de los particulares a su cumplimiento, esto es, se conduce a un terreno normativo de carácter supremo.⁹²

El siglo XIX es el auge del desarrollo de esta concepción que en la actualidad tiene repercusiones en la forma de entender el derecho, aplicarlo e interpretarlo, sobre todo en países que recibieron la tradición europea en el diseño de sus sistemas jurídicos -como México- y que constituyó la base en la construcción del andamiaje jurídico y político para el ejercicio del poder, es decir, utilizando el concepto de Khun sobre paradigma, el principio de legalidad es considerado como de esas "... realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica."⁹³

⁹² Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. "Ley, derechos y justicia"*, op.cit., pp. 23 y 24.

⁹³ Khun, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 149.

Para Ost y Van de Kerchove, el principio de legalidad puede ser entendido en tres sentidos:⁹⁴ el primero se relaciona con la subordinación y la obligada conformidad de todos los actos de las autoridades distintas al generador de normas a las leyes, es decir, el poder ejecutivo y judicial, en la tradicional división de poderes, con el sometimiento a la voluntad del legislativo en tanto que este dicta el contenido del ordenamiento legal. En un segundo enfoque, implica también la subordinación y la conformidad de los actos particulares a los actos jurídicos de alcance general, con independencia de la autoridad que los emita; finalmente, los autores precisan que el principio de legalidad es el fundamento del respeto al ser humano.

Kelsen le incorpora un elemento y lo lleva al plano de la ejecución; sobre el particular sostiene que "... no sólo significa que todo acto de ejecución debe ser conforme con la ley, sino también, esencialmente, que puede haber actos de ejecución sobre la base de una ley; es decir, autorizados por la ley."⁹⁵

En esas nociones del principio de legalidad es común la subordinación y obediencia a la ley, en el entendido que ella obliga, permite o prohíbe toda actividad del Estado o de cualquier persona, excluyendo a quien las emite –el legislador-. Es decir, no existe si no está contenido en la norma, la actuación de la autoridad se delimita al marco de la ley y aparece la aplicación automática de lo que no está permitido está prohibido y, en un ejercicio aplicativo de conveniencia, lo que no está prohibido está permitido.

Esas últimas expresiones se originan por la empresa ambiciosa, pero fracasada, de realizar una previsión de todo lo posible y enmarcar en un contexto legal las circunstancias que pudieran suscitarse en una sociedad, pero los factores económicos, culturales y políticos pueden dar vida a un sin fin de situaciones que sería prácticamente imposible encuadrarlas a la mente creadora del legislador para que las traduzca en normas. Además, como

⁹⁴ Ost, Francois, Van de Kerchove, Michel, *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*, Unibiblos, Colombia, 2001, p. 335.

⁹⁵ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, tr. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2001, p. 30.

anotamos, la ley que crea el derecho responde a los intereses de quien la genera, produciendo conflictos e inconformidades con aquellos con los que se rompe la homogeneidad y estabilidad que quiere mostrarse con la aplicación del principio de legalidad como elemento clave en el Estado de Derecho.

Aún más: ese quebrantamiento del orden hace indispensable la adopción de medidas por parte de la clase en el poder y obliga a realizar concesiones y adaptaciones de sus intereses para conservarlo, sin que sea satisfactoria plenamente para todos sus integrantes. De esa manera, se tiene un escenario doble de inconformidad: por un lado, sectores que se sienten engañados y decepcionados con los alcances del principio de legalidad, ya que no ven reflejados sus intereses, ni siquiera una alternativa para llegar a sus pretensiones, por lo que recurren a otras vías para generar un cambio; por el otro, a integrantes de esa clase en el poder que ven ya un peligro sostener ese principio bajo el contexto que viven, pues además de no obtener lo que en un inicio fue su apuesta al orden hegemónico del imperio de la ley, ese mismo principio vuela en su contra al compartir los beneficios con otras personas para que puedan legitimar a aquellas que les está dando cabida.

Tropper señala entonces que "... el Estado de derecho, así entendido, es entonces simplemente un tipo de organización del poder, en el cual existe una jerarquía de normas. En esta jerarquía, la que, por sí sola, sería una garantía de libertad y de democracia."⁹⁶ La primera de esas garantías tiende a la concepción de libertad política formulada por Montesquieu, es decir, el hecho de estar sometido a las leyes y exclusivamente a las leyes, en tanto que la garantía de democracia depende de una jerarquía de normas porque el pueblo hace la ley y la autoridad las ejecuta.

Aparece con este fenómeno una redimensión sobre el papel del legislador y una actuación protagónica de los otros poderes al voltear la mirada como fuentes del derecho que puedan ajustarse más a las exigencias y realidades de la sociedad que la propia ley les ofrece. Se llega a una desmitificación de la ley

⁹⁶ Troper, Michel, *Ensayos de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2004, p. 69.

como expresión de la voluntad popular⁹⁷ y se comienza a considerar un abuso del principio de legalidad al convertirse en una especie de legitimación y justificación para ostentar el poder.

Con esos elementos, nos encontramos en un contexto donde se percibe un agotamiento del paradigma prevaleciente en el desarrollo de sociedades industrializadas que, mediante la incorporación de todos los sectores a su auge, busca una imagen de estabilidad y de homogeneidad, ignorando las diferencias o pretendiendo desaparecerlas bajo instrumentos como el derecho que, mediante su expresión normativa, se constituye en un faro el cual refleja los intereses de personas que lo crean.

Esa función del derecho hace posible verlo como un mecanismo expresado como práctica social discursiva, que distribuye el poder social como apunta Carlos María Cárcova; sin embargo, ese poder parte de una división del trabajo en intelectual y el manual, donde el saber social es ejercido por un conjunto de individuos, es decir, el poder que se asienta en el conocimiento sobre el modo de operar el derecho, se presenta a través del desconocimiento general de los modos de operación, es decir, "... la preservación de ese poder requiere la reproducción del efecto del desconocimiento. Requiere, en fin, opacidad."⁹⁸

La producción legislativa y el poder derivado del mismo a través de su expresión en derecho, está a cargo entonces de un grupo de personas que electas o no, dependiendo de la época o forma de gobierno en la cual nos ubiquemos, son las que definen las relaciones presentes en el Estado revestidas de la formalidad jurídica, pero esta formalidad se traduce en la protección de sus intereses. Esas condiciones, al estar pensadas para un sector, no satisfacen necesidades de otros y ante las respuestas fallidas o nulas a los problemas que se presentan, posibilitan una crisis donde la legitimidad de la autoridad se ve disminuida y la credibilidad, como base sobre la cual fundamentan su actuar, es cada vez menor, es decir, el principio de

⁹⁷ Cfr. Ost, Francois, Van de Kerchove, Michel, *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho* p. 344.

⁹⁸ Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998, p. 164.

legalidad y el poder conferido por ellas a la autoridad bajo la legitimidad por esta vía, ya no constituyen una opción viable sobre la que pueda continuar la sociedad.

Al respecto, Modesto Saavedra López precisa: "... las crisis sociales y políticas provocan una conmoción tal que se acaba por cuestionar la adecuación entre los principios y la realidad, entre lo proclamado y lo realmente vivido. Las expectativas jurídico-materiales de los diversos sectores sociales, la vigencia del reconocimiento institucional de nuevas relaciones jurídicas que compensen el desequilibrio producido por la acumulación capitalista, el nacimiento de nuevas modalidades de práctica social y política, chocan contra la esclerotización de un sistema que ya en sus orígenes funcionaba al servicio de las clases dominantes."⁹⁹

A esa forma de repensar el principio de legalidad, debemos recordar las reflexiones sobre el surgimiento paralelo de los derechos fundamentales como límite al ejercicio del poder que hemos descrito en el Capítulo anterior. Por ello, es preciso anotar que, ante la descripción de una conducta contenida en norma, se reconocen los derechos fundamentales no para otorgar permisiones, establecer prohibiciones o autorizar a una determinada autoridad la imposición de un castigo en caso de que no se observe la obligación descrita en la norma, sino que se contiene como fuente de legitimación o deslegitimación de la misma o del poder del Estado, en función de que sean respetados y no para condicionar su existencia o su validez.

El Estado no es quien de manera arbitraria y conforme a sus circunstancias, delinea los derechos fundamentales, pues nos encontraríamos en una posición que no toma en cuenta la universalidad de los derechos, ya que dependiendo del Estado y sus circunstancias, estarán presentes sólo algunos, rompiendo el esquema de igualdad que implica ese aspecto.

⁹⁹ López Calera, Nicolás, et.al, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1978, p. 37.

Bajo esa concepción moderna, la definiría Zagrebelsky, los derechos tienen una función instauradora y renovadora del orden social¹⁰⁰, ante los excesos cometidos por el poder estatal, pero también ante la decepción que conllevó la supremacía de la ley aplicada sólo para la satisfacción de determinados intereses y llevó a dudar, incluso, a algunas personas que confiaron en el principio de legalidad, al no verse ya beneficiados por este. Se presenta entonces nuevos roles en las actuaciones del legislador y del Poder Ejecutivo, comenzando a pensar en un pluralismo de fuentes, en la aplicación del derecho con argumentación y contra-argumentación por parte de los jueces, en suma, en un activismo judicial ante el desarrollo débil de la centralización política y racionalización jurídica.

Gabriel Bouzat afirma, que en el Estado de Derecho, "... (se) genera un profundo descreimiento en el activismos judicial y considera que la justicia puede sólo ser obtenida a través de la aplicación estricta del derecho escrito... En consecuencia se piensa que el juez no crea derecho, sino que sólo lo aplica, y que la tarea interpretativa no hace más que determinar el sentido de una norma general para aplicarlo a un caso particular."¹⁰¹ Por su parte, Barcellona considera que el gobierno de los hombres es sustituido por un gobierno de las leyes, es decir, se despersonaliza el poder y se crea el paradigma sobre el principio de legalidad, el cual, con sus abusos, permite la configuración de otras formas de aplicar e interpretar el derecho.¹⁰²

De esa manera, se construyen alternativas para hacer frente a la crisis de legalidad y encontrar en el derecho esa función reivindicadora que sea un mecanismo de cambio social y no sólo un instrumento que implique una relación de subordinación.

¹⁰⁰ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. "Ley, derechos y justicia"*, op.cit., pp. 83 y 84.

¹⁰¹ Gabriel Bouzat, "El control constitucional. Un estudio comparativo," en Ackerman, Bruce y et. al., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 79.

¹⁰² Cfr. Viturno, Paula, *Sobre el origen y fundamento de los sistemas de control constitucional*, Ad-HOC, Buenos Aires, 2002, p. 28.

Laporta, al hablar sobre la máxima de la ley como fuente primordial del derecho, precisa lo siguiente: "... ahora se afirma que esa situación está tocando fondo a su fin o está seriamente amenazada debido a un conjunto muy complejo de factores de todo tipo... y entre los que suelen mencionarse fenómenos como el surgimiento de entidades políticas supranacionales que emiten disposiciones jurídicas vinculantes sin órganos legislativos adecuados, la variopinta y a veces caótica actividad de los parlamentos nacionales o regionales, el incremento de la fuerza y la presencia del poder ejecutivo en la vida nacional y el creciente protagonismo de las decisiones judiciales sobre todo en los materiales de control constitucional."¹⁰³

En efecto, la presencia de diversas decisiones judiciales, tanto de órganos nacionales como de instancias regionales o internacionales, se traducen en un cambio que va en dirección contraria al principio de legalidad, es decir, de no maximizar el contenido de la ley entendida como voluntad de un poder del Estado, sino de aplicarlos conforme a lo establecido en instrumentos superiores que son la Constitución o los tratados sobre derechos humanos. Este enfoque combate la tradición de entender la interpretación y aplicación del derecho como un acto mecánico donde el operador jurídico no es más que un instrumento mediante el cual la norma expresa su poder.

Frente a estas características, tanto la base como guía en la lucha contra el narcotráfico que hemos descrito, se enfrentan a un dilema pues su justificación de ser acciones apegadas a la ley y permitidas por esta, es cuestionada ante el enfoque de atender no sólo a la vigencia de un orden jurídico o de una acción de gobierno de acuerdo a la forma en que se aplican y realizan, sino a la validez de las mismas conforme a los contenidos, efectos y congruencia con los postulados en los que se sustentan, es decir, en el ordenamiento jurídico de mayor jerarquía que es la Constitución.

En medio de ese escenario, aparece como límites al auge y crisis del principio de legalidad, lo que se denomina control constitucional bajo las reflexiones de dejarlo en manos del propio legislador que crea las normas o

¹⁰³ Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley, una visión actual*, Trotta, Madrid, 2008, p. 151.

asignarle esa función a un órgano jurisdiccional o un tribunal específico, respectivamente.

Cossío Díaz desarrolla un recuento detallado del control constitucional en México;¹⁰⁴ inicia recordando que esta actividad la realizaba el Poder Legislativo, para lo cual cita el antecedente que se presenta el siete de enero de 1829 cuando es declarada la inconstitucionalidad del Decreto 12 de la Legislatura de Oaxaca mediante el cual se expulsaba a dos habitantes de la entidad y se argumentó que eran contrarios a los artículos 157 de la Constitución, además del 18 y 19 del Acta Constitutiva; a ese declaratoria siguieron otras siete leyes declaradas inconstitucionales. Refiere que a partir de las Siete Leyes Constitucionales de 1836, en el artículo 12 de la segunda de ellas se le confieren facultades al Supremo Poder Conservador para declarar la nulidad de leyes, decretos, actos o sentencias emitidas por el Congreso, el Ejecutivo o la Suprema Corte respectivamente, siempre y cuando contravinieran algún artículo de la Constitución y en las Bases Orgánicas de 1843 se asignaba a la Suprema Corte la facultad para resolver las dudas sobre la inteligencia de alguna ley.

El autor menciona que para el periodo de 1814 y 1847 se actualizaba la prevalencia de los órganos políticos representativos frente a los jurisdiccionales en la realización del control jurisdiccional, con la dirección hacia la protección de la supremacía constitucional frente a normas federales o locales emitidas. Sin embargo, se busca abandonar ese camino y estructurar al Poder Judicial de la Federación para asignarle las funciones que hasta ese entonces eran llevadas a cabo por el Legislativo en cuanto al control constitucional, pero acotadas sus decisiones con efectos relativos y centralizadas, pues se concentraba a ciertos órganos. Respecto al lapso de 1857-1917 señala que aparece el juicio de amparo y controversia constitucional, mientras en 1987 se otorga la facultad de interpretación de la Constitución a la Suprema Corte y

¹⁰⁴ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, UNAM, México, 2011, pp. 13, 18, 25, 128 y 129.

finalmente en 1994 se incorpora la acción de inconstitucionalidad como un mecanismo de control constitucional.

En todo ese desarrollo, Cossío afirma que "... la determinación de la supremacía constitucional pasaba por la violación a los derechos fundamentales, sus efectos eran totalmente relativos, el entendimiento constitucional era parcial y los juzgadores diversos a los del Poder Judicial de la Federación no participaban del monopolio del control ejercido por éstos."¹⁰⁵

En esa revisión, si bien existe la búsqueda de alternativas para la aplicación del derecho y alejarse de los abusos descritos respecto al paradigma del principio de legalidad, observamos una reafirmación del mismo, a través de la reproducción de características que se pretendían combatir, es decir, la interpretación de la ley, si bien con la intención de realizarla conforme a la Constitución, el resultado es que quedaba en manos del juzgador imponer su criterio que respondía a la formación de aplicación formal y quedando depositada además, de manera concentrada, en una determinada clase de jueces ocasionando un monopolio del control constitucional.

La actividad del juzgador, en el contexto descrito, respondía pues a la clase a la que pertenecía cerrando posibilidades a los jueces que no formaran parte del círculo de jerarquía, de no participar del control constitucional, privilegiando la actividad a un sector, como en la maximización del principio de legalidad, responden a sus intereses y no necesariamente, coinciden con el del resto de las personas.

La atribución exclusiva de ese control en nuestro país fue formalizada mediante decisiones adoptadas por la SCJN mediante las siguientes tesis:

Localización: Novena Época.

Instancia: Pleno.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Agosto de 1999.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 127.

Página: 18.

Tesis: P./J. 73/99. Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional.

CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.

Precedentes: Amparo en revisión 1878/93. Sucesión intestamentaria a bienes de María Alcocer vda. de Gil. 9 de mayo de 1995. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Alfredo López Cruz. Amparo en revisión 1954/95. José Manuel Rodríguez Velarde y coags. 30 de junio de 1997. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Mario Flores García. Amparo directo en revisión 912/98. Gerardo Kalifa Matta. 19 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo. Amparo directo en revisión 913/98. Ramona Matta Rascala. 19 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo; en su ausencia, hizo suyo el proyecto Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González. Amparo directo en revisión 914/98. Magda Perla Cueva de Kalifa. 19 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guillermina Coutiño Mata. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el trece de julio del año en curso, aprobó, con el número 73/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Localización: Novena Época.

Instancia: Pleno.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Agosto de 1999.

Página: 5.

Tesis: P./J. 74/99. Jurisprudencia.

Materia(s): Constitucional.

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto."

Precedentes: Amparo en revisión 1878/93. Sucesión intestamentaria a bienes de María Alcocer vda. de Gil. 9 de mayo de 1995. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Alfredo López Cruz.

Amparo en revisión 1954/95. José Manuel Rodríguez Velarde y coags. 30 de junio de 1997. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Mario Flores García.

Amparo directo en revisión 912/98. Gerardo Kalifa Matta. 19 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo.

Amparo directo en revisión 913/98. Ramona Matta Rascala. 19 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo; en su ausencia, hizo suyo el proyecto Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González.

Amparo directo en revisión 914/98. Magda Perla Cueva de Kalifa. 19 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guillermina Coutiño Mata.

De esa manera, se concentra la interpretación de la norma constitucional y su control en la institución de la Suprema Corte; cabe apuntar lo que señala Norbert Lösing: "... las decisiones no se toman siempre con base en criterios políticos y económicos razonables y con miras al interés general, sino de acuerdo a intereses individuales de los grupos del poder económico."¹⁰⁶ Sin ahondar al respecto, podrían señalarse resoluciones judiciales que aluden a principios constitucionales, o bien, reafirman lo expresado en la ley, aunque el denominador común es la respuesta ofrecida frente al contexto en el que se presentan sin llevar a la maximización o supremacía la norma constitucional, pues, como apunta López Calera "... si la tarea interpretativa y aplicadora del derecho ha sido entendida tradicionalmente como un trabajo de subsunción del hecho en la norma, hay que denunciar que la determinación de los hechos no es objetiva, pues son manipulados por los conceptos generales que se aceptan y que están tomados de un sistema de normas jurídicas que representan los intereses de la clase burguesa."¹⁰⁷

Frente a esa realidad de nuestro país, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) se comienza a delinear un medio de control como límite al ejercicio del poder relacionado con el principio de supremacía constitucional y con el respeto de los derechos fundamentales, ya sea contenidos en la Constitución o en los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado, además que se aparta del monopolio o exclusividad de esa función a determinada autoridad para establecerla como una obligación de los operadores jurídicos, es decir, de un privilegio revestido de facultad otorgada por una interpretación a modo de la Constitución, en el caso de México, pasa a un mandato inherente a la función judicial.

En la sentencia del caso Almonacid Arrellano y otros vs. Gobierno de Chile de 26 de septiembre de 2006, la CoIDH determina lo siguiente en su párrafo 24:

¹⁰⁶ Lösing, Norbert, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, tr. Marcela Anzola Gil, DYKINSON, Montevideo, 2002, p. 44.

¹⁰⁷ López Calera, Nicolás, et.al., *Sobre el uso alternativo del Derecho*, op.cit., p. 16.

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

Se menciona en esa decisión judicial un control de convencionalidad que debe realizar el Poder Judicial, es decir, todos sus integrantes y no sólo algunos; sobre este tipo de control Ferrer Mac- Gregor señala que “... consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta.”¹⁰⁸

A la resolución de la CoIDH, siguen otras que reafirman el control convencional por parte del Poder Judicial, entre las cuales se encuentran: *La Cantula vs. Perú* de 29 de noviembre de 2006, *Boyce y otros vs. Barbados* de 20 de noviembre de 2007, *Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 12 de agosto de 2008, de *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes ambos vs. Guatemala*. Para México se han presentado en las siguientes sentencias: *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (23 de noviembre de 2009) –es la única en la que hasta el momento se ha pronunciado el Poder Judicial de la Federación como más adelante se abordará-, *Inés Fernández Ortega y otros vs. México* (30 de agosto de 2010), *Valentina Rosendo Cantú y otra vs. México*

¹⁰⁸ Ferrer Mac- Gregor, Eduardo y et.al, *Jurisdicción Militar y derechos humanos. “El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, Porrúa, México, 2011, pp. 57 y 58.

(31 de agosto de 2010) y Cabrera García y Montiel Flores vs. México (26 de noviembre de 2010).¹⁰⁹

Es importante mencionar que algunos órganos jurisdiccionales en nuestro país han adoptado criterios sobre el denominado control convencional antes de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la siguiente manera:

Localización: Novena Época.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Mayo de 2010.

Página: 1932.

Tesis: XI.1o.A.T.47 K.

Materia (s): Común.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.

Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 1060/2008. ***** . 2 de julio de 2009. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Víctor Ruiz Contreras. Nota: Esta tesis es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 293/2011, pendiente de resolverse por la Primera Sala.

Localización: Novena Época.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

¹⁰⁹ Para analizar los términos de las referencias sobre el control de convencionalidad que debe ejercer el Poder Judicial de la Federación de nuestro país, véase para el caso Rosendo Radilla Pacheco los párrafos 338 a 342, para el caso Inés Fernández Ortega y otros los párrafos 233 a 238, para el caso Valentina Rosendo Cantú y otra los párrafos 218 a 223 y para el caso Cabrera García y Montiel Flores, párrafos 225 a 235 en las sentencias emitidas por la CoIDH respecto a los asuntos en particular.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Marzo de 2010.

Página: 2927.

Tesis: I.4o.A.91 K.

Materia (s): Común.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 505/2009. Rosalinda González Hernández. 21 de enero de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Patricio González-Loyola Pérez. Secretario: Víctor Octavio Luna Escobedo.

Ferrer Mac- Gregor destaca también la sentencia de la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al resolver el juicio para la protección de los derechos político-electorales del expediente ST-JDC-33/2011, del 24 de marzo de 2011, bajo la ponencia del Magistrado Santiago Nieto Castillo, donde se hace referencia expresa al deber de todos los jueces de realizar el control de convencionalidad y cita los diversos casos de la CoIDH donde se ha establecido la doctrina del "control difuso de convencionalidad" y especialmente se sigue el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, para establecer que dicho control debe ejercerse por todos los jueces, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, lo cual

implica, entre otros aspectos, "... la obligación de los jueces de aplicar de forma directa los tratados internacionales".¹¹⁰

El mismo autor destaca tres resoluciones adoptadas después del pronunciamiento de la SCJN sobre el caso Radilla, donde se acepta el control de convencionalidad;¹¹¹ en primer término menciona a la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación en el expediente ST-JDC-53/2011 del 16 de junio de 2011; en segundo lugar la resolución dictada por la sala Penal Colegiada "C", en calidad de Tribunal de Casación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango del 26 de abril de 2011, al resolver el toca número 01PC/2011 y finalmente la resolución de la Cuarta Sala Unitaria Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, al conocer del recurso de apelación en contra de un auto de formal prisión (toca penal artículo 43/11), el 8 de agosto de 2011 donde se ejerció control difuso de constitucionalidad, al desaplicar al caso concreto el artículo 224, fracción V, del Código de Penal del Estado de Nuevo León.

Con los criterios judiciales apuntamos se observan dos fenómenos: uno es la aceptación del control de convencionalidad y el otro es el control difuso que, a decir la postura de la SCJN no estaba contenido en las disposiciones constitucionales; sin embargo, en la interpretación y aplicación del derecho, algunos jueces, sin pertenecer a esa clase judicial que consideraba el control constitucional como un privilegio y no como una obligación, comienzan a fraguar la oportunidad de un cambio de paradigma y ejemplificar que se puede avanzar para romper los esquemas que ya no ofrecen soluciones a los hechos problematizados jurídicamente y conllevan –o suponen al menos- una vulneración de derechos fundamentales, por lo que puede concebirse como un límite al ejercicio del poder.

Resulta conveniente referir la denominación de control difuso de la Constitución apoyados por De Vergottini, el cual describe a este modelo como

¹¹⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. "El nuevo paradigma para el juez mexicano"*, UNAM, 2011, p. 418.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 419 - 425.

“... el poder que tiene todo juez para verificar la compatibilidad frente a la Constitución de todas las normas que debe aplicar, con independencia de que no puede llegar a anularlas, sino únicamente a desaplicarlas para el caso concreto.”¹¹² De esa manera, siguiendo a Michel Troper, en el escenario del principio de legalidad descrito se comienza a desdibujar un gobierno de los jueces *altísimo sensu*, es decir, que cierto jueces parecen disponer de un poder político excesivo capaces de oponerse a decisiones políticas y *strictísimo sensu* con el ejercicio de la totalidad del poder, incluso del legislativo al interpretar las normas constitucionales y decir que sí o que no debe entenderse contenido en ellas.¹¹³

Con esta nueva perspectiva de aplicar y entender las disposiciones de las normas, ubiquemos ahora el caso Radilla donde se desprenderán los elementos necesarios para mostrar la incompatibilidad del discurso de la guerra contra el narcotráfico.

Rosendo Radilla Pacheco, de 60 años de edad, junto con su hijo de 11 años, viajaban en un autobús desde Atoyac de Álvarez a Chilpancingo en el Estado de Guerrero el 25 de agosto de 1974. El transporte fue detenido en dos ocasiones por un retén militar para realizar revisiones a los pasajeros; en la segunda inspección, los efectivos del Ejército solicitan a todos los tripulantes abordar el camión con excepción de Rosendo Radilla, ya que quedaba detenido por que componía corridos. El último registro que se tiene de él, es que tres días después de su detención, fue ingresado a las instalaciones de la zona militar de Guerrero, actualmente se considera su caso como una desaparición forzada acreditada.¹¹⁴

18 años después, el 27 de marzo de 1992, Andrea Radilla Martínez, hija del desaparecido, presenta denuncia contra quien resulte responsable por la

¹¹² De Vergottini, Giuseppe., *Derecho constitucional comparado*, tr. Pedro Tenorio Sánchez México, UNAM- SEPS, 2004, citado por Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, op.cit., p. 131.

¹¹³ Cfr. Troper, Michel, *Ensayos de teoría constitucional*, op.cit., pp. 131-139.

¹¹⁴ Cfr. Sentencia Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 120 a 131, consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco; siguen a la denuncia otras tres presentadas el 14 de mayo de 1999, el 20 de octubre de 2000 y el 9 de enero de 2001 para los mismos efectos.¹¹⁵ Ante la falta de respuesta de las instancias locales a la pretensión de impartición de justicia primero y, con el desacuerdo de diversas actuaciones judiciales respecto al caso en un segundo momento, el 15 de noviembre de 2001, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México, presentaron una denuncia contra el Estado Mexicano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), haciendo del conocimiento la desaparición forzada de Rosendo Radilla.

Esa instancia internacional, el 15 de marzo de 2008 somete el caso ante la CoIDH, la cual dicta sentencia el 23 de noviembre de 2009 estableciendo una serie de requerimientos al Estado Mexicano e imponiéndole obligaciones que, en el aspecto de la aplicación del derecho y la interpretación judicial, pueden resultar un instrumento alternativo respecto al pensamiento que toma como base el paradigma del principio de legalidad y una oportunidad para el cambio o, en caso contrario un reforzamiento de esta estructura a través de la resistencia a la transformación.

Un comienzo de esa posible transformación, resulta el acudir ante instancias internacionales por el agotamiento del principio de legalidad a nivel interno y visto como un impedimento para el ejercicio de los derechos, más que como una limitante al ejercicio del poder. Por lo menos, en este extremo, se encuentra un viso de cambio en la no sujeción de la interpretación que se ofrece del orden jurídico interno que no toma en cuenta los principios constitucionales y los estándares internacionales, en este caso, sobre derechos humanos.

En sesión del 14 de julio de 2011, el Pleno de la SCJN adoptó un Acuerdo sobre la Resolución dictada en el expediente varios 912/2010, respondiendo a una consulta que formuló el Presidente de ese órgano el 26 de mayo de 2010,

¹¹⁵ Ibidem, párrafos 182 - 187.

de la cual se integró el expediente de referencia para que se determinara cuál debería ser la participación del Poder Judicial Federal en el cumplimiento de la sentencia de la CoIDH que se ha citado.

El origen de la resolución de la SCJN obedece a lo señalado en el párrafo 339 de la sentencia de la CoIDH sobre el caso Radilla, donde se señala lo siguiente: “339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”¹¹⁶

Este criterio de la CoIDH y la manera en que la SCJN ha decidido que el Poder Judicial Federal está obligado frente a ello, sienta las bases para la discusión sobre el cambio de paradigmas en la aplicación e interpretación de las normas en nuestro país, posibilitando una elección entre la paradoja sostenida de transformación del pensamiento sobre el principio de legalidad o la resistencia al cambio con el mantenimiento de las estructuras que lo han llevado a una crisis.

¹¹⁶ Sentencia Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, op.cit., párrafo 339.

Lo anterior se deriva porque, entre las obligaciones señaladas por la SCJN, por lo que respecta al Poder Judicial Federal, se encuentra la de los jueces de llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad en los términos señalados.

A esa obligación, resulta útil para el análisis, agregar la reforma constitucional en materia de derechos humanos, específicamente al artículo 1º -publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011-, que establece el principio denominado *pro persona*, el cual implica la obligación de preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, es decir, aunque la norma que implica un mayor nivel de protección de los derechos de la persona sea jerárquicamente inferior, o bien, que haya sido introducida al sistema jurídico con anterioridad a otra norma menos protectora, con base a este principio dicha norma deberá aplicarse sobre cualquier otra. Incluso, si se llegara a presentar una contradicción entre una norma constitucional y, por ejemplo, una norma internacional en materia de derechos humanos que cuenta con un contenido de mayor protección que la norma constitucional, deberá aplicarse la norma internacional, y por el contrario, si la norma constitucional confiere mayor reconocimiento a los derechos humanos, ésta última es la que se tendrá que aplicar.

Reforzando esta idea, consideramos importante citar el siguiente criterio de la Primera Sala de la SCJN al pronunciarse sobre los alcances del principio *pro persona*:

Localización: Décima Época.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro IV, Tomo 3, Enero de 2012.

Página: 2918.

Tesis: 1a. XIX/2011

Materia (s): Constitucional.

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.

De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios de favorabilidad del individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el Texto Constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Amparo directo 28/2010. Demos, Desarrollo de Medios, S.A. de C.V. 23 de noviembre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Po otra parte, en la resolución de la SCJN se establece el siguiente parámetro de análisis que, sobre el tipo de control convencional, deben ejercer los jueces de todo el país:¹¹⁷

“31. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;

¹¹⁷ Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 2011.

- Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.
- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.”¹¹⁸

Con este esquema de interpretación y aplicación de las normas que establece la SCJN y la reforma al artículo 1º constitucional aludida, encontramos los puntos de afirmación sobre, sino un cambio de criterio en automático, sí las bases para pensar en que este puede ser posible respecto al papel preponderante de la ley en las decisiones de las autoridades dentro o fuera del ámbito jurisdiccional, al no ser suficientes los criterios establecidos por esta para la solución de los casos a dirimir en el ámbito del derecho.

El criterio judicial citado también establece los pasos a seguir por los jueces para la interpretación que realicen, los cuales son:¹¹⁹

“33. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:

- A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

¹¹⁹ Idem.

- C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.”

Esta reflexión lleva a la búsqueda de alternativas para resolver los conflictos más allá de las disposiciones legales impuestas por una clase en el poder, manifestada por una voluntad legislativa –entiéndase aplicación del principio de legalidad- y las consideraciones de las personas que pretenden encontrar en el uso de mecanismos, instaurados por el propio derecho, para lograr cambios que no obtuvieron en los espacios de justicia interna con la aplicación del control difuso de convencionalidad, el cual ha sido practicado por algunos tribunales en nuestro país, además hace posible establecer un rompimiento con los esquemas de obligación a los que somete la ley y la interpretación estricta que algunos quieren imponer a la misma, ofreciendo una verdadera oportunidad para el cambio de paradigma y construir una nueva realidad de interpretar y aplicar el derecho en nuestra cultura jurídica.

Otro punto que tiene repercusiones directas para nuestro tema en estudio, es el que se desprende de la sentencia de la CoIDH sobre el caso Radilla en el apartado C2. Reformas a disposiciones legales, especialmente en el numeral i) Reformas constitucionales y legislativas en materia de jurisdicción militar, donde en su párrafos 337 a 342 precisan que es necesario realizar una interpretación del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la parte donde se establece el fuero militar, de acuerdo a una coherencia con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; además de que considera necesarias reformas al artículo 57 del Código de Justicia Militar para adecuarlo a los estándares internacionales sobre derechos humanos y no extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta

conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios de ese ámbito.¹²⁰

Para llegar a esas conclusiones, la CoIDH argumentó lo siguiente en los párrafos 272 a 277, mismos que citamos a continuación:¹²¹

“272. El Tribunal considera pertinente señalar que reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

273. Asimismo, esta Corte ha establecido que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, **la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria.** En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.

274. En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal (supra párrs. 272 y 273), debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. **En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.**

¹²⁰ Cfr. Sentencia Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, op.cit., párrafos 337 a 342.

¹²¹ Ibidem, párrafos 272 a 277, las negritas son nuestras.

275. La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (supra párr. 247). En tal sentido, **las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia.** La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.

276. El Tribunal nota que, durante la audiencia pública (supra párr. 69), el perito Miguel Sarre Iguíniz advirtió sobre la extensión de la jurisdicción militar en México y señaló que el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar “[se sale del] ámbito estricto [y] cerrado [...] de la disciplina militar [...]”, además de que “[n]o solamente es más amplio respecto del sujeto activo, sino que es más amplio porque no considera al sujeto pasivo [...]”. Asimismo, el perito Federico Andreu-Guzmán, en la declaración rendida ante el Tribunal (supra párr. 68), señaló que entre los elementos característicos de la jurisdicción penal militar mexicana se encontraba “[u]n extenso ámbito de competencia material, que supera el marco de los delitos estrictamente militares”, y que “[m]ediante la figura del delito de función o con ocasión del servicio consagrado por el artículo 57 del Código de Justicia Militar, la jurisdicción penal mexicana tiene las características de un fuero personal ligado a la condición de militar del justiciable y no a la naturaleza del delito”.

277. En el presente caso, no cabe duda que la detención y posterior desaparición forzada del señor *****, en las que participaron agentes militares (supra párr. 150), no guardan relación con la disciplina castrense. De dichas conductas han resultado afectados bienes jurídicos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal y el reconocimiento de la personalidad jurídica del señor *****. Además, **en un Estado de Derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense.** Es claro que **tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar.**”

No entraremos al análisis de lo que implica esta obligación para el Estado Mexicano, toda vez que será motivo de reflexión en el Capítulo siguiente; sin embargo, consideramos necesaria su mención por diversos factores: el primero de ellos es que, conjuntamente con el control convencional, la interpretación y restricción del fuero militar surgidos a partir de la sentencia de la CoIDH sobre

el caso Radilla, constituyen aportes que sostienen nuestra afirmación del rompimiento del paradigma del principio de legalidad manifestado en ley-orden, ya que no es el hecho de que se encuentre bajo el amparo de la ley la conducta de la autoridad, sino que esta debe atender a un criterio de validez conforme al respeto de los derechos fundamentales bajo los estándares que comentamos; el segundo es el referente a que se cuestionan estructuras simbólicas que resultaban o parecían intocables en el modelo jurídico de nuestro país como lo es la justicia militar al establecer una obligación de compatibilizarla con el marco de derechos humanos.

En su oportunidad mostraremos como el fuero militar ha sido utilizado como parte de la construcción del discurso que legitima la lucha contra el narcotráfico y defiende violaciones a derechos humanos como parte de esa estrategia, en detrimento de la seguridad que se dice busca la participación de los efectivos del Ejército Mexicano en su guerra contra la delincuencia organizada. Argumentos que apoyaremos en las recientes discusiones que se han presentado en agosto de 2012 en la SCJN sobre los alcances del fuero militar y sus restricciones derivados de los amparos en revisión de diversos asuntos donde están involucrados miembros del Ejército acusado de cometer delitos contra civiles.

Los elementos anotados, vislumbran esta situación: "... (la) omnipotencia de la ley desaparece con la afirmación de la constitución (sic) como norma suprema a la que todas las demás están rígidamente subordinadas. Gracias a esta innovación, la legalidad cambia de naturaleza, ya no es sólo condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no solo formales, sino también sustanciales; ya no simplemente un producto del legislador sino también un planteamiento jurídico de la calidad de la propia producción legislativa y, por consiguiente, un límite y un vínculo al legislador."¹²²

¹²² Ferrajoli, Luigi, *Poderes Salvajes. "La crisis de la democracia constitucional"*, tr. Perfecto Andrés Ibañez, Mínima Trotta, Madrid, 2011, p. 33.

Lo escrito por Ferrajoli se enmarca dentro del contexto de control de convencionalidad adoptado por la SCJN, aunque va más allá de la norma constitucional, porque el operador jurídico tiene como parámetro también los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, esto es, no basta con que la ley exista conforme a un procedimiento establecido, es necesario que las mismas se ajusten a los principios establecidos en la Constitución y en aquellos instrumentos internacionales que formen parte del orden jurídico nacional, de tal suerte que son oponibles estos dos elementos a una voluntad legislativa expresada en ley, donde el principio de legalidad queda subsumido en la maximización de los principios constitucionales y de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.

Bajo el control difuso de convencionalidad, se presentan tres elementos que conviene precisar, en el modelo adoptado por la SCJN derivado de la resolución del caso Radilla:

- a. En primer lugar, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma sigue siendo facultad exclusiva del Poder Judicial de la Federación a través de la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, donde sus efectos son generales; no debe olvidarse que existen los juicios de amparo con alcances para las partes.
- b. En un segundo momento existe la inaplicación de la ley, la cual, a pesar de que la norma sea contraria a la Constitución o a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, el juzgador no la expulsa del orden jurídico a través de su declaratoria de inconstitucional por ser una atribución de la SCJN, sólo se le faculta para dejarla de aplicar. Con esta función se encuentra el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, conforme a lo establecido en la propia Constitución para el caso de los juicios de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos; además de

los Tribunales Federales -Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos- y los Locales ya sean judiciales, administrativos o electorales. Se trata del reconocimiento del control difuso de la Constitución que había negado la SCJN en anteriores criterios al que se incorpora la convencionalidad.

- c. El tercero es la interpretación de la norma aplicando la más favorable a la persona, la cual le corresponde a todas las autoridades del Estado Mexicano, sin que implique declaratoria de inconstitucionalidad o inaplicación de la ley, pues se contienen estos dos actos de control en facultades conferidas sólo a los órganos jurisdiccionales.

Como podemos observar, los poderes del Estado están sujetos no ya a un principio de legalidad solamente, sino a un control que presume la constitucionalidad de las leyes bajo las cuales debe realizar su actuación la autoridad, obligando a ejercer un límite a ese poder con el tamiz de la constitucionalidad y de la conformidad con los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, es decir, de atender a una voluntad legislativa expresada en norma, cuya validez se origina mediante el procedimiento establecido para su creación o reforma, se transita hacia la legitimación a través de su contenido contrastado con las normas constitucionales, a esta defensa de la Constitución, Santiago Nino la cataloga como "... la eventual facultad de descalificar una norma jurídica por ser violatoria a una prescripción constitucional, sea en lo que hace al procedimiento o al contenido de la norma."¹²³ A ello debemos agregar una defensa de las normas convencionales sobre derechos fundamentales al estar obligadas las autoridades mexicanas de observarlas para la aplicación e interpretación del orden jurídico interno.

Sobre este enfoque, que fortalece el carácter supremo de la Constitución, Kelsen afirma que "... constituye un principio donde se expresa jurídicamente el

¹²³ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, op.cit., p. 658.

equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas.”¹²⁴ Sin embargo, la visión sobre un contenido formal de la norma constitucional queda superada con la legitimación del mismo, al expresar bajo un modelo de control difuso de convencionalidad, la necesidad de contrastar no sólo las leyes que surgen de ella, sino también las normas que la componen para determinar si cumplen o no con los parámetros señalados en la resolución de la SCJN sobre el caso Radilla, esto es, la Constitución deja de ser el proyecto en el cual se concibe al todo sin reflexionar sobre el cómo se formó, a qué respondió la integración de sus disposiciones, a qué intereses representa, es decir, a los que la crean o al resto de las personas a las que van dirigidas, en suma, la norma constitucional de establecer una sola visión, se le asigna un papel de disponer las condiciones de posibilidad de la misma como un garantía de legitimidad, pues incorpora otras fuentes en aplicación e interpretación, no sólo a la propia ley.¹²⁵

Peter Häberle, a esa apertura y pluralidad de fuentes en el derecho, les asigna el papel de instrumentos “... que permiten al Estado Constitucional mantener el equilibrio, en el tiempo, entre continuidad y cambio, entre estabilidad y flexibilidad.”¹²⁶

En la consolidación de ese rompimiento y la reafirmación de la oportunidad para el cambio de paradigma, la propia SCJN al conocer el expediente 00022/2011-00, el 25 de octubre de 2011 resolvió de la siguiente manera: “...Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN, ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DE PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN" y "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA

¹²⁴ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, op.cit., p. 21.

¹²⁵ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. “Ley, derechos y justicia”*, op.cit. pp. 12, 13, 14, 114 y 125.

¹²⁶ Häberle, Peter, *El estado constitucional*, tr. Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, 2001, p.125.

CONSTITUCIÓN." ¹²⁷ Estos criterios fueron comentados líneas arriba y colocados como elementos del principio de legalidad y nos permitir afirmar que con ello se reconocen una fase de agotamiento del Estado de Derecho, al fracasar sus intentos de proporcionar todas las soluciones y al ser cuestionado el modelo de autoridad que lo ha utilizado para legitimarse.

Podemos afirmar que la visión de considerar al Derecho como un conjunto de normas reguladoras de la conducta de los hombres y que su contenido obliga, permite o prohíbe, puede entenderse sólo si nos quedamos en la maximización del principio de legalidad y en tomarlo en cuenta como la fuente única del orden jurídico y el sustento de las acciones del Estado. Sin embargo, si nos situamos en el carácter no absoluto y no en el relativo de ese enfoque, reconociendo la composición plural de una sociedad donde no es la manifestación de la voluntad legislativa o del gobierno las que tienen la verdad absoluta, sino que deben cumplir ciertas condiciones contenidas en valores y principios, los cuales van más allá, incluso, que las normas internas, nos dirigimos hacia un camino de rompimiento con el monopolio de los hacedores y aplicadores del derecho que ven en él un instrumento de permanencia en el poder y no un límite al mismo y, a su vez, encendemos el motor de una transformación social.

Las normas contenidas en la Constitución, en los tratados internacionales, en la ley o en otros instrumentos jurídicos de diversa jerarquía responden a una situación específica y que, a medida que cambian esas circunstancias, se encuentran ante la disyuntiva de mutar o quedarse en una simple manifestación de la voluntad de las personas que las crearon sin encontrar correspondencia en una realidad. De optar por esta última opción, se encuentran dos elementos: el primero que coincide en la ausencia de compatibilidad entre lo que buscan los destinatarios de esas normas y lo expresado en ellas, produciendo una crisis de su contenido y falta de credibilidad en las mismas; el segundo, ante la resistencia al cambio, se busca imponer sus disposiciones a

¹²⁷ Para mayor consulta véase el expediente 00022/2011-00 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

las exigencias que demanda el momento y produce un descontento o inconformidad ante esa aplicación forzada.

Ese es el dilema en el tema de la lucha contra el narcotráfico –más bien de quien la lleva a cabo y justifica- al encontrarse frente a la construcción de instrumentos para el rompimiento de esquemas, falta esperar si los operadores jurídicos, las autoridades de todos los niveles de gobierno y la sociedad en su conjunto, cumplimos con nuestra parte que implica la responsabilidad de edificar nuevas formas de hacer y pensar el derecho, además del diseño y elaboración de políticas bajo la concepción del mayor beneficio para las personas y no sólo para un sector. Esperemos no desaprovechar la oportunidad para un cambio de paradigma con las siguientes reflexiones de incompatibilidad que, a nuestro juicio, reviste la acción de gobierno emblemática de las autoridades federales en el periodo objeto del presente estudio, con la postura sostenida de los derechos fundamentales como límites al ejercicio del poder para evitar arbitrariedades y construir una sociedad democrática que vea más allá de enemistades con el orden establecido, sino sujetos de derecho.

CAPÍTULO 3

Incorde

3. Incorde: Indicadores de compatibilidad respecto a derechos fundamentales

La oportunidad del rompimiento del paradigma al que nos hemos referido es la base para repensar las estructuras sobre las cuales se justifican los actos de autoridad que, una vez revestidos de legalidad, parecen inamovibles e inatacables, no en el ámbito jurídico solamente, sino en el contexto de la opinión pública, a grado tal de considerarlos como un culto en la obediencia de los mismos.

Elegir esa alternativa, es el comienzo para tener un piso mínimo en la construcción de fundamentos en la manera de concebir los respaldos - normativos, políticos o sociales- con los que debe contar toda actividad del Estado para cumplir con las funciones que se le han encomendado, es decir, tener legitimación justificada y no sólo con legalidad válida por satisfacer con las formalidades exigidas para tal efecto. Romper con el paradigma, pasa necesariamente por reconocer que, tanto la política del Estado ejecutada en la administración pública y las diversas normas jurídicas que se crean o reforman, deben responder a lo fáctico y no a un mundo idealizado.

En el caso de la lucha contra el narcotráfico, a pesar de contar con una base -el derecho penal del enemigo- y una guía -la política estadounidense de la guerra contra las drogas-, sus componentes no responden a las exigencias de la sociedad y tampoco encuentran correspondencia entre el problema que se pretende atacar, la solución planteada y los resultados arrojados, tal como lo veremos en el siguiente Capítulo.

Paolo Grossi precisa que "... lo natural del derecho consiste en estar íntimamente compenetrado con la sociedad... ser estructuralmente partícipe de esta... Pertenece al ser de una sociedad, condición necesaria para que esa

sociedad viva y continúe viviendo como una sociedad, para que no se transforme en un conglomerado de hombres en perenne pugna entre ellos.”¹²⁸

Sin embargo, en el tema que nos ocupa, encontraremos un desfase entre lo que se busca combatir con lo que se está consiguiendo, a través de la ejecución de acciones de gobierno basadas en la ley ya existente, o bien creada *ex profeso* para que, por lo menos exista ese fundamento de ley propio del Estado de Derecho que, como afirmamos, no es la alternativa idónea cuando se trata de tomar en cuenta no sólo normas, sino principios y valores.

El propio Grossi reconoce que en las características del derecho –ser general y abstracto- se encuentra un dejo de “... imperturbabilidad frente a casos y motivos particulares, la rigidez, es decir, su insensibilidad a las posibles diferentes exigencias de los destinatarios, y su carácter autoritario, es decir, la indiscutibilidad de su contenido.”¹²⁹ De esa forma se delinean los patrones o ideales a alcanzar contruidos sobre una sociedad imaginada; se proporciona importancia a los instrumentos del Estado para obtener esos fines: la ley no es más que el vehículo para una convivencia societaria donde cada quien pueda acceder a lo que busca; es la expresión del “dejar hacer, dejar pasar” del liberalismo que propicia el desarrollo y optimiza los bienes a favor de la persona, del individuo, cuyo interés es la consecución de lo que desea.

Es preciso mencionar que no puede pensarse una sociedad ignorando sus diferencias y siendo indiferente ante la diversidad de sus integrantes, no sólo en lo que desean, sino en lo que necesitan para poder desarrollarse; aún más, no debe ignorarse que los modelos diseñados, al encontrar discrepancia con sus destinatarios, propiciarán exigencias de creación cuyas formas no se encontrarán representadas en el pensamiento uniforme e imaginado.

Estas condiciones conllevan a un desafío de la legitimidad de ese sistema, además de su capacidad para mantener la creencia de que las instituciones

¹²⁸ Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, tr. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2003, p. 45.

¹²⁹ *Ibidem*, p.22.

políticas existentes son las más apropiadas para la sociedad que en esos momentos se forjaba.

Por ello, en los actos de repensar procesos históricos, dimensionar el impacto que tienen en la conformación de la sociedad y valorar su importancia dentro de los cambios que se presentan en ese núcleo, necesariamente hay un elemento que debe tomarse en cuenta: la persona como protagonista y no como simple espectador de lo que acontece en el contexto de su desarrollo. Negar esa condición, es ignorar la realidad y ubicar a la persona en un plano secundario, cuando precisamente es la receptora de los efectos y acciones que tejen los acontecimientos de la historia.

En ocasiones, también existe una indiferencia sobre la presencia de la personas y de sus necesidades, pues nos encontramos frente al establecimiento de ideales a alcanzar basados en prototipos que conforman los diversos sectores donde se desenvuelve. De esa manera, aparece la justificación para que el Estado intervenga a través de una regulación que establece el deber ser, es decir, ignorando y negando el ser, además del debería ser.

No existe pluralismo, sino uniformidad con base a esquemas que se pretenden imponer, a través de modelos de lo que se considera como malo en contraposición de lo que la ley estima bueno. Lo que sirve a las personas, la utilidad como sinónimo de la meta que deben cruzar para sentirse realizadas, ha sido el objetivo de la pretendida imposición de lo bueno, sin reconocer la diversidad social y la identidad de las personas.

Conseguir el bienestar social como expresión de lo bueno reflejado en la ley, es suficiente razón para restringir libertades y privación de derechos de las minorías, sólo de esa manera se justifica que la satisfacción de los deseos o intereses sea guiada conforme a los modelos de conducta y a un criterio de supuesta imparcialidad que priva en los ordenamientos que el Estado emite para ejercer su control.

Bajo esta visión, el fin social consiste en incrementar al máximo la utilidad, entendida como el balance neto de satisfacciones de una sociedad, sin importar la diferencia de los elementos indivisos de ese núcleo social, es decir, las personas.¹³⁰ Esta ha sido la premisa de guerra contra la delincuencia organizada justificada en un fin de la sociedad que se encuentra en el mundo de lo ideal.

Sin embargo, no toda utilidad conlleva a la felicidad como satisfacción de las necesidades, ya que no puede existir uniformidad en la forma de entender y sentir las cosas, la percepción de las personas es diversa dependiendo del contexto en el que se encuentre. Este modo nos lleva a comprender y querer de distinta manera, por ejemplo, lo que para alguien está bien, para otro puede resultar incorrecto y si esta comparación es llevada a las distintas sociedades, el abanico de opciones se incrementa, dada la composición plural de las mismas y la existencia de intereses diversos que van más allá de un bienestar común.

Idealizar una sociedad y pensarla como un todo uniforme es llevarla a un extremo al cual se le presentarán contrapesos. Ante la construcción de una cultura impuesta, aparece otra construcción social que no busca imponer, sino equilibrar las condiciones para pactar un orden y voltear la mirada hacia la persona, no como la medida de todas las cosas, sino como el ser que cuenta con capacidad de querer y entender una realidad y, de esa manera, ser capaz de tomar decisiones y elegir entre lo que es bueno o malo.

Ahora bien, en algunos espacios de análisis y reflexión donde se abordan temas relacionados con el estudio del Derecho, suele argumentarse que la organización de una sociedad no puede pensarse sin determinados lineamientos, independientemente de la denominación que se les proporcione, es decir, normas, convencionalismos sociales, disposiciones, mandatos, reglas o cualquier otra significación atribuida a ellos.

¹³⁰ Cfr. Quintero Fuentes, David, “La génesis de la teoría de la Justicia de John Rawls”, Revista Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco, N°6, año 6, 2005, Chile, pp. 14 y 15.

La existencia de esos principios es lo que posibilita un orden en el núcleo social, propiciando una convivencia entre sus integrantes y coadyuvando en el cumplimiento de los objetivos para lo cual se constituyeron en una determinada sociedad.

Sin embargo, diversos acontecimientos que se presentan como parte de las relaciones sociales, hacen cuestionar sobre la eficacia de esos lineamientos, reglas, normas o disposiciones, según se les prefiera llamar, en el desarrollo de su función que, desde la perspectiva que comentamos, es ser guía en el comportamiento de la sociedad para lograr un orden y cumplir sus fines.

Por ejemplo, podemos mencionar casos donde se observa como una situación normal diversas disposiciones que se alejan del principio de igualdad al entrañar una clara discriminación respecto a un sector como es el de las mujeres en la sociedad. Esa manifestación se ilustra aún en ordenamientos jurídicos de carácter civil de diversas entidades de los Estados Unidos Mexicanos donde, en caso de la disolución del vínculo matrimonial, el hombre es sujeto de comprometerse nuevamente a través del contrato de matrimonio, mientras que a la mujer se le establece una limitante de cumplir 365 días posteriores a la disolución matrimonial para contraer matrimonio.

La causa de este precepto, se argumenta, es poder dar plazo para saber si la mujer se encuentra o no embarazada y atribuir el carácter de progenitor al hombre con el que se divorció; sin embargo, con los adelantos científicos no es necesario esperar todo ese plazo para que sea la justificante de una limitante para acceder a un derecho.

Sin abundar en el contenido de esos lineamientos, se percibe que su objetivo primero es el de regular determinadas relaciones que se presentan entre personas, pero no el de generar esquemas de desigualdad que son la base para que no exista un equilibrio entre los integrantes de la sociedad, por lo que su función de alcanzar objetivos que son comunes a ellos, no está

siendo cumplida, a menos, claro está, que sea el de crear una sociedad con inequidades por razón de género.

Casos como el anterior podemos encontrar en la serie de normas, reglas, convencionalismos, principios o mandatos que se dice están presentes para poder entender la organización de una sociedad. Su complejidad o mayor trascendencia en la esfera social depende de la dimensión que se aborde, pues tendremos situaciones donde no sólo la desigualdad o exclusión social sea una característica, sino que en supuestos extremos, la privación de la vida se justifique conforme a la aplicación de lo que posibilita, supuestamente, la convivencia social.

Esas disposiciones no sólo son la base del comportamiento de una sociedad, sino la línea de actividad del Estado y su justificación para su actuar apegándose a la legalidad que le proporciona esos mandatos.

Ante esa concepción, consideramos necesario contar con un piso que oriente sobre la correspondencia entre los actos del Estado, sea a través de leyes o ejecución de políticas, las necesidades de la sociedad a la que van dirigidas y los fines que buscan las diversas formas que ella misma sociedad se ha dado para su convivencia. Los indicadores de compatibilidad respecto a derechos humanos (Incorde) que proponemos, se mueven bajo una lógica: no en adecuar manifestaciones de la autoridad en variables y, dependiendo de si cumplen determinados parámetros, calificar su compatibilidad, sino de constituirse como elementos mínimos que deben contener para que, una vez expresadas, ya con elementos fácticos, se analice la coincidencia en el respeto y promoción de los derechos fundamentales, conforme a la noción que hemos fijado de estos.

Incorde está estructurado en cinco puntos con tres variables cada uno, a saber:

1. Armonía con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

- a. ¿Se ajusta a estándares de protección internacional de derechos humanos?
- b. ¿Presenta recepción de las normas internacionales?
- c. ¿Responde a criterios adoptados por organismos internacionales sobre derechos humanos?

2. Adecuación constitucional

- a. ¿Encuentra fundamento constitucional?
- b. ¿Respeto modelos de aplicación o interpretación pro persona?
- c. ¿Es congruente con los valores y principios constitucionales?

3. Compatibilidad con derechos humanos

- a. ¿Respeto limitaciones frente a los derechos humanos?
- b. ¿Restricciones... con respecto a/de... los derechos humanos?
- c. ¿Su marco de actuación responde a la promoción y respeto de los derechos humanos?

4. Consecución del objetivo

- a. ¿La justificación del objetivo la hace idónea?
- b. ¿Es proporcional con el objetivo planteado?
- c. ¿Ha conseguido el objetivo con su adopción?

5. Valoración

- a. ¿Existen alternativas?
- b. ¿Se justifica con base a sus resultados?
- c. ¿Optimiza valores y principios?

Los puntos de Incorde que proponemos surgen a partir del marco conceptual que hemos desarrollado a lo largo de este Capítulo y se fundamentan en tres elementos:

- a. *Normativos*, toda vez que debemos partir de considerar al derecho como un ordenamiento que busca reflejar la realidad y no imponerla. Con el inicio de esta premisa, las normas internacionales y las constitucionales a nivel interno, son elementos que detonan ese punto de partida para el diseño, elaboración y aplicación de la actividad del Estado y su apego a los valores y principios como fundamento de las normas.

- b. *De derechos*, en el entendido que los derechos fundamentales representan un límite que el Estado no puede sobrepasar y se convierten en un elemento de desarrollo de las personas y la sociedad al garantizar su ejercicio.

- c. *Fácticos y deónticos*, para contrastar dos binomios: el primero de los hechos aplicados con los resultados obtenidos y, el segundo, la consecución de los fines con las medidas adoptadas para lograrlos, es decir, una valoración de lo que se ejecuta contra lo que se busca y resulta de lo ejecutado.

Para el desarrollo de cada uno de los puntos, hemos decidido retomar acciones de la lucha contra el narcotráfico emprendida por Felipe Calderón y mostrar con la base teórica que presentaremos como, de origen, no existe compatibilidad con los derechos fundamentales, por lo que a la hora de aplicarse, su resultado sería negativo, además de algunas acciones legislativas o de ejercicio de poder que se adoptaron antes de ese periodo de gobierno y que se han presentado ya con Enrique Peña Nieto como parte de un discurso que se ha venido construyendo y continuidad de una guía delineada en esta materia.

Lo que pretendemos es más que una descripción de los instrumentos de la guerra contra la delincuencia organizada, sino generar reflexiones a partir de los cinco puntos de Incorde y las razones que nos llevan a plantearlos como el punto de partida del análisis sobre la compatibilidad respecto a los derechos fundamentales de las acciones emblemáticas del enfrentamiento contra la

inseguridad. De esa manera, podremos avanzar en el los resultados y secuelas de la política que, con los resultados de Incorde, podremos avizorarlos.

Armonía con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La postura que hemos fijado es la de maximizar los derechos humanos frente a las acciones de gobierno, en el entendido de un reconocimiento a un marco normativo que va más allá de las disposiciones internas que como Estado nos podamos otorgar. Esta premisa conduce a que las leyes que expidan nuestros poderes o las modificaciones a las mismas, deben encontrar una armonía con las disposiciones de carácter internacional que existen respecto a derechos humanos; tomando en cuenta que nuestra Constitución reconoce el principio *pro personae* y otorga jerarquía constitucional a las normas sobre derechos fundamentales, es imprescindible que los instrumentos jurídicos utilizados en la lucha contra el narcotráfico, encuentre correspondencia con estas disposiciones, si bien algunos fueron aprobadas con anterioridad, su aplicación afecta la esfera jurídica de las personas aun con el marco constitucional de protección de derechos humanos aludido.

En ese sentido, respecto a la variable **¿Se ajusta a estándares de protección internacional de derechos humanos?**, los elementos que debemos tomar en cuenta para encontrar esa compatibilidad tienen que ver con la trascendencia que realice la norma en la protección de la esfera individual de la persona o una protección interna propiamente, a una protección externa donde los derechos fundamentales se entiendan de manera integral y no sólo se circunscriban a las características de una determinada zona.

A modo de ejemplo tenemos el artículo 23 inciso b de la Convención Americana que reconoce el derecho político de todo ciudadano de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, en contraposición con los usos y costumbres del municipio de Santa María Quieholani, Oaxaca, donde a las mujeres se les impide ser votadas

porque no se les reconoce ese derecho a la participación política por el rol que juegan en esa sociedad, es decir, se da una protección interna que no reconoce la existencia de un marco general de derechos que protege el derecho de las mujeres a ser elegibles en los procesos de elección de representantes populares.

Es importante destacar que en ese reconocimiento de derechos fundamentales dentro de un marco jurídico general, deben reconocerse también las diferencias y que, sin caer en particularidades, se atiendan destinatarios específicos no en el sentido del estigma del Derecho Penal del Enemigo del que hemos hablado, sino que la diferencia sea el punto generador de condiciones para la igualdad de oportunidades en el acceso de los derechos reconocidos; las acciones afirmativas, entendidas como medidas jurídicas de carácter temporal que buscan compensar las desigualdades en sectores de la población frente a legislaciones contra la delincuencia organizada, son un punto de comparación que delinea la atención diferenciada que puede presentarse con una legislación que no atienda este criterio.

Un punto adicional es que no sólo exista ese reconocimiento de derechos fundamentales conforme al marco internacional, sino que se instrumenten mecanismos de protección y de control para garantizar su ejercicio, de lo contrario nos encontraríamos frente a la existencia de un derecho escrito en sentido pasivo sin los medios para hacerlos exigibles y sin que constituyan efectivamente una limitante para el ejercicio de poder. Es decir, no basta con reconocer derechos, sino como Estado asumir la obligación de garantizar su plena aplicación y efectivo ejercicio en las personas, lo que se traduce en contar con derechos en sentido activo más allá de las buenas intenciones o propósitos consagradas e los ordenamientos jurídicos, tal como lo podremos observar en las legislaciones que buscan combatir la inseguridad con objetivos específicos como lo es la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro a la que nos referiremos en el último indicador.

Además de esos casos, podemos citar el derecho de toda persona a no ser discriminada por preferencia sexual reconocido en nuestra Constitución en su artículo 1º y las reformas al Código Civil del Distrito Federal respecto al matrimonio entre personas sin distinción de sexo; de no existir los medios de protección para el ejercicio de este derecho o de control donde el Estado no encontrara un límite, en la actualidad muchas personas que han accedido a la figura jurídica del matrimonio tendrían un impedimento para su ejercicio; sin embargo, a través de los medios de control constitucionales se pudo hacer declarar la constitucionalidad de dichas reformas.

La segunda variable de este indicador **¿Presenta recepción de las normas internacionales?**, conforme al marco conceptual expuesto en el Capítulo 1, la entendemos en el sentido de armonizar la legislación interna a las disposiciones contenidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para ubicarnos en tres supuestos:

- a. Maximizar derechos, es decir, cualquier acción de ejercicio de poder debe atender a dar prioridad a los derechos fundamentales y evitar en la mayor medida de lo posible su afectación.
- b. Mayor protección de la esfera jurídica de la persona, tanto en el reconocimiento de sus derechos como en el establecimiento de límites en el ejercicio del poder del Estado.
- c. Compatibilidad entre las disposiciones de carácter interno con los ordenamientos jurídicos internacionales.

No se trata de establecer unas disposiciones uniformes, pues ya hemos precisado la importancia de reconocer la diferencia, sino evitar contradicciones entre los ordenamiento jurídicos que no protejan en mayor medida a las personas.

Un claro ejemplo de este nivel de recepción de las normas de derecho

internacional lo es la reforma al artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con la cual queda prohibida la pena de muerte, en correspondencia con la disposición del artículo 1, numeral 2 del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala la obligación de cada uno de los Estados Partes para adoptar todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción.

Desde 1989, el instrumento internacional señalado establecía esa disposición, pero no fue sino hasta 2005 que se modificó la Constitución de nuestro país para prohibir expresamente la pena de muerte, ya que era permitida en los casos de traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar, lo cual era evidentemente incompatible con el marco internacional de derechos humanos que reconocen el derecho a la vida. Con esa reforma, nos ubicamos en los tres supuestos referidos: se maximiza el derecho a la vida frente a las penas que le puedan ser imputadas a una persona condena bajo un proceso legal, también se protege su esfera jurídica frente a actos arbitrarios del Estado, es decir, los derechos como límites a su actuación y finalmente no hay incompatibilidad de las disposiciones y se beneficia a las personas en cuanto su protección.

La tercera variable propuesta para este indicador **¿Responde a criterios adoptados por organismos internacionales sobre derechos humanos?**, es de utilidad en tanto ubiquemos si la acción del Estado obedece a resoluciones de esas instancias que identifican, tanto en la legislación como en el actuar de las autoridades, esquemas contrarios al marco de protección internacional de derechos humanos y son la base para las modificaciones que se realicen, o bien si persisten esas incompatibilidades.

No debe perderse de vista que algunas de esas resoluciones no tienen carácter vinculante con el Estado Mexicano, sin embargo, debemos enfocarnos al contenido de las mismas que en el fondo buscan la mayor protección de las

personas, lo que encuentra correspondencia con el principio de aplicar las normas de derechos humanos que más las beneficien. En ese sentido, las resoluciones emitidas por los organismos internacionales de promoción y protección de derechos humanos, lo que persiguen es la interpretación y aplicación efectiva de las disposiciones en la materia, identificando primero actos que presuman la violación de derechos fundamentales y, segundo mostrando la incompatibilidad de esos actos conforme al marco jurídico de protección de derechos.

En el entendido que dichas resoluciones o recomendaciones se fundamentan en el derecho internacional de los derechos humanos y que estas normas buscan la máxima protección de las personas, esta variable nos permite identificar el grado de compatibilidad cuando el marco jurídico o el actuar del Estado es modificada respecto a los estándares delineadas en la directriz dictada por el organismo internacional que la emita, pues si se atiende la misma estaríamos en el supuesto de la existencia armónica con las normas internacionales sobre derechos humanos, en caso contrario, persistiría la protección limitada que redundaría en un perjuicio en la esfera de protección de las personas.

Para ejemplificar lo anterior, podemos tomar como base las recomendaciones que emite el Comité contra la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas en sus Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, adoptada por el Comité en su 49° período de sesiones el 23 de noviembre de 2012, donde señala la necesidad de incluir el delito de tortura en el Código Penal del Estado de Guerrero y no en una ley que por su naturaleza no es penal, pues el delito de tortura se consideraba como delito dentro de la Ley que crea la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos y establece el Procedimiento en Materia de Desaparición Involuntaria de Personas.

Con la finalidad de ser atendida esta recomendación, el gobernador de esa entidad federativa propuso al Congreso estatal la iniciativa de Ley para

prevenir, sancionar y erradicar el delito de tortura, misma que fue aprobada y publicada mediante decreto el siete de febrero de 2014 y por el cual se sanciona con prisión de dos a cuatro años, de 200 a 500 días de multa, destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, hasta por dos tantos de la pena de prisión impuesta al servidor público que incurra en el delito.

De ahí encontramos los dos elementos de esta variable, pues se parte de identificar una acción, en este caso una norma, que es incompatible con el marco internacional de derechos humanos y posteriormente, con la recomendación emitida, se modifica el marco jurídico interno para armonizarse con las disposiciones que en mayor medida beneficien a las personas.

Adecuación constitucional

La Constitución, más que una conjunto de normas, la consideramos como el concentrado de principios que expresan los valores sobre los cuales debe actuar el Estado y la sociedad para la realización de los mismos, además de la expresión de las decisiones que van delineando la actividad en el ejercicio del poder público. De esa manera, cualquier acto de autoridad debe atender al tamiz constitucional para encontrar compatibilidad en las disposiciones que en ella se establecen y esta debe responder a la recepción de normas que promuevan y respetan los derechos fundamentales conforme a los estándares que se reconozcan en los ordenamientos señalados. Es decir, encontraremos por una parte en la Constitución un límite al ejercicio del poder respecto a que no puede afectar la esfera de derechos de las personas y también un parámetro de libertad para actuar toda vez que representa los valores que deben realizarse.

Por ello, para analizar este indicador sugerimos situarnos en tres niveles de actuación:

- a. *Lo que es*, el cual expresa la manera en que las cosas se realizan con la

actividad del Estado y repercuten en la sociedad.

- b.** *Lo que debe ser*, donde propiamente con la norma estableciendo una conducta y parámetro de lo que se busca que desarrolle el Estado y la sociedad en su conjunto, podemos precisarla como el ideal a alcanzar.

- c.** *Lo que debiera ser* sobre la cual se expresan los principios que, a su vez, realizarán los valores contenidos en la Constitución y se espera sean la guía de la actuación del Estado.

Bajo esa línea, la primer variable de este indicador **¿Encuentra fundamento constitucional?** contiene el elemento de compatibilidad interna y externa, es decir, en el aspecto interno si la actuación del Estado se basa en lo establecido en la Constitución y si respeta los derechos reconocidos por la misma; respecto a la compatibilidad externa no sólo es observar la Constitución, sino que debe atender a las normas internacionales de protección de derechos humanos, toda vez que puede suscitarse el caso que la propia Constitución no respete dichos estándares y debemos partir sobre la máxima protección de las personas.

A manera de ejemplo, ubicamos la presunción de inocencia, la cual a partir de la reforma constitucional en materia penal de 2008, fue reconocido como un derecho y no sólo de manera explícita en la Constitución Política como lo expresó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis:¹³¹

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo

¹³¹ Tesis número P. XXXV/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, agosto de 2002, p. 14.

podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado."

Con las reformas de 2008, se reconoció en el artículo 20 constitucional apartado B como un derecho de toda persona imputada a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; con este avance dentro de la Constitución se puede considerar que existe una compatibilidad externa con las normas internacionales de promoción y reconocimiento de derechos, ya que en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.2 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8, se reconoce como un derecho la presunción de inocencia, atendiendo así la reforma señalada como esta armonización legislativa.

Sin embargo, uno de los pilares de actuación del Estado precisamente en la guerra contra el narcotráfico trastoca este derecho fundamental y se basa en la aplicación del derecho penal del enemigo, estigmatizando a las personas con el

afán punitivo solamente, sin tomar en cuenta justo la compatibilidad interna que es el fundamento constitucional del que hablamos.

Ese pilar es la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que es totalmente omisa y violatoria de la norma constitucional en este respecto, al establecer en su artículo segundo que 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 los delitos de Terrorismo, Acopio y tráfico de armas, Tráfico de indocumentados, Tráfico de órganos, Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, Delitos en materia de trata de personas o Secuestro, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

Es decir, una ley jerárquicamente inferior a la Constitución está contraviniendo la misma sin que atienda a la compatibilidad externa e interna en materia de normas de derechos fundamentales, no obstante que existe disposición constitucional respecto al principio de presunción de inocencia al reconocerlo como un derecho fundamental. Si bien se puede argumentar que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada atiende a este derecho al respetarse los a las personas no señalándolas como culpables de un delito hasta que se dicte sentencia, lo que es preciso señalar que justo se les impone un sello de ser integrantes de la delincuencia organizada y dicha categoría es la consideración para que se les apliquen sanciones que van más allá que las de un persona a la que se le atribuye la comisión de conductas ilícitas sin que tengan esa calidad; en suma, existe una imputación antes de que se compruebe si son o no parte de esa delincuencia organizada que establece la ley y como tal se les considerará en el proceso.

El ejemplo anterior es una muestra clara de la importancia del fundamento constitucional de cualquier actuación del Estado, tanto en el aspecto de la compatibilidad externa como en la interna, pues no basta con que la norma

suprema promueva y reconozca los derechos fundamentales y además exprese el conjunto de valores y principios que se quieren realizar en una sociedad, sino que es preciso que las leyes que emanen de ella y los actos de cualquier autoridad se irradien por sus disposiciones y no entren en contravenciones con ella, generando un armonía normativa tomando como punto de partida la Constitución. En caso contraria, exista la incompatibilidad en alguna de sus dos variantes y, por tanto, habrá un distanciamiento con la base constitucional a la que debería su actuación.

Otra variable propuesta en este indicador es **¿Respeto modelos de aplicación o interpretación pro persona?** y se debe a un elemento: la ponderación de disposiciones que beneficien aplicación de derechos humanos. El propósito es buscar la mayor protección de las personas en una clara correspondencia con el hecho de maximizar los derechos y la compatibilidad de las disposiciones con las normas en esta materia, ya sea nacionales o internacionales.

Con ello nos referimos a que no sólo basta el apego estricto a la aplicación de la norma, sino que debemos ver cuáles son sus efectos con esa ejecución y medir sus alcances con la interpretación que se haga de la misma, pues si bien es cierto que se busca claridad en su elaboración, también lo es que justo en el acto de la interpretación y aplicación intervienen elementos subjetivos que no podemos ignorar, por ello es preciso el control constitucional del que se habló en el primer Capítulo y la serie de indicadores que estamos proponiendo para generar las condiciones de una mayor certeza en cuanto a la aplicación de las disposiciones que buscan en mayor medida la protección de los derechos fundamentales.

De ahí que el elemento sobre la ponderación de aplicación de derechos humanos es base para que no se tome literal y de manera cerrada la ejecución o interpretación de las disposiciones, pues es un instrumento que permite contar con una visión en conjunto del universo normativo del que forma parte los enunciados y no considerarlos específicos o aislados, sino que deben

responder justamente a un objetivo que, en este caso, es el de la promoción y respeto de los derechos fundamentales.

Tomando el ejemplo de la presunción de inocencia y su falta de fundamento constitucional por lo que hace al nulo respeto dentro de ley que comentamos, en la ponderación de su aplicación estaría atendiendo a que primero se compruebe si efectivamente participó en los hechos que presumiblemente sean constitutivos de delitos y se consideran para efectos de tomarlos como delincuencia organizada y a partir de ahí determinar si existieron esos ilícitos para después imponer la sentencia y no, como se hace ahorita, tomar ya como parámetro la participación de hechos para otorgar un estatus a la persona como imputado de delincuencia organizada y establecer sanciones mayores si es el caso.

La tercera variable versa sobre la pregunta **¿Es congruente con los valores y principios constitucionales?** guarda relación con la anterior y su elemento de ponderación, pues proponemos integrarla de dos elementos: uno respecto a la aplicación responde al debería ser establecido en la norma y si coadyuva a la realización de lo plasmado en la Constitución.

En este punto destacamos la interpretación conforme a las disposiciones constitucionales como un motivo para coadyuvar en la realización del debería ser establecido en la norma suprema y lo plasmado en ella que es el de buscar la mayor protección de las personas y, tratándose de nuestro ejemplo, es el que toda persona sea inocente hasta que medie sentencia de por medio y no se le estigmatice, encasille u otorgue determinada calidad para saber el tratamiento que se le debe dar en el caso del proceso, pues debe ser considerado como persona con todos los derechos fundamentales y no, como se actualiza en la ley sobre la que reflexionamos, de entrada ubicarse como integrante de la delincuencia organizada.

Con esta variable ubicamos las tres dimensiones que mencionamos sobre la ubicación de *lo que es, debe ser y debería ser*, pues no basta con que se

presente la actualización de la conducta de la norma o de los supuestos que prevé respecto a la actuación para su ejecución, sino que es necesario encontrar su correspondencia con el conjunto al que pertenece para que su efectos no vayan en contra de lo que en ese universo se busca proteger y, finalmente, lograr el ideal que se persigue que es la máxima protección de los derechos de las personas, lo cual es totalmente compatible con las normas de promoción y reconocimiento de derechos.

De esa manera, la adecuación constitucional de una actuación de autoridad expresada en ejercicio de poder o en norma debe atender a las variables y elementos comentadas para que su grado de compatibilidad vaya analizándose, pero no sólo es cubrir esos requisitos, sino que buscamos ir más allá de la cobertura de estos elementos, pues destacamos justo en este indicador la importancia de los efectos y alcances de los mismos, es decir, una vez que se identifiquen los elementos propuesto del Incorde y se determine su grado de compatibilidad respecto a derechos fundamentales, el siguiente paso es ver el impacto que tienen ya en su aplicación y repercusión en las personas, ya que pueden ser compatibles en teoría, pero en la práctica resulten perjudiciales y es donde debe actualizarse no sólo la actividad del agente estatal, sino lo que le da fundamento que es la norma, con la finalidad de alcanzar ese debería ser que no es otra cosa sino la realización de los valores y principios enunciados en las disposiciones normativas como lo son las constituciones.

Es aquí donde Incorde busca ser un elemento activo y no pasivo, dinámico y no estático, relativo y no absoluto, herramienta de construcción y no instrumento de imposición sobre patrones a seguir, puesto que se centra en los efectos de las acciones, previo al análisis de condiciones mínimas de compatibilidad respecto a derechos fundamentales. Si un tema sujeto al tamiz de los cinco indicadores de Incorde resulta más o menos compatible, tendrá menores posibilidades de que su análisis fáctico respete derechos fundamentales; sin embargo, el hecho de contar con una mayor compatibilidad

no garantiza mayor respeto o protección, sino que justamente debemos esperar su efectos para determinarlos.

La labor de Incorde no termina con el análisis normativo o la interpretación, sino que se acompaña del análisis de la ejecución para ser complementario entre los diversos actores: el que hace la norma, el que la aplica, el que la interpreta y el que es objeto de sus efectos. Eso es lo que buscamos con este modelo de compatibilidad concebido como un proceso de evolución así como es el derecho con los valores y principios que lo conforman, reflejo de la sociedad de la que es producto.

Formuladas estas reflexiones, complementemos Incorde con las otras variables propuestas.

Compatibilidad con derechos humanos

Partimos del concepto de derechos fundamentales en el entendido que estos constituyen un límite al poder del Estado y generan las condiciones que potencian el desarrollo de la persona, a la vez que marcan la pauta de lo que no puede hacer la autoridad y lo que debe hacer para garantizar el ejercicio de los mismos.

Si bien el discurso utilizado en las últimas décadas sobre su respeto y promoción ha sido una bandera ideológica, consideramos que la preponderancia del tema en la agenda pública ha trascendido en diversas transformaciones en la sociedad que necesariamente han impactado en la cultura e instituciones logrando un avance no sólo en el reconocimiento de los mismos en diversos ordenamientos jurídicos, sino realmente en su aplicación efectiva o en oportunidades que han sido aprovechadas para reflejar una mejoría en las condiciones de vida de las personas y en el desarrollo de ambientes de convivencia armónica o, por lo menos, donde las injusticias sociales son cada vez menos y no son indiferentes.

La importancia de esta variable radica en la serie de elementos que permiten identificar la compatibilidad de una acción del Estado respecto a derechos fundamentales, a partir de ponderarlos como pautas de hacer-no hacer-dejar de hacer-dejar hacer que involucran al propio ente de autoridad como a las personas destinatarias de los actos y receptoras de los derechos.

La primera variable **¿Respeto limitaciones frente a los derechos humanos?** la consideramos en el marco de la pauta del no hacer-dejar de hacer por parte del Estado, pues representan ese *Coto Vedado* donde no hay espacio para su decisión o intervención. Los tres elementos propuestos reafirman esta postura, pero destacan el carácter prioritario de los derechos frente a cualquier otra manifestación normativa, o bien que se fundamente o no en ordenamientos jurídicos.

En primer lugar, la soberanía de los derechos, la concebimos como la fuente que irradia y permea las acciones con motivo del ejercicio de poder y marca parámetros de valores que deben realizar, no se trata de una cualidad omnipresente, sino de un atributo que pondera su primacía e influencia en el diseño, elaboración, ejecución, seguimiento y revisión de los actos de autoridad. Por ello, esta soberanía debe reflejarse en el motivo de creación o permanencia de una acción, si esta no manifiesta la posición descrita, debe quedarse en la pauta marcada como no hacer-dejar de hacer.

Tomamos como base de ejemplo el fuero militar, para la cual nos remitimos las reflexiones del Capítulo 2 al analizar el Caso de Rosendo Radilla con las consideraciones de la resolución de la CoIDH y de la propia SCJN al resolver dicho asunto en las cuales se precisa a esta figura castrense como violatoria de derechos fundamentales. En su momento mencionamos que había sido utilizada para la construcción del discurso de la lucha contra el narcotráfico y toda la legitimación que emprendía esa tarea, a dicha postura agregamos que no sólo fungió como esa herramienta, sino que constituyó la defensa de la incompatibilidad con derechos fundamentales y panacea, junto con la presencia del Ejército en las calles en las labores netamente de combate a la

delincuencia organizada, del nulo respeto a esas limitaciones del Estado respecto a los derechos.

En el expediente Varios 912/2010¹³², el Pleno de la SCJN estableció como condiciones para restringir la competencia del fuero militar las siguientes:

- a. Que los asuntos correspondientes se encuentren involucrados militares y civiles.
- b. Que esté comprometido el respeto de los derechos humanos de los civiles involucrados.

A partir de esa resolución, el propio Pleno de ese órgano judicial emitió la siguiente tesis aislada¹³³, donde se restringe el alcance del fuero militar cuando se involucren derechos de civiles y marca la incompatibilidad de sus disposiciones respecto a derechos fundamentales.

“RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2o. Y 8.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Derivado del cumplimiento que el Estado Mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero señaló que su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1 de la citada Convención Americana. Así, la interpretación de este precepto del Código de

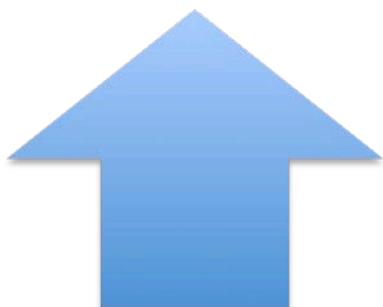
¹³² Cfr. Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, op. cit.

¹³³ Tesis Aislada, Pleno, P. LXXI/2011, Décima Época, Constitucional, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 554.

Justicia Militar debe ser en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

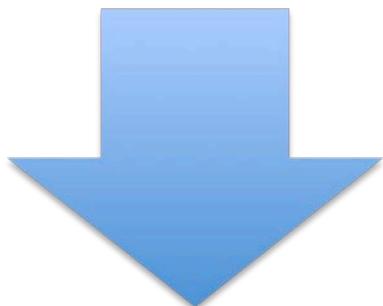
Después de esa tesis aislada, el Tribunal Constitucional resolvió tres juicios de amparo de los cuales hacemos la síntesis en los esquemas siguientes:

AMPARO DIRECTO 15/2012 “Restricción interpretativa del fuero militar”



Antecedentes:

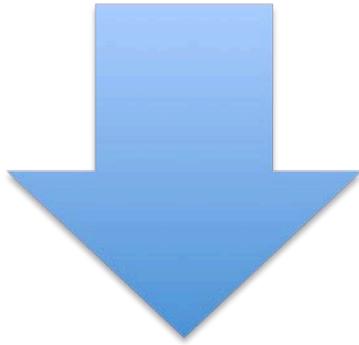
Se reclama la sentencia del Supremo Tribunal Militar, en la cual se determinó la plena responsabilidad penal del quejoso (militar), por su probable responsabilidad en la comisión del delito de homicidio culposo cometido en agravio de civiles.



Resolución:

Se determina restricción a la competencia de los tribunales militares, pues de los alcances del artículo 13 constitucional se dispone que que el fuero militar no puede operar para juzgar a elementos de las fuerzas armadas por la comisión de delitos en los que se desprendan violaciones a los derechos humanos de civiles.

AMPARO EN REVISIÓN 224/2012 “Competencia del fuero militar”



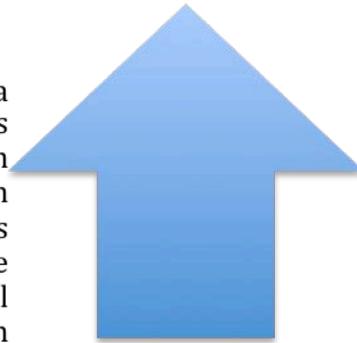
Antecedentes:

Un juez militar dictó auto de formal prisión en contra del quejoso (militar) por el delito de infracción de deberes comunes a todos los que están obligados a servir en el ejército y por el delito contra la salud, en la modalidad de colaboración para fomentar el cultivo y cosecha de marihuana.



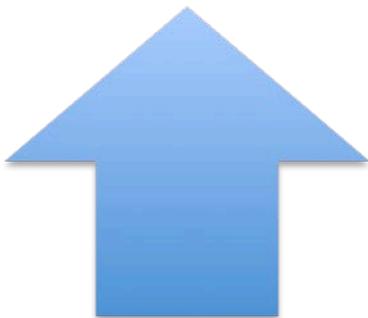
Resolución:

El Tribunal Pleno resolvió que se actualiza la competencia del fuero militar, pues son delitos cometidos por militares en servicio y que tienen que ver con la disciplina castrense, también en el delito contra la salud, toda vez que en dichos supuestos no se lesionan directamente derechos fundamentales de civiles, dado que el sujeto pasivo del delito es la sociedad en general.



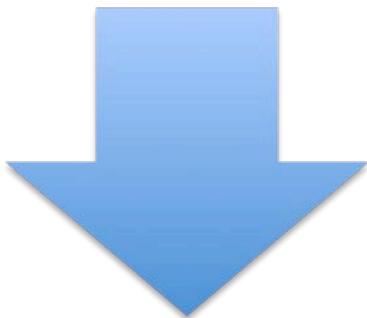
AMPARO EN REVISIÓN 217/2012

"Restricción del fuero militar aun cuando la calidad de los sujetos sea militar"



Antecedentes:

Amparo en Revisión promovido en contra del auto de formal prisión dictado por un juez militar por la comisión de los delitos de homicidio calificado con alevosía y traición, así como la comisión del delito de robo a casa habitación en contra de militares. Se impugnó por el quejoso (militar) la determinación de incompetencia de la autoridad responsable.



Resolución:

El Pleno concluyó, que aún cuando el sujeto activo y pasivo sean militares, no necesariamente se actualiza el fuero militar, además determinó que el competente es el fuero civil.

Estos criterios judiciales afinan nuestra reflexión sobre la soberanía de los derechos sobre cualquier acto de autoridad, ya sea expresado en forma de norma, mandato judicial o ejercicio de poder, ya que se prioriza la promoción, reconocimiento y protección de los derechos fundamentales aún en esquemas de resguardo de una institución que ha sido la base de la lucha contra el narcotráfico: las Fuerzas Armadas y bajo el velo del fuero militar se coloca el de una figura que, además de ser incompatible con los derechos fundamentales, constituye el punto de partida para la impunidad respecto a la violación de los mismos como apuntaremos en el recuento de las cifras en el Capítulo siguiente.

Dicha incompatibilidad, tolerada hasta hace pocos meses –por lo menos en papel-, constituyó la expresión de la legitimación y construcción de discursos que daban ventajas a los participantes en la guerra contra el narcotráfico, pues representaba una licencia de actuación con protección para evadir el cumplimiento de los estándares mínimos de respeto y reconocimiento de derechos fundamentales.

Este punto nos lleva al segundo elemento de esta variable, donde el respeto a las limitaciones frente a los derechos fundamentales representan una fuente de legitimación o deslegitimación de actos de poderes públicos basados en normas, sin que dichos límites condicionen su existencia o validez, es decir, retomando el ejemplo del fuero militar, no por el hecho de estar contenido en la norma constitucional y reglamentado en el Código de Justicia Militar significa que tuvieran una validez, ya que esta proviene precisamente de la compatibilidad que tengan con otras normas de promoción y protección de derechos, como lo son los instrumentos internacionales aplicados a este supuesto y en el caso específico la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la Tesis Aisladas LXXI/2011 que hemos citado líneas atrás se apunta el control convencional que se hace de la disposición constitucional y de la legislación castrense que refiere al fuero militar, ejemplificando cómo la

existencia de la norma no significa la validez de la misma si no respeta los límites frente a los derechos fundamentales. Además es preciso anotar que como fuente de legitimación o deslegitimación de actos, esta variable permite la modificación de los actos de autoridad que, como en el tema en estudio, se ha traducido en el Decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones del Código de Justicia Militar, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación, publicado el 13 de junio de 2014 en el Diario Oficial de la Federación, mediante el cual se establecen las restricciones y competencia del fuero militar, disponiendo de los casos donde se vean afectados derechos humanos de personas civiles debe conocer los tribunales del fuero común y no los de justicia castrense como se venía realizando.

Entre las principales modificaciones publicadas en dicho Decreto destacan las siguientes:

- a. La obligación del Ministerio Público Militar, contenida en el párrafo segundo del artículo 37 del Código de Justicia Militar, para remitir la la autoridad civil correspondiente, la investigación de un delito del cual se desprende que no atenta contra la disciplina militar y abstenerse de cualquier actuación posterior, salvo que se trata de su competencia.
- b. La restricción del fuero militar dispuesta en el artículo 57 fracción II del Código Castrense, donde se establece que no serán competentes los tribunales militares para conocer de los delitos del orden común o federal cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los supuestos que ahí se precisan.
- c. La aplicación de dichas reformas tratándose de los procedimientos penales relacionados con presuntos delitos contra la disciplina militar

especificada en los transitorios Tercero y Cuarto, donde en el primero establece la no retroactividad de las reformas respecto a los ya iniciados y en el segundo caso ordena la remisión a las autoridades civiles de aquellas averiguaciones previas y las causas penales que hayan sido iniciadas antes de la entrada en vigor de dicho Decreto por la presunta comisión de delitos por parte de efectivos militares y que no atenten contra la disciplina militar.

Como último elemento de esta variable tenemos al espacio prohibido y obligaciones de garantizar, el cual complementa el parámetro hacer-dejar hacer, pues no sólo se trata del límite del Estado para actuar frente a derechos fundamentales o de las restricciones para no afectarlos, sino que justo ese espacio prohibido contextualizado en el *Territorio Inviolable* o la *Esfera de lo Indecidible* es el punto de partida para que se asuma una postura activa que sea garante para que las personas ejerzan sus derechos y sean accesibles los mismos para su disfrute.

En caso contrario nos enfrentaríamos a una pasividad del Estado que con su omisión estaría incurriendo en violaciones a dichos derechos y con acciones, por otro lado, estaría realizando también afectaciones; siguiendo con el tema del fuero militar, no sería de utilidad si sólo se hubiera resuelto sobre la inconstitucionalidad de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar o sobre la inconsistencia a nivel convencional de la interpretación del artículo 13 constitucional sino se hubieran realizado las reformas legislativas y, más aún, sino se aplican las mismas por las autoridades jurisdiccionales.

Con este elemento buscamos evitar la elusión del ente estatal para el cumplimiento de sus obligaciones de respetar, reconocer, promover y garantizar los derechos fundamentales haciendo compatible no sólo lo que se expresa en la norma, sino también la ejecución y seguimiento de la misma; aquí es donde encontramos correspondencia con uno de los objetivos de Incorde que es ir más allá de identificar compatibilidades o establecer parámetros de actuación, sino de analizar los impactos y encontrar

coincidencia entre lo que se observa compatible respecto a derechos humanos con su armonía en la aplicación ya con las personas.

La segunda variable para este indicador **¿Restricciones... con respecto a/de... los derechos humanos?** contiene elementos que van dirigidos tanto a la delimitación que tiene el alcance de los derechos –más no su contenido- y de las actuaciones del Estado frente a ello; el primero a considerar es que las acciones deben partir del punto de la igualdad en la titularidad de los derechos, en el entendido que estos se reconocen a las personas no por la calidad o atributos que le otorgue la ley, sino por el reconocimiento de poseer derechos en tanto personas. En el caso específico del fuero militar, pertenecer o no a la milicia, estar o no en servicio castrense no es una condición bajo la cual debe ampararse para sustraerse de las restricciones que impone la soberanía de los derechos sobre las restricciones del ente estatal para actuar en perjuicio de los mismos.

Dicho criterio es aplicable cuando se pondera precisamente la aplicación de la norma que mayormente beneficie a la persona respecto a la protección de sus derechos fundamentales o bien cuando se determina el ámbito bajo el cual será juzgado la persona que presumiblemente cometió ilícitos reservando sólo a lo castrense aquellos que atentan contra la disciplina militar y a los tribunales civiles todos los demás que no entran en ese catálogo de conductas delictivas, aún así hayan sido cometidos por militares en servicio.

Esta reflexión nos lleva al segundo elemento de considerar la relatividad de los derechos frente a lo absoluto, toda vez que la acción para determinar esa compatibilidad respecto a derechos fundamentales que plantea Incorde, hace indispensable partir que en virtud de su carácter relativo, el derecho es un mandamiento para realizarse lo mayormente posible y afectar en la menor medida de lo posible otro derecho cuando exista un conflicto; sin embargo, lo relativo y absoluto no debe entenderse como una elección de extremos donde el blanco es blanco y el negro es negro, ni con la aplicación de uno y la aniquilación de otro, ni sobre la primacía de uno sobre otro, ya que no se trata

de una competencia de valores, sino más bien de una compatibilidad de los derechos de manera armónica donde sus elementos permiten construir la mejor elección para el caso específico de que se trate, sin perder de vista la máxima protección de las personas y la realización en la mayor medida de lo posible de los valores y principios que contienen.

Bajo esta línea, el tercer elemento lo referimos a ciertos parámetros de restricción de derechos fundamentales en las dos vías sugeridas en el título de la variable: *con respecto a* referidas a las características de ser admisibles constitucionalmente, necesarias, no contrarias a la ley, proporcionales y compatibles con la naturaleza de los derechos como ya lo hemos expuesto en el Capítulo 1 y adoptados en los criterios de la SCJN tanto en la Tesis 1a./J. 51/2009 y en el expediente varios 912/2010. Respecto a la segunda vía *Restricción de los derechos* la referimos al ámbito de la relatividad reflexionada.

Haciendo un ejercicio de lo que disponía el artículo 57 fracción II¹³⁴ antes de la reforma del 13 de junio de 2014, respecto a los cinco elementos de la *Restricción a*, podemos comentar lo siguiente:

¿Admisible constitucionalmente?

No, en tanto excede los alcances del artículo 13 constitucional que dispone la existencia del fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar.

¹³⁴ El texto antes de la reforma de 13 de junio de 2014 era el siguiente:

“Artículo 57. Son delitos contra la disciplina militar:

I. (...)

II. Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

- a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;

(...)”

<p>¿Necesaria?</p>	<p>No, pues no es indispensable que los actos presumibles de delitos y que no sean contra la disciplina militar se juzgados por los tribunales castrenses, cuando son delitos del orden común los cuales son conocidos por las autoridades en el ámbito civil.</p>
<p>¿Proporcional?</p>	<p>No, toda vez que busca la impartición de justicia para los efectivos militares que atenten contra la disciplina castrense, pero menoscaba el derecho al acceso a la justicia que son vulnerados en sus derechos por acciones cometidas por integrantes del Ejército y son delitos del orden común; es decir, sólo existe la protección de unas personas por su calidad de militares en detrimento de las civiles al ser juzgados los posibles hechos delictivos en la jurisdicción castrense.</p>
<p>¿No contraria a la ley?</p>	<p>Sí, ya que la propia Constitución al establecer la existencia del fuero de guerra, sólo lo refiere a aquellos que atenten contra la disciplina militar, yendo incluso contra los derechos establecidos sobre debido proceso como lo es el comparecer ante el juez competente.</p>
<p>¿Compatible con los derechos reconocidos en la Constitución?</p>	<p>No, en función que crea jurisdicciones exclusivas que rompen la armonía constitucional respecto a la aplicación de la norma que mayor beneficie a las personas en cuanto a su protección y reconocimiento de derechos.</p>

La última variable de este indicador **¿Su marco de actuación responde a la promoción y respeto de los derechos humanos?** complementa la compatibilidad de lo establecido en norma con la aplicación del acto que de ella

emana, así como el impacto que genera; buscamos con el elemento que la conforma esa congruencia entre lo que dispone y el efecto que produce.

Por ello, la importancia de ser coherentes con lo que el ordenamiento constitucional dispone y con las normas sobre derechos humanos, tomando en cuenta que éstas se encuentren o no dentro de los ordenamientos jurídicos, pues tomamos como base la promoción y reconocimiento de derechos, tomando como base la aplicación de la norma que más beneficie a las personas, lo que se traduce en la máxima protección posible. De ahí que la figura del fuero de guerra tal como se presentaba no se ajustaba a esta variable, pues no existe correspondencia en la tutela de acceso a la justicia de las personas que han sufrido un menoscabo a sus derechos por conductas de militares con los actos procesales llevados ante los tribunales castrenses, en el Capítulo siguiente daremos cuenta de los resultados de los juicios y no serán nada alentadores, mas tratándose de la actividad del Ejército que fue incrementada con la lucha contra el narcotráfico y, por ende, de las acusaciones de violaciones a derechos humanos que pesan sobre sus efectivos.

Consecución del objetivo

Hemos planteado con Incorde el análisis más allá de lo escrito o normado, sino también los efectos y repercusiones que tengan en las personas las cuales, al final del día, son las receptoras en perjuicio o beneficio de las acciones que se fundamentan en los ordenamientos. Por eso lo imperativo de tomar en cuenta los elementos fácticos y deónticos sin dejar de lado los normativos y de derechos que hemos venido desarrollando.

En este indicador, ubicamos los motivos de acción para determinarla compatible respecto a derechos fundamentales en una vertiente indisoluble que es la proyección-ejecución de la misma. Para lograrlo, la primera de sus variables **¿La justificación del objetivo la hace idónea?** nos permite colocarnos en la oportunidad en que se presenta la acción, es decir,

contextualizarla para no salirse de la realidad donde se está proyectando-ejecutando, de ahí la importancia de la adecuación a la realidad social para saber los alcances que tendrá.

Este elemento de adecuación, conjuntamente con la correspondencia de la acción con el ideal a alcanzar, son los parámetros que nos van a determinar en el momento de la proyección-ejecución si los efectos que está produciendo y producirá con la aplicación del acto de autoridad podemos o no considerarlos compatibles respecto a derechos fundamentales y, con ello, tomar las medidas necesarias para avanzar en la máxima protección, o bien, prevenir o disminuir la posible afectación de derechos. Es decir, no basta con justificar y fundamentar una acción, sino que es preciso que esta responda al cumplimiento de la misma conforme a la realidad que se vive y lo que se quiere alcanzar, sin pasar por alto que cada uno de sus procesos debe contribuir a eso que se busca y evitando en todo momento ocasionar detrimentos mayores que el objetivo perseguido.

Ejemplificaremos este indicador con la presencia de las Fuerzas Armadas en la lucha contra el narcotráfico y preponderantemente con la actividad de los efectivos militares en las calles realizando labores de seguridad. No es nuestro propósito determinar si es o no constitucional su actuación, pues como apuntamos, los indicadores con sus variables y elementos que conforman Incorde buscan el análisis de los efectos para determinar la compatibilidad respecto a derechos fundamentales y si ello resulta que no existe tal, la constitucionalidad de la acción es rebasada, pues estaremos frente a una violación de derechos fundamentales que no se justifica aun estando contenida en la propia Constitución.

Soledad Jarquín, al realizar un reportaje sobre un suceso en el municipio de Castaños, Coahuila, escribe lo siguiente:¹³⁵

¹³⁵ Jarquín Edgar, Soledad, *A un año del ataque y en demanda de justicia. Castaños: mujeres violadas por soldados suspenderán labores*, CIMAC Noticias, julio de 2007, disponible en <http://www.cimacnoticias.com.mx/node/57733>

“La noche en El Pérsico y en Las Playas es parcialmente silenciosa en estas noches y en ese silencio se metió el recuerdo del 11 de julio de 2006, cuando un grupo de soldados abandonó su puesto en las instalaciones de Instituto Federal Electoral (IFE) para asaltar la zona de tolerancia del municipio de Castaños.

De esa noche del 11 de julio de 2006, quedan muchas heridas en las 14 mujeres violentadas sexualmente por los militares, ocho de ellos detenidos y sujetos a juicio por el fuero común.

En el salón El Pérsico, la voz del “Richar” es un fantasma que vuelve: “¡Muevan el culo, pinches putas!”, les grita, mientras otro de los soldados arenga a los clientes: “¡Órale, atásquense que es de a gratis...!”

...

La justicia no siempre repara los daños, algunos se quedan para siempre.”

Este hecho, en julio de 2006, se presenta con motivo del resguardo que hacía el Ejército Mexicano en todo el país de las urnas que contenían los votos de la elección donde compitió Felipe Calderón por la Presidencia de la República y que después el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación declaró su validez. Una vez asumido el mando el 1º de diciembre de ese mismo año, comienza a delinear la denominada lucha contra el narcotráfico justificada en la violencia e inseguridad en la que estaba sumergiéndose al país, tal como hemos descrito en la construcción del discurso que buscaba legitimar esta acción.

Fue entonces cuando comienza el despliegue de las fuerzas armadas en aquellas zonas de mayor inseguridad como lo detallamos en el Capítulo segundo y las denuncias de abusos que vulneran los derechos fundamentales de la población como lo apuntaremos más adelante en números. Sin embargo, en febrero de 2007, se suscita un hecho que coloca en el centro de la agenda pública la presencia del Ejército en las calles y en las labores de combate a la inseguridad y persecución de narcotraficantes: la muerte de una mujer indígena de 73 años de edad presuntamente por la violación de efectivos militares en el municipio de Soledad Atzompa, en la sierra de Zongolica, Veracruz.

El hecho tomó dimensiones mayores con la serie de contradicciones que hubo desde la misma Presidencia de la República, la Secretaría de la Defensa Nacional, el Gobierno del Estado de Veracruz y su Procuraduría de Justicia, hasta la propia Comisión Nacional de la Derechos Humanos (CNDH), las cuales llevaron a la afirmación de Felipe Calderón que Ernestina Ascencio Rosario, la mujer fallecida, había muerto de una gastritis crónica no atendida o al propio Ejército aclarar que el líquido seminal que encontraron en el cuerpo de Ernestina y lo estaban analizando, ya no lo tenían porque suponían que estaba en poder de la Procuraduría Local, pero al señalar esta que no lo detentaba, entonces no había tal sustancia, o bien, determinar por parte del entonces presidente de la CNDH, José Luis Soberanes, que ese organismo iría hasta las últimas consecuencias para que se castigaran a los militares responsables y luego determinar que el deceso fue por una muerte natural.¹³⁶

A la par de este suceso y la serie de acciones de las instituciones del Estado para justificar y aclarar los dichos de Felipe Calderón que negaban la presunta violación, se desarrolla la estrategia de intervención del Ejército en la lucha contra el narcotráfico como señalamos en su momento. Reparamos aquí precisamente en la variante proyección-ejecución de las acciones como medida para justificarla en un contexto y realidad que se vive, pues con la decisión tomada y ya emprendida de la participación de militares para la guerra contra las drogas, se incrementa la denuncia de violaciones a derechos humanos, además de una percepción sobre el alejamiento de las funciones de la institución armada y un de una mayor afectación contra la población que se decía protege con dicha actuación.

Justo es el punto donde sale de esa adecuación a la realidad social, pues se plantea un objetivo de seguridad para garantizar ese derecho, pero afectaciones en otros derechos aparecen consumidos por el afán de ganar la lucha contra el narcotráfico sin escatimar en recursos humanos y materiales

¹³⁶ Cfr. Granados Chapa, Miguel Ángel, El Ejército se enreda, Reforma, 9 de abril de 2007, disponible en www.elnorte.com/editoriales/nacional/733809/ y *Contradicciones y Retracciones. Verdad Histórica de los Hechos. Caso: Ernestina Ascencio Rosario*, Grupo Parlamentario del PRD, Cámara de Diputados, octubre 2007.

para ello, hay un distanciamiento de la proyección-ejecución, pues para alcanzar el ideal de una sociedad con paz se genera un clima de violencia, miedo, estigma y criminalización que nos coloca en un estado de excepción. Lo anterior resulta incompatible con los planteamientos que hemos formulado por alejarse de la promoción y respeto de los derechos fundamentales y más aún cuando sus resultados no son ni los esperados por las autoridades, ni los prometidos a la población.

En esa tesitura, la segunda variable **¿Es proporcional con el objetivo planteado?**, nos conduce a no sólo ver los motivos de las acciones en la variante proyección-ejecución, sino que nos coloca en la proyección-ejecución-seguimiento como una herramienta que nos permita ubicar dos elementos: la ausencia de arbitrariedad de las acciones y la búsqueda del mayor beneficio y de menores afectaciones respecto a derechos.

En el primer caso, si encontramos fundamento, justificación y una debida aplicación de la acción en el marco de derechos, estaremos frente a un actuar que no impone voluntades a discreción y que comparte lo promoción y respeto de los derechos fundamentales, alejándonos de visos de arbitrariedad; en el caso de la presencia del Ejército en labores de lucha contra el narcotráfico, más que una labor planeada, resultó de una justificación de discurso para legitimar el ejercicio de gobierno con la enmienda de actuaciones conforme se fueran presentando las circunstancias, sin tomar en cuenta la realidad que se vicia y sin reparar en que el objetivo a alcanzar no debería ser a toda costa, por lo que se salió incluso de los parámetros de respeto de los derechos, es decir, hubo una imposición de una decisión de Estado, más que una decisión para el cumplimiento de un ideal a alcanzar.

Respecto al mayor beneficio y menores afectaciones a derechos precisamente es la medición de los alcances de la acción con la variante proyección-ejecución-seguimiento, donde este último punto es indispensable para que la proporcionalidad entre lo que se diseña, se hace y se obtiene con la acción no se pierda de vista y encuentre ese equilibrio armónico para

maximizar lo que se tiene en el menor detrimento para obtenerlo y no ir en detrimento de lo que se tiene sin conseguir lo que se quiere. Tratándose de nuestro ejemplo, no podemos hablar de una proporción en estas dimensiones cuando se afectan derechos de personas que no estaban involucradas en la guerra contra las drogas y si se habla de perseguir la seguridad generando un clima mayor de violencia en zonas del país donde no se había extendido esa problemática.

La última variable de este indicador **¿Ha conseguido el objetivo con su adopción?** Va más allá del seguimiento, sino que conlleva a una evaluación de la acción para determinar su compatibilidad y no solamente con el resultado obtenido, sino con lo que realmente alcanzó y pueda realizar; el elemento de analizar las condiciones alcanzadas y realidad que se puede alcanzar que proponemos es para idealizar soluciones y colocar el contexto en el que se presentan, lo que se traduce en que la correspondencia con el respeto y promoción de derechos fundamentales no sólo debe ser con las normas que marcan los más altos estándares de protección, sino que efectivamente sean llevadas a cabo y, sobre todo, pueden aplicarse.

No se trata de encontrar los fundamentos, justificar, adecuar a la realidad, buscar la máxima promoción o disminuir las posibles afectaciones a derechos humanos solamente, sino de percibir si son las condiciones que realmente se pueden aplicar haciéndolas compatibles con esa protección. En el caso que nos ocupa, podríamos revestir jurídicamente la presencia del Ejército en la guerra contra el narcotráfico y mostrarla como coincidente respecto a normas de derechos humanos; sin embargo, si las personas no pueden vivir con los *cowboys* militares patrullando las calles que habitan, estando en las inmediaciones de los lugares comunes que concurren, encontrándoselos en los caminos que transitan y sabiendo que las armas que portan pueden utilizarlas cuando estimen la existencia de riesgos que ponen en peligro la seguridad, ya que los hechos muestran que su actuar ha provocado afectaciones a sus derechos humanos, no puede considerarse compatible respecto a derechos

una acción de esta naturaleza, pues lo que se busca es la máxima protección de las personas.

Valoración

Nuestro último indicador apunta hacia los motivos que llevaron a la adopción de la acción y a determinar si existe aún firmeza en la misma o es momento de ajustar para delinear el círculo del que hablamos con Incorde de no quedarse sólo en el análisis estático, sino llevarlo al dinamismo de la actividad. Las tres variables que proponemos se constituyen en herramientas de reflexión en un aspecto deóntico, que lleva a plantear y replantear el origen, así como la continuidad y permanencia de las acciones en función de una compatibilidad respecto a derechos.

La primera variable **¿Existen alternativas?** la circunscribimos con la construcción de la elección, proceso en el cual ubicaremos si de la acción por la que se optó fue la mejor con base a un razonamiento de ponderación sobre sus alcances, objetivos, impactos, beneficios, perjuicios y permanencia de la misma, además si presentó una respuesta que no sólo atienda la situación de manera emergente, sino que efectivamente vaya al fondo del asunto de una manera integral y no aislada. La construcción así vista incorpora elementos donde no sólo se fija el objetivo, sino se traza el camino para llegar a él y seguir aportando para que el camino andado no se quede en una buena intención y siga construyendo con la corresponsabilidad en función de la protección de derechos.

Una segunda variable que presentamos es **¿Se justifica con base a sus resultados?** que incorpora no sólo el impacto o secuelas que tenga, sino los mecanismos que son utilizados para obtenerlos, por lo que el elemento a destacar es que los medios y fin estén en la misma dirección sin caer en la legitimación de alcanzar el objetivo sin importar nada; lo anterior porque recordemos sobre la manera en que los derechos irradian las acciones y estas

deben ser vistas de una manera integral como parte de un todo, no un todo que se constituye en todo.

Finalmente, con la variable de este indicador **¿Optimiza valores y principios?** proponemos centrarlo con el elemento de buscar la mayor realización de los mismos, pues con la postura que partimos sobre la relatividad de derechos, la tendencia de compatibilidad debe ir sobre el mayor cumplimiento posible de derechos, entendiéndose que estos reflejan los valores y principios contenidos en los ordenamientos sobre promoción y reconocimiento de derechos.

Las tres variables con sus elementos propuestos nos muestran ese objetivo de Incorde de analizar la compatibilidad respecto a derechos conforme a los tres elementos que mencionamos en el punto de partida del diseño de este modelo: normativos, de derechos, además de los fácticos y deónticos, lo cual circunscribe el aspecto integral del análisis que se busca en el dinamismo de los actos de autoridad manifestados en producción de normas, ejecución de políticas o emisión de criterios judiciales sobre resolución de conflictos o interpretación legislativa. Conecta de igual forma el impacto con la recepción de esos actos en un actor indispensable para Incorde: la persona, misma a la que se procura el mayor beneficio de protección en las normas sobre derechos humanos.

Para este indicador, optamos por mencionar el caso especial de las leyes que son creadas para destinatarios en específico y que buscan resolver un problema que se presenta en la sociedad con el tema de la inseguridad. Tal es el caso de ordenamientos como la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, la Ley Federal de Extinción de Dominio, la Ley General de Víctimas, la Ley General para la Prevención Social de la Violencia y Delincuencia o la Ley Federal para la Protección a Personas que intervienen en el Procedimiento Penal, las cuales se caracterizan por ir apegados a la construcción de un discurso que legitima la lucha contra el narcotráfico y

atender los problemas de manera directa para atenuar una demanda que en esos momentos se coloca en la agenda pública por lo paradigmático de ciertos casos o la dimensión mediática que logran.

Sin embargo, la vista integral de la problemática y una solución de fondo no existen, pues existe una legislación con destinatarios particulares, fiel a la línea del derecho penal del enemigo, con el objetivo de persecución y miras coercitivas que atienden a esa visión descrita y que no contemplan ninguno de los elementos de compatibilidad comentados por la falta de ponderación, valoración o siquiera análisis en los impactos sobre el detrimento en materia de derechos, ya que se presentan como soluciones inmediatas y no respuestas con resultados a mediano y largo plazo que allanen el camino a las soluciones y prevengan los problemas que justamente quieren atacar, destacando además que existe un marco constitucional y de derechos a los que se debe atender para lograr lo que precisamente buscan con la expedición de cada una de esas legislaciones.

Esta es la propuesta de Incorde construida con la base teórica expuesta hasta el momento y complementada con la realidad que describiremos en la Capítulo siguiente. Más que un modelo a seguir, buscamos una herramienta que contribuya a la identificación de los elementos mínimos con lo que una acción debe partir para mostrarse como compatible respecto a derechos fundamentales, la demostración es precisamente la ejecución de la misma, el seguimiento y la valoración que se haga de ella para el replanteamiento que nos lleve a maximizar los valores y principios que contiene y son expresados en normas, políticas públicas o en cualquier acto de autoridad.

Indicadores de compatibilidad respecto a derechos fundamentales (Incorde)

A modo de resumen y ejemplos

Indicador	1. Armonía con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos		
Variable	Elementos	Acción	Compatibilidad
a. ¿Se ajusta a estándares de protección internacional de derechos humanos?	Trascendencia de la esfera de protección interna a una protección externa.	Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro	No existe en función de estigmatizar personas y dirigirse de manera específica a acciones sin visión integral,
	Mecanismos de Protección.		además tiene sólo un carácter punitivo con salvaguarda inmediata sin ningún otro fin.
b. ¿Presenta recepción de las normas internacionales?	Maximizar derechos.		Es compatible, pues pondera el derecho a la vida frente a las sanciones impuestas,
	Mayor Protección.	Prohibición de la pena de muerte	protege la vida frente a actos arbitrarios, de igual forma se muestra
	Compatibilidad de disposiciones.		acorde con normas internacionales que prohíben esa sanción.
c. ¿Responde a criterios adoptados por organismos internacionales sobre derechos humanos?	Identificación de incompatibilidad con derecho internacional de derechos humanos.	Reformas para considerar a la tortura como un delito	Son compatibles, pues atiende recomendaciones de organismos internacionales para modificar la norma que es el fundamento del
	Adecuación del marco jurídico interno o de la actuación de la autoridad.		acto de poder, a efecto de armonizarlo con disposiciones sobre de derechos humanos.

Indicador	2. Adecuación constitucional		
Variable	Elementos	Acción	Compatibilidad
a. ¿Encuentra fundamento constitucional?	<p>Interno: si la actuación del Estado encuentra fundamento para su actuación y respeta los derechos reconocidos.</p> <p>Externo: atiende normas internacionales de protección de derechos humanos.</p>	Presunción de inocencia	Si existe, atiende al principio de lo que más beneficie a la persona en materia de derechos y reconoce el derecho establecido en normas internacionales de manera explícita y no implícitamente como se hacía antes de 2008.
b. ¿Respeto modelos de aplicación o interpretación pro persona?	Ponderación de disposiciones que beneficien aplicación de derechos humanos.	Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada	No hay, pues atenta contra el derecho de presunción de inocencia reconocido en la Constitución, otorgando una calidad específica a un presunto delincuente para ser sancionado de manera especial.
c. ¿Es congruente con los valores y principios constitucionales?	La aplicación responde al deber ser establecido en la norma.		Otorga distinción para que se lleve proceso sin haber determinado la participación para ser considerado integrante de la delincuencia
	Coadyuva a la realización de lo plasmado en la Constitución.		organizada, sujetando a la persona a un tratamiento diferente.

Indicador	3. Compatibilidad con derechos humanos		
Variable	Elementos	Acción	Compatibilidad
a. ¿Respeta limitaciones frente a los derechos humanos?	Soberanía de los derechos, donde estos irradian y permeen las acciones con motivo del ejercicio de poder y marquen parámetros de valores.		No existe compatibilidad, pues no garantiza protección a derechos de personas que son agraviadas por militares al ser sometidos los procesos a tribunales castrenses, sin que respete la disposición constitucional de la existencia de este fuero solo para delitos que atenten contra la disciplina militar; de igual forma
	Fuente de legitimación o deslegitimación de actos de poderes públicos basados en normas, pero que no condicionan su existencia o validez.	Fuero militar antes de las reformas de 2014	deja al Estado en una situación pasiva frente a la garantía que debe otorgar para la protección de derechos.
	Espacio prohibido y obligaciones de garantizar.		
b. ¿Restricciones... con respecto a/de... los derechos humanos?	Igualdad tomando en cuenta la titularidad de derechos.		Prioriza jurisdicción militar por encima de las normas que mayor benefician a las personas en materia de protección de
	Relativos vs absolutos.		derechos, colocando la calidad de militar como sujeto activo de
	Parámetros de restricción delimitados.	Fuero militar antes de las reformas de 2014	acciones presumibles de delitos encima de los valores que se tutelan con los procesos ante otras instancias; además va contra las disposiciones constitucionales,
c. ¿Su marco de actuación responde a la promoción y respeto de los derechos humanos?	Congruencia entre lo que dispone y el efecto que produce.		contraviene normas internacionales y no cumple con el objetivo de velar por la disciplina militar solamente.

Indicador	4. Consecución del objetivo		
Variable	Elementos	Acción	Compatibilidad
a. ¿La justificación del objetivo la hace idónea?	Adecuación a realidad social.		No hay, toda vez que el despliegue de fuerzas armadas expandió el clima de inseguridad con la generación de un clima de violencia en diversas zonas del país.
	Correspondencia entre ideal a alcanzar.	Presencia del Ejército en la lucha contra el narcotráfico	
a. ¿Es proporcional con el objetivo planteado?	Ausencia de arbitrariedad.		Se trató de una medida impositiva para legitimar el ejercicio de poder, sin reparar en los detrimentos de derechos contra personas no involucradas en la lucha contra el narcotráfico; esa situación ha originado descontento entre la sociedad con una percepción de inseguridad mayor.
	Búsqueda del mayor beneficio y de menores afectaciones.	Presencia del Ejército en la lucha contra el narcotráfico	
b. ¿Ha conseguido el objetivo con su adopción?	Condiciones alcanzadas y realidad que se puede alcanzar.		

Indicador	5. Valoración		
Variable	Elementos	Acción	Compatibilidad
a. ¿Existen alternativas?	Construcción de la elección.		No existe, en función que no se ponderan soluciones integrales, sólo atención inmediata, la cual
b. ¿Se justifica con base a resultados?	Medios y fin en la misma dirección.	Legislaciones específicas creadas a raíz de la lucha contra el narcotráfico	se crea para legitimar un discurso de combatir la inseguridad a cualquier costa y dar respuesta mediática a una problemática, ignorando
a. ¿Optimiza valores y principios?	Buscar la mayor realización de los mismos.		la protección de los derechos de las personas que, aún mencionados en ley, no hay una acción del Estado para garantizarlos, lo cual no es suficiente para la compatibilidad respecto a derechos.

CAPÍTULO 4

Resultados y secuelas

4.1. Dimensión de la estrategia: resultados y secuelas

El marco conceptual sobre el que hemos reflexionado respecto al ejercicio del poder y sus límites representados en los derechos fundamentales, así como en el desarrollo que han tenido esas referencias en la aplicación de acciones de las autoridades -ejecutivas, legislativas o judiciales- con la construcción de justificaciones de carácter legal de las conductas, no son más que descripciones de la actividad del Estado, manifestada en ordenamientos jurídicos o políticas que buscan la legitimación de su actuar.

La edificación de discursos, retomando palabras, ideas o directrices, es parte de la conceptualización de la llamada lucha contra el narcotráfico para generar circunstancias que posibiliten una creencia y voto de confianza en el accionar de las autoridades y, con ello, considerarlo correcto.

De esa manera, la creación de un ambiente ideal en el desarrollo de la estrategia de seguridad, llevada a cabo en la administración del gobierno de Felipe Calderón, se cimentó en transmitir miedo, insistir en climas de violencia, dispersar la sensación de inseguridad, fabricar estereotipos de lo malo *versus* lo bueno y poner énfasis en imágenes cuyo papel fue reproducir un objetivo que estaba haciendo daño a la sociedad: el enemigo del estado encarnado en el integrante de la delincuencia organizada dedicado al narcotráfico.

La afirmación que sostenemos, dista mucho de los componentes de la Estrategia Nacional de Seguridad del periodo de gobierno estudiado, a saber: la contención y debilitamiento de las organizaciones criminales, fortalecimiento, depuración y reconstrucción de las instituciones de seguridad y justicia, así como reconstrucción del tejido social y prevención del delito.¹³⁷

Se aleja nuestra posición de dichos elementos, por los resultados y las secuelas arrojadas con la aplicación de la política citada. Para sostener lo anterior, basta con revisar el reporte oficial de los logros obtenidos bajo esos

¹³⁷ Cfr., *Sexto Informe de Gobierno*, Presidencia de la República, México, 2012, p.3.

lineamientos situados en el mundo de lo ideal y contrastarlos con lo suscitado en la realidad, en el terreno de lo fáctico en el que, desde nuestro punto de vista, el gobierno pretendía conducir a la sociedad a un estado de excepción permanente, utilizando las palabras de Walter Benjamin.

En el primer rubro, en el mundo idealizado del combate al narcotráfico, los resultados nos demuestran que se piensa en las instituciones y no en las personas, al destacar sólo dos de los tres componentes, es decir, se omite el elemento esencial en una política de seguridad: el enfoque de ciudadano y no el de seguridad pública o nacional. Lo anterior es perfectamente entendible si seguimos la lógica de una guerra declarada y no hablamos de prevención o recomposición del tejido social como factores indispensables para no tener una *lucha contra*, sino una *política de*, o sea, de inclusión social, de alternativas de desarrollo, de potenciar capacidades, de generar oportunidades, de no estigmas o estereotipos, de considerar a las personas como sujetos de derechos y no enemigos a los que se debe eliminar.

De ahí los logros reportados en el último informe de gobierno de la administración 2006-2012 en el tema de seguridad:

“En materia de contención y debilitamiento de las organizaciones criminales, se ha combatido de manera frontal a todas las organizaciones delincuenciales y se ha logrado desarticular su operación y mermar sus capacidades de afectación mediante aseguramientos históricos: resultado del despliegue permanente de las Fuerzas Federales en operaciones de erradicación y aseguramiento de drogas ilícitas, de diciembre de 2006 a julio de 2012 se evitó que llegaran a las calles más de 345.9 millones de dosis de cocaína; 62,978.9 millones de dosis de marihuana y de 1,693.1 millones de dosis de heroína, que en conjunto equivalen a 14,466.8 millones de dólares.

De diciembre de 2006 a julio de 2012, las Fuerzas Federales lograron inhabilitar al 60%, es decir a 22 de los 37 presuntos criminales más peligrosos del país de acuerdo con la lista publicada en marzo de 2009 por la Procuraduría General de la República.

El estado de fuerza de la Policía Federal se quintuplicó al pasar, de 6,489 elementos en diciembre de 2006, a 36,940 a junio de 2012, de los cuáles el 20.2% son mujeres con presencia en tareas de análisis e investigación, intervención, control de multitudes y paracaidismo. De 2008 a junio de 2012 se

integraron a la PF más de 8,600 jóvenes con perfil universitario, egresados de las carreras de ingeniería, química, biología, informática, derecho y psicología, entre otras, quienes han contribuido a darle un nuevo perfil a la corporación y a reforzar las tareas de inteligencia con la aplicación de métodos y herramientas técnicas y tecnológicas en la ejecución de la política de seguridad pública en contra de la criminalidad.”¹³⁸

Debilitamiento, contención, desarticulación, inhabilitar organizaciones delictivas, además de fortalecer, quintuplicar y reforzar la fuerza policial para combatir a los delincuentes, es el discurso de lo obtenido en un mundo idealizado de la lucha contra el narcotráfico, idealizado sostenemos porque se llevó a cabo en un nivel donde se rompió la asimetría del Estado respecto a los que catalogó como sus enemigos, es decir, hubo una guerra entre el gobierno y los criminales –para seguir con el uso de su lenguaje-, donde la afectación principal, que son las personas, no fue tomada en cuenta y sufrió las mayores secuelas negativas.

Lo idealizado de ese combate radica en un alejamiento de resultados en la realidad y en la carencia del tercer componente que, a nuestro juicio, debiera ser el primero en la escala de medición para marcar como exitosa la estrategia: reconstrucción del tejido social y prevención del delito.

Por citar algunos ejemplos, en las encuestas nacionales de adicciones se muestran incrementos en el consumo de marihuana y cocaína en nuestro país, pues el consumo de drogas pasó del 3.33% en 1998 al 6.8% de la población de 12 a 65 años de edad en 2008; además se reportó un proceso de crecimiento y dispersión de la violencia asociada a la delincuencia organizada con incrementos de homicidios equivalentes hasta al 170% entre los años 2009 y 2010 en algunos municipios. En el 2007 sólo 53 municipios tenían al menos una ejecución mensual en promedio; para 2010, 200 municipios cumplen esa condición. Esta violencia pasó de concentrarse en 17 municipios en 2008, a 24 en 2010.¹³⁹

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Cfr. *Elementos para la Construcción de una Política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia*, UNAM, 2011, pp. 10 y 11.

Con esos datos, la reconstrucción del tejido social y la prevención del delito se quedan en ideales a alcanzar, pues se presentan circunstancias que permiten diversificar las actividades ilícitas y, consecuentemente, la violencia e inseguridad comienza a manifestarse por diversas causas que Eduardo Guerrero señala puntualmente de la siguiente manera:¹⁴⁰

1. La reconversión, la cual se presenta por la persecución y captura de los que consideran las autoridades como capos de los cárteles, propiciando un desdoblamiento en grupos o células por diversas regiones del país y, si son aprendidos por el gobierno, la estructura de la organización delincinencial no depende del líder exclusivamente, pues mantiene diversos activos que le permiten seguir operando como armas, personal, mercancía y un mercado donde ofrecer la droga.
2. Reubicación forzada, donde la expansión no es propia de las organizaciones dedicadas al narcotráfico, sino que a raíz del enfrentamiento con otros grupos o con el gobierno, se ven obligadas a realizar su trabajo en otros lugares multiplicando su actividad en lugares considerados por ellos como seguros.
3. Impunidad, dado que existe violencia cada vez en más regiones del país, las probabilidades de castigo a las actividades criminales se vuelven escasas ante la cantidad de casos que deben investigarse, aunado a la infiltración del narcotráfico en corporaciones policiales o militares y la corrupción de la que son objeto.

Es decir, "...la política criminal se ha convertido en la tragedia de los estados modernos. Tragedia en sentido antiguo, es decir, en el sentido de que haga lo que haga el estado (sic), no puede escapar a su destino: el aumento de la delincuencia... de ser una política en materia criminal, como debiera ser, se

¹⁴⁰ Guerrero Gutiérrez, Eduardo, "Violencia y mafias", Revista Nexos, núm. 405, septiembre de 2011, México, p.p. 58 y 59.

transforma en una política generadora de criminalidad.”¹⁴¹ Esta afirmación es la base para contrastar los resultados de lo idealizado con el mundo fáctico, pues en la realidad, existen diversos datos que constatan la ignorancia del enfoque de seguridad ciudadana en el desarrollo del combate al crimen organizado, pues precisamente han sido las personas las que se encuentran en el foco del saldo negativo.

Basta analizar el comportamiento diversificado de las organizaciones que se dedican a actividades relacionadas con el narcotráfico, las cuales han infiltrado e impactado en prácticamente todas las esferas de la vida pública, lo que incluye modalidades, como extorsión de pequeñas empresas, bloqueos de las principales autopistas, cierre de escuelas, toques de queda nocturnos, secuestros en masa y asesinatos de funcionarios. A lo anterior deben agregarse demostraciones públicas de violencia como dejar cabezas de personas decapitadas en plazas públicas hasta colgar cuerpos mutilados en puentes sobre carreteras con el fin de infundir el terror.¹⁴²

O’Neil precisa que “...los desacuerdos entre organizaciones criminales rivales han producido enfrentamientos armados en las calles de las ciudades importantes, a menudo a plena luz del día. Las amenazas de muerte han forzado a decenas de funcionarios de gobierno y de la policía a renunciar. Los círculos de extorsión de muchas ciudades hacen rehenes a las empresas, forzando a los propietarios a pagar para proteger sus operaciones y a sus empleados. El temor al secuestro asedia a las clases alta, media y trabajadora por igual.”¹⁴³

Esas situaciones llevaron a reconocer, por parte de las propias autoridades, las formas diversas de la violencia en las ejecuciones, ya que la Procuraduría

¹⁴¹ Berumen Campos, Arturo, “Política criminal: un enfoque de sistemas”, en Sánchez Sandoval, Augusto (coord.), *Seguridad Pública y la Teoría de los Sistemas en la Sociedad del Riesgo*, Porrúa, México, 2007, p. 55.

¹⁴² Cfr. *Ni Seguridad Ni Derechos, Ejecuciones, desapariciones y tortura en la “guerra contra el narcotráfico” de México*, Human Rights Watch, Estados Unidos de América, 2011, p. 4.

¹⁴³ O’Neil, Shannon, “La guerra real de México. Cómo puede derrotar la democracia a los cárteles de la droga”, op.cit., p. 105.

General de la República, a través del Centro Nacional de Planeación, Análisis e Información para el Combate a la Delincuencia, en 2008 requirió a los órganos de procuración de justicia de los estados la información relacionada con homicidios dolosos con características de ejecución, con base a varios indicadores, entre los que se encuentran los siguientes: decapitados, con tiro de gracia, ojos vendados, mordaza con cinta adhesiva, atados de pies y manos, con mensajes en cuerpo o cartulinas, más de cinco disparos de arma de fuego, que las víctimas hayan sido previamente “levantadas”, que presenten huellas de tortura, que en la agresión se hayan empleado armas de grueso calibre, que se haya presentado una emboscada o persecución, que se encuentren con los dedos o manos mutilados, calcinados, descuartizados, que los cadáveres hayan sido “encobijados o embolsados” y degollados, colocados en sus propios vehículos e incluso algunos de ellos hayan sido “quemados” en tambos.¹⁴⁴

La generación de violencia y de un clima de inseguridad se convirtió en un campo fértil para declarar, de manera informal, el estado de excepción permanente al que nos referimos, donde las situaciones son los que marcan las pautas de lo que se propone regular, es decir, el derecho se suspende y se sobrepone el hecho, no para ajustar la realidad al deber ser, sino provocar una ausencia de regulación, o bien, límites y parámetros de la actividad del Estado para atender una situación emergente ante los atentados de las organizaciones criminales contra el orden social, de nueva cuenta, utilizando su discurso.

Los hechos fueron pretexto para crear derecho y justificar la actuación estatal en una guerra contra el narcotráfico, insistimos, no para responder a una realidad y atender la problemática, sino para legitimar actos, respaldar conductas y fundamentar lo cuestionado por diversos sectores. Surgen con ellos signos del derecho penal del enemigo con leyes específicas que hablan de “contra”, regulaciones con destinatarios específicos, creación de estigmas sociales y la generación de condiciones de estado de excepción como un

¹⁴⁴ Cfr. *Segundo informe especial de la CNDH sobre el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad en nuestro país*, 2008, p.p. 26 – 30, consultado en http://cndh.org.mx/Informes_Especiales

paradigma de la política de la autoridad estatal que hace todo lo posible para su supervivencia.¹⁴⁵

Rossiter precisa que los estados de excepción no son concebidos cuando el gobierno funciona en circunstancias, por así decirlo, normales, sino que precisamente aparecen cuando existen momentos de crisis de tal suerte que debe ser alterado en la medida necesaria para neutralizar el peligro y restaurar a una situación normal, lo que implica un gobierno más fuerte con más poder, pero con ciudadanos con menos derechos y más débiles.¹⁴⁶

Los momentos de crisis se presentan, bajo este contexto, en el aumento de homicidios relacionados con la actividad del narcotráfico y su constante exposición mediática que se convertían en parte de la cotidianidad de los sucesos del quehacer nacional, local y regional; por ello, "...el lenguaje de la excepción es sintomático: guerra, emergencia, urgencia, necesidad, poderes, restricciones, decisiones. Los derechos como enemigos de las instituciones; las instituciones como víctimas de los derechos; el abuso en el uso de los derechos que amenaza y vulnera a las instituciones. Ideas que expresan la lógica de la excepción en toda su expresión."¹⁴⁷ Ideas que, materializadas como en nuestro país, confirman el enfoque de pensar en las instituciones y no en las personas, priorizando la seguridad nacional antes que la seguridad ciudadana.

La secuelas de la estrategia y de esa introducción a un estado de excepción permanente se reflejan en las siguientes cifras:

¹⁴⁵ Cfr. Aganben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*, tr. Flavio Costa e Ivana Costa, Adriana Hidalgo editora, Argentina, 2007, p. 25.

¹⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 35

¹⁴⁷ Salazar Ugarte, Pedro, *Crítica de la mano dura. Cómo enfrentar la violencia y preservar nuestras libertades*, Océano, México, 2012, p. 55.

- La base de datos de la Procuraduría General de la República denominada “Fallecimientos por presunta rivalidad delincuenciales”, cita los siguientes datos:¹⁴⁸

Año	Personas fallecidas
2006	62
2007	2,826
2008	6,838
2009	9,614
2010	15,273
2011	12,903
(enero-septiembre)	
Total	47,516

Analizando las cifras, desde el inicio de la lucha contra el narcotráfico con la instauración del gobierno en turno, tenemos en cifras oficiales 47 mil 516 muertes, incrementándose en un 600% del primero al quinto año de la administración, lo que resulta un comportamiento atípico para cualquier conducta delictiva y además preocupante, pues se trata de una elevada pérdida de vidas humanas a partir de una política de Estado que busca erradicar la inseguridad y la violencia.

Un punto que debe resaltarse es el nombre que se asigna a esa base de datos, ya que se busca deslindar la responsabilidad del Estado en esos fallecimientos al atribuírselos presuntamente a la rivalidad entre grupos delincuenciales, un signo más del derecho penal del enemigo que hemos citado, al crear estigmas y estereotipos para ciertos sectores sociales.

El conteo oficial, coincide con uno realizado por Eduardo Guerrero, a partir de los registros que se presentan diversos medios de información y que se concentran en los siguientes números:¹⁴⁹

¹⁴⁸ Cfr. Azaola, Elena, “Violencia de hoy, violencia de siempre”, Revista Nexos, núm. 413, mayo 2012, México, consultada en <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2102685>

¹⁴⁹ Guerrero Gutiérrez, Eduardo, “2011: la dispersión de la violencia”, Revista Nexos, núm. 410, febrero 2012, México, p.p. 13 - 15.

Año	Personas ejecutadas
2007	2,766
2008	6,833
2009	9,604
2010	15,263
2011	16,603
Total	51,069

- La Comisión Nacional de Derechos Humanos, con datos obtenidos del Centro Nacional de Planeación de la Procuraduría General de la República, da cuenta de 17 mil 198 ejecuciones del año 2001 al 2008. Sin embargo, se observa un incremento notorio en los dos primeros años después de la declaratoria de la guerra contra el narcotráfico -2007 y 2008-, con respecto a los seis años donde no existía la estrategia de seguridad para atender esa problemática.

Ese incremento es notorio, pues de 2001 a 2006, se registraron ocho mil 901 ejecuciones y en sólo dos años, 2007 y 2008, casi se iguala la cifra que se presentó en seis años, pues se contabilizaron ocho mil 297 ejecuciones hasta diciembre de 2008, lo que refleja el impacto del inicio del combate frontal al crimen organizado como se le denominó a la política en materia de seguridad.¹⁵⁰

Año	Personas ejecutadas
2001	1,080
2002	1,230

¹⁵⁰ Cfr. *Segundo informe especial de la CNDH sobre el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad en nuestro país*, op.cit., p.p. 26 – 30.

2003	1,290
2004	1,304
2005	1,776
2006	2,221
2007	2,712
2008	5,585 (hasta el 1 de Diciembre)
Total	17,198

El propio organismo registra ejecuciones en personas que integran las estructuras de la función pública, sobre todo corporaciones involucradas en la lucha contra la delincuencia organizada, de esa manera en 2007 reporta que fueron ejecutados 56 servidores públicos (46 militares, cinco marinos y cinco policías), mientras que en el 2008, la cifra se incrementó a 648 servidores públicos, entre ellos se encuentran 52 militares, 105 policías federales, 102 policías preventivos, 163 policías municipales y 151 policías ministeriales, así como 75 servidores públicos de distintas dependencias gubernamentales de los tres órdenes de gobierno.¹⁵¹

- En el estudio denominado “Homicidios 2008-2009. La muerte tiene permiso”, se reporta que entre 1990 y 2007 la tasa nacional de homicidios había disminuido de manera sistemática, año tras año; alcanzó un máximo de 19 homicidios por cada 100 mil habitantes en 1992, y a partir de entonces comenzó a bajar hasta llegar a un mínimo de ocho homicidios por cada 100 mil habitantes en 2007.

Sin embargo, dicha tendencia de 20 años se alteró, pues en 2008 y 2009, una vez iniciada la guerra contra el narcotráfico, la tasa nacional

¹⁵¹ Ídem.

de homicidios vuelve a los niveles de 1991; sube un 50% en 2008, y de nuevo 50% en 2009.

Afirma el estudio lo anterior, a partir de que en 2008 hubo cinco mil 500 homicidios más que en 2007 y en 2009 se registraron cinco mil 800 más que en 2008 y tres mil más que en 1992. Se observa además que el cambio de tendencia ocurre en el segundo año del gobierno de Calderón y no antes, situación que puede atribuirse a la generación y dispersión de violencia con la estrategia emprendida en aras de proteger la seguridad nacional.¹⁵²

- A pesar del reconocimiento de las autoridades de la cantidad de ejecuciones y homicidios, Human Rights Watch proporciona información de que sólo la Procuraduría General de la República había iniciado 997 averiguaciones previas del año 2006 a 2011, además habían sido acusadas 343 personas en dichos casos. Según estadísticas proporcionadas a la organización por el Poder Judicial Federal, se habían aplicado condenas en 22 casos de homicidios y otras lesiones vinculados con la delincuencia organizada.¹⁵³

Cifras que constatan la impunidad en la que se quedan los otros casi 50 mil casos de homicidios.

- En las investigaciones llevadas a cabo por la presunta violación a derechos humanos con motivo de la lucha contra la delincuencia organizada y el activismo del Ejército, Human Rights Watch reporta que a mediados del año 2010, sólo se habían iniciado tres mil 671, de las cuales se obtuvieron 29 sentencias. Sin embargo, en un reporte presentado por el entonces Secretario de la Defensa Nacional ante el

¹⁵² Cfr. Escalante Gonzalbo, Fernando, "Homicidios 2008-2009. La muerte tiene permiso", Revista Nexos, núm. 397, enero 2011., p.p. 36 y 37.

¹⁵³ Cfr. *Ni Seguridad Ni Derechos, Ejecuciones, desapariciones y tortura en la "guerra contra el narcotráfico" de México*, op.cit., p. 17.

Senado de la República en diciembre de 2011, da cuenta de 167 militares indiciados, 89 procesados y 11 prófugos.¹⁵⁴

Por otra parte, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos señala que, de diciembre de 2006 a diciembre de 2011, recibió 11 mil 680 quejas en contra de las secretarías de la Defensa Nacional, de Marina y de Seguridad Pública, además la Procuraduría General de la República, es decir, las instituciones encargadas de ejecutar la estrategia contra la inseguridad. Las quejas se refieren en su mayoría a tratos crueles, inhumanos o degradantes, irregularidades en cateos y detenciones arbitrarias.¹⁵⁵

El Ejército Mexicano recibió la notificación de siete mil 441 quejas por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y 113 recomendaciones emitidas por el organismo, de las cuales, sólo 73 fueron concluidas y 40 se quedaron en trámite, en el periodo de diciembre de 2006 a noviembre de 2012.¹⁵⁶

Quejas notificadas al Ejército Mexicano por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Año	Quejas notificadas
2006	8
2007	376
2008	1,143
2009	1,644
2010	1,320
2011	1,574
2012 (hasta el 30 de noviembre)	1,376
Total	7441

¹⁵⁴ Para más detalles véase *Impunidad Uniformada. Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública*, Human Rights Watch, Estados Unidos de América, 2009, pp. 25-69.

¹⁵⁵ Cfr. Azaola, Elena, “Violencia de hoy, violencia de siempre”, op.cit.

¹⁵⁶ Cfr. <http://www.sedena.gob.mx/images/stories/D.H/2013/abril/resultados2006-2012.pdf>

Recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos al Ejército Mexicano

Año	Recomendaciones
2006	0
2007	7
2008	14
2009	30
2010	22
2011	25
2012 (hasta el 30 de noviembre)	15
Total	113

De las cifras citadas y, si tomamos en cuenta que se han presentado 358 quejas notificadas al Ejército por presuntas violaciones a derechos humanos, según los datos disponibles del primero de diciembre del 2012 al 2 de abril de 2013,¹⁵⁷ nos lleva a deducir que, a pesar de un cambio de discurso en el gobierno de Peña Nieto respecto al combate al narcotráfico, se sigue la misma tendencia respecto al señalamiento de integrantes del Ejército como activos en la violación de derechos humanos, es decir, la conducta de los efectivos militares en la estrategia de seguridad no ha variado.

A esa realidad debemos agregar otra: “En México, un alto número de personas participan en el crimen organizado, moviendo capitales que se han llegado a estimar hasta en 29 mil millones de dólares al año. Entre 2006 y 2008, la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público remitió denuncias que se suponen por presunto lavado de dinero equivalentes al 8% del dinero sucio en circulación en el país. Además, se ha estimado que el 10% del sistema financiero mexicano opera con dinero proveniente del narcotráfico. Algunos funcionarios del Departamento de Estado de los Estados Unidos, han estimado que los movimientos de tráfico de drogas

¹⁵⁷ Cfr. <http://www.sedena.gob.mx/images/stories/D.H/2013/abril/resultados2006-2012.pdf>

de las organizaciones que operan en los Estados Unidos, generan utilidades ilícitas hacia México de entre 17 y 38 mil millones de dólares.”¹⁵⁸

Es decir, estamos inmersos en circunstancias donde los resultados de la lucha contra el narcotráfico no son exitosos dadas las secuelas que ha dejado y por las repercusiones económicas que aún tienen esas actividades, las cuales son una opción de ingresos para las personas que se dedican a las mismas, a mayor o menor escala es lo mismo, el hecho es estar relacionado para pertenecer a ese mundo.

La posición que sostenemos es que, de plantearse como una solución, la estrategia contra la delincuencia organizada se convirtió en un problema que ahondó la crisis de violencia, mediatizó el clima de inseguridad, generó un estado de *shock* a la sociedad para imponer medidas que justificaran su actuar, militarizó la obligación del Estado de proporcionar seguridad a las personas e ignoró atender el fondo de la problemática sin crear alternativas de desarrollo social o de fortalecimiento y recomposición del tejido comunitario. La estrategia, de pretender su atención a un problema para erradicarlo, desvió la misma y lo hizo crecer de manera desmedida.

Esta afirmación nos lleva a recordar a Garzón Valdés respecto a la diferencia entre calamidad y catástrofe: “calamidad es aquella desgracia, desastre o miseria que resulta de acciones humanas intencionales... catástrofe (es) la desgracia, el desastre o la miseria provocadas por causas naturales que escapan al control humano.”¹⁵⁹ Es decir, la calamidad puede evitarse y la catástrofe no; por ello, los resultados y secuelas de la guerra contra el narcotráfico entran en el umbral de lo evitable, al tratarse de una acción provocada deliberadamente y no puede catalogarse con resultados catastróficos, ya que no escaparon al control del Estado, sino que se convirtieron en una calamidad al seguir produciéndose, a pesar de los resultados negativos que estaba arrojando y del fracaso de la estrategia.

¹⁵⁸ *Elementos para la Construcción de una Política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia*, op.cit., p. 11.

¹⁵⁹ Garzón Valdés, Ernesto, *Calamidades*, Gedisa, España, 2004, pp. 11 y 12.

La calamidad descrita puede apreciarse en la cantidad de personas fallecidas, en lo normal que se convirtió ver escenas violentas en los medios de información, en la creación de un morbo social de apreciar la sangre en enfrentamientos para detener la ola de violencia, en los espectáculos televisivos que daban cuenta de detenciones o presentaciones de delincuentes al momento, en el lucro obtenido con los golpes contra el narcotráfico exhibiendo grandes cantidades de drogas, armas o dinero decomisado y en la construcción del discurso legitimador de un Estado que trabaja luchando contra sus enemigos.

En contraste y en abono de esa calamidad, una sociedad temerosa por la inseguridad, aun con lo acostumbrada a la violencia que pudiera estar, sectores sociales cada vez más desprotegidos, crecimiento de la crisis económica que se ve reflejada en aumento de la pobreza, insuficientes alternativas de empleo, alejamiento de una política social respecto a un enfoque de derechos y de cobertura universal, estancamiento en el acceso a vivienda, rezago en temas para garantizar los derechos de educación, salud y alimentación¹⁶⁰, en suma, una estrategia que ve a la inseguridad como el principal problema por atender y que realiza acciones para atacarla, pero que no la soluciona y descuida los temas fundamentales que coadyuvan a prevenirla.

La reflexión fortalece nuestra premisa: la política de la guerra contra el narcotráfico se llevó a cabo en un mundo idealizado y no en uno real donde las personas, las destinatarias de esas acciones, son las afectadas por el hacer o no hacer de la actividad estatal. A pesar de ello, la calamidad siguió su curso con los resultados y secuelas descritas.

Una vez detallada la dimensión de la estrategia, consideramos necesario encontrar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿cuál es la opinión de la estrategia para combatir la inseguridad desarrollada por el gobierno de Felipe

¹⁶⁰ Para ver con detalle las cifras sobre estos aspectos consúltese Informe de evaluación de la política de Desarrollo Social 2012, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, México, 2012, pp. 188 -198, consultado en http://www.coneval.gob.mx/Informes/Evaluacion/IEPDS2012/Pages-IEPDSMex2012-12nov-VFinal_lowres6.pdf

Calderón?, ¿contribuyó en algo?, ¿habría otro camino?, ¿cómo describir esa estrategia? y ¿qué se avizora con el gobierno de Enrique Peña Nieto y el planteamiento respecto al tema del combate a la inseguridad?

Para responder a esas preguntas, nos valimos de la opinión de tres personajes que han tenido relación directa desde los ámbitos académico, social y de defensa de los derechos humanos y así construir una respuesta tomando en cuenta justo lo que la estrategia le ha faltado: una conceptualización desde las personas. De ahí la selección de los perfiles de las personas en las que nos auxiliamos para las siguientes reflexionemos. Los cuestionamientos obedecen a la lógica que hemos planteado de analizar los resultados de la lucha contra el narcotráfico, plantearse las alternativas que pudieran existir y finalmente la expectativa ante el cambio de gobierno.

Sobre la opinión de la estrategia para combatir la inseguridad desarrollada por el gobierno de Felipe Calderón

En una evaluación realizada por Consulta Mitofsky al final del sexenio de Felipe Calderón, se concluye lo siguiente:¹⁶¹

- De los años 2010 a 2012 años, ocho de cada 10 mexicanos sienten que la inseguridad ha aumentado. Durante 2011 y 2012 las personas consultadas responden que la inseguridad es la principal problemática del país, muy por arriba de cualquier otro problema.
- La inseguridad fue el tema dominante de preocupación a partir de 2010, pero no se relaciona con conceptos como la “drogadicción” ni el “narcotráfico”, deduciendo que la queja ciudadana está más enfocada a la violencia y no a la presencia de las drogas.

¹⁶¹ Cfr. *México: Evaluación final del gobierno. Felipe Calderón: 2006-2012*, Consulta Mitofsky, pp. 12 - 14, consultada en <http://consulta.mx/web/images/evalgobpdf/evaluacionfinalcalderon.pdf>

**Principales problemas percibidos
Noviembre 2006 -2012**

	Nov 2006	Nov 2007	Nov 2008	Nov 2009	Nov 2010	Nov 2011	Nov 2012	Variación sexenio
Inseguridad	25.0	18.5	25.1	13.2	27.2	34.6	32.4	+7.4
Crisis	20.8	27.8	33.0	33.0	27.4	18.9	21.4	+0.6
Desempleo	16.9	13.8	11.6	16.8	14.8	15.7	17.5	+0.6
Pobreza	14.0	11.5	8.8	9.5	8.8	8.3	8.6	-5.4
Narcotráfico	2.3	4.6	6.3	4.1	6.9	6.6	5.4	+3.1
Corrupción	5.2	5.6	4.1	3.8	4.6	4.3	4.5	-0.7
Drogradicción	1.9	2.1	1.7	1.0	1.1	1.3	1.2	-0.7

Los datos mostrados confirman lo anotado líneas atrás: la lucha contra el narcotráfico estuvo enfocada a la generación de la violencia con la pretensión de detener su espiral, dejando de lado temas que son fundamentales como los efectos que tienen sobre las personas y la sociedad en su conjunto. Los resultados aludidos de la evaluación son entendibles ante la polarización del clima de violencia a través de los medios de información y esa cotidianidad que hemos sostenido con réplicas de imágenes, cuyo propósito principal fue dejar, en la conciencia colectiva y la opinión pública, la relación de inseguridad–violencia-lucha contra las drogas-Estado que combate el crimen que la provoca; al final del día lo consiguieron.

Sin embargo, el desarrollo de esa estrategia no tuvo un rumbo definido como lo hemos argumentado: de ser un problema de salud pública, se convirtió en un asunto de seguridad nacional y terminó en la calamidad descrita; al respecto, Alejandro Martí sostiene una contradicción que aprecia en la lucha contra las drogas al asegurar que “...el Estado para proteger al ciudadano se va a perseguir al narcotraficante, estigmatiza al narco consumidor y no trabaja en ese círculo vicioso”¹⁶². Es decir, se olvida de garantizar el derecho a la seguridad de las personas y somete a una desprotección a la sociedad frente a las organizaciones delincuenciales que dice combatir.

¹⁶² Entrevista realizada a Alejandro Martí por los autores para el desarrollo de la investigación.

Martí es categórico: "... cuando mataron a mi hijo, yo insistía mucho que la lucha contra el narcotráfico *per se* a mí no me decía nada... yo lo puse como ejemplo, qué es lo que queremos hacer: ¿acabar con los narcotraficantes mexicanos? van a venir los italianos, los colombianos, los rusos, porque la demanda sigue, lo que nosotros tenemos que procurar es precisamente un derecho fundamental que tiene un ciudadano que es el derecho a la seguridad, razón por la cual el Estado está hecho, sino el Estado no se puede concebir, pues se origina precisamente por un principio de seguridad y que en alguien tienes que dejarle el poder, la fuerza para imponer la ley, ahí nace el Estado y también nace el Estado de Derecho."¹⁶³

Pero ese acto de autoridad para lograr que el imperio de la ley fuera el paradigma en el gobierno de Felipe Calderón, viene a confirmar el alejamiento de la realidad –el ser- con el mundo ideal –el deber ser- de la guerra contra el narcotráfico –el ser y el deber ser-, ya que los resultados y secuelas que arrojó no respetaron los valores –el debería ser- y principios establecidos en los ordenamientos y plasmados en políticas que promueven la paz y seguridad de las personas con antelación a cualquier situación.

Es decir, se prioriza al ser humano antes que la institución y, en el caso de la estrategia contra la inseguridad, se ubicó por encima a la integridad de un Estado de Derecho, aunque no respondiera ya a una legitimidad social, con todo y su entramado institucional, frente al bienestar de la sociedad. De ahí la justificación en el cambio del paradigma.

A las contradicciones se suman las confusiones desarrolladas; sobre el particular, Elena Azaola reflexiona que existe una primera equivocación al pensar que exista una guerra en contra de los ciudadanos y que, además, existió equívoco en dos figuras: la del delincuente y la de los enemigos, es decir, "... se hizo del delincuente a los enemigos, siendo que, por definición, los enemigos deben pertenecer a una diferente comunidad política, nosotros no podemos considerar a los ciudadanos de un mismo país como enemigos,

¹⁶³ Idem.

digamos que son delincuentes y para los delincuentes existen leyes y procesos que deben ser aplicados, de ahí que fue erróneo haber lanzado una guerra, priorizado el combate al narcotráfico por encima de la vida y de los derechos fundamentales de los ciudadanos.”¹⁶⁴

Confusión y equívoco que tienen su base precisamente en el derecho penal del enemigo en el que se fundamentó la lucha contra el narcotráfico equiparando a la persona que delinque con un enemigo al que se debe perseguir y aniquilar a cualquier precio, ya que es un peligro para la estabilidad institucional representativa del Estado de Derecho que la autoridad se encarga de proteger y es su más celoso guardián. Aunque en ese camino, de nueva cuenta aparezca la desprotección de las personas y se sumerja en una contradicción en sí la estrategia: si bien se presenta por la seguridad de las personas, pero al perseguir al enemigo, al cual le crea una guerra, genera un ambiente hostil donde la integridad de las personas es la más vulnerable.

Se menosprecia a la persona, por ejemplo, Azaola sostiene que se minimizó la vida de los ciudadanos “... al colocarla en un segundo plano, como cuando él (Felipe Calderón) habló de muertes colaterales, como si hubiera existido cualquier cuestión que fuera más valiosa que la vida de los ciudadanos, como si estuviera por encima combatir el narcotráfico que preservar la vida y los bienes de los ciudadanos, yo creo que esos fueron errores fundamentales que al haber confundido esas figuras del enemigo y del delincuente, ocasionó daños muy severos y que son verdaderamente muy difíciles de reparar durante un periodo largo, no solamente son los muertos, los heridos, los desaparecidos, los desplazados, los huérfanos, las viudas, en fin, los que perdieron sus bienes o abandonaron sus casas, son daños sumamente profundos que ahora tiene que ver con el Estado.”¹⁶⁵

Debemos precisar que, incluso, en la defensa de las instituciones del Estado con la lucha contra el narcotráfico también existió una incompatibilidad

¹⁶⁴ Entrevista realizada a Elena Azaola por los autores para el desarrollo de la investigación.

¹⁶⁵ Idem.

entre lo planeado y lo alcanzado, pues coinciden con Luis González Plasencia “... un problema que debiera ser un asunto de jueces, se convirtió en un tema de policías y lo que eso produjo, como no existen policías sólidas en el país, hasta la fecha, se recurriera a la Policía Federal y al Ejército... con lo cual le puso el sello de una guerra.”¹⁶⁶ Aún más: “... desde el punto de vista estratégico, el peor error es haberse colocado él (Felipe Calderón) a la cabeza de la estrategia, hizo del Presidente de la República un policía.”¹⁶⁷

Lo anterior se traduce en un desmantelamiento de las instituciones y un debilitamiento de la figura que representan, poniendo al tú por tú, por un lado al Estado y por el otro a sus enemigos, rompiendo la asimetría que debiera existir entre autoridad y personas que infringen la ley como lo plantea Ferrajoli y sobre lo que hemos reflexionado párrafos atrás.

Surge, finalmente, la contradicción que hemos sostenido: “El tema de la confrontación generó una espiral de violencia que a la hora de la hora no permitió saber quién contra quién luchaba y entonces encontramos víctimas de los grupos criminales, víctimas de las fuerzas armadas y de la policía y encontramos víctimas circunstanciales que no tenían nada que ver.”¹⁶⁸ La violencia que se dijo combatir, lejos de atenuarse, se exacerbó no sólo en percepción, sino en daños tangibles como lo muestran las cifras de ejecutados, y muertos, la manera en que se intensificó y se volvió más cruento el enfrentamiento contra los llamados enemigos del Estado y la diversificación de la criminalidad que siempre va en perjuicio de las personas; esto da pauta para hablar de la contradicción de combatir la inseguridad, pero al mismo tiempo el Estado la propicia y produce.

“Fue una estrategia fallida, equivocada, fuera de lugar... Yo creo que ha sido un gran error, ha sido un gran retroceso”¹⁶⁹, “...el tema más bien equivocó

¹⁶⁶ Entrevista realizada a Luis González Plasencia por los autores para el desarrollo de la investigación.

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ Entrevista realizada a Elena Azaola, op.cit.

en hacer este enfrentamiento”¹⁷⁰, “... yo creo que la estrategia no ha funcionado, tan no ha funcionado que, hoy tenemos el primer mes de otra Presidencia y siguen los mismo muertos... debió haberlo meditado el gobierno de Felipe Calderón antes de tomarlo como campaña.”¹⁷¹

En esas frases podemos resumir la opinión sobre la lucha contra el narcotráfico y que evidencian el desfase de una realidad que se vició con el ideal que se pretendió imponer. Un acto de autoridad que somete a una descomposición social, que fomenta la violencia y cuyos resultados palpables son la muerte de más de 55 mil personas como parte de la ejecución del mismo, no merece más opinión que de fallido, retroceso, no funciona, fuera de lugar, equivocado y totalmente negativo para el bienestar y seguridad de las personas que son, en definitiva, a las que más ha perjudicado.

De la contribución de la lucha contra el narcotráfico

Insistimos que el discurso de la lucha contra el narcotráfico se fincó en proporcionar seguridad a las personas; además se puso como meta el combate al crimen organizado en una guerra frontal donde, en la lógica belicosa, una de las partes debe salir debilitada y derrotada. Con los resultados anotados, sostenemos que no hubo contribuciones positivas que abonaran a una legitimación, por parte de la sociedad, de la estrategia.

Al contrario, mermó la credibilidad del acto de autoridad del Estado para atenuar la inseguridad que se considera el mayor problema que enfrentamos. La violencia se diversificó y multiplicó en diversas regiones del país, las organizaciones criminales se expandieron y, con ello, los efectos que lleva a su paso con la lucha frontal que sostienen frente al gobierno.

Como un parte de guerra, *BBC Mundo* preparó la nueva geografía del narcotráfico en México, elaborada a partir de estadísticas oficiales y opiniones

¹⁷⁰ Entrevista realizada a Luis González Plasencia, op.cit.

¹⁷¹ Entrevista realizada a Alejandro Martí, op.cit.

de especialistas, dando como resultado la expansión de las organizaciones criminales a otras zonas donde no existía este tipo de actividad, en comparación con 2006 año de inicio de la guerra contra el narcotráfico.

Dicha cadena reporta que ese desdoblamiento obedece al control del mercado, a las divisiones dentro de las propias organizaciones y a la guerra que se declaró en su contra. En el siguiente mapa se observa el crecimiento de la actividad del narcotráfico que, prácticamente, abarca todas las zonas del país:¹⁷²



“Lo que contribuyó es lo que estamos viendo ahora, es que las mafias se pulverizaron, las mafias cada día se volvieron más cruentas, más crueles, yo no justifico la delincuencia, pero a la mejor antes los narcotraficantes hasta eran héroes en los pueblos y ahora se volvieron unos pinches matones, yo

172

Para mayor referencia consultar http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/10/121010_mexico_mapa_guerra_narco_carteles_jp.shtml

creo que se descompuso la moral...”¹⁷³ Las palabras de Alejandro Martí, con las cifras que expusimos líneas atrás y el mapa de influencia de las organizaciones de narcotraficantes, al menos, confirman que los resultados de las metas planteadas como motivos para emprender la estrategia contra la inseguridad, no contribuyeron positivamente.

Observamos que en las acciones de la lucha contra el narcotráfico, además se genera una identidad social de las personas que se combaten, tal como lo advertimos con el derecho penal del enemigo; de esa manera, las palabras de la conversión en el imaginario colectivo de narcotraficantes - héroes de pueblos a narcotraficantes - pinches matones, toman sentido con el despliegue militar y policiaco que se realizó para lograr detener los efectos criminales que estaban propiciando.

Ante una persecución de la delincuencia organizada, se diversifican sus métodos de actuación y, ahora, no sólo es el negocio de la droga que, en un inicio fue el punto a atacar, también se trata de capturar a los responsables de asesinar a personas, de secuestrar, de extorsiones, de robos y demás actividades delictivas que son atribuibles a los integrantes de las organizaciones criminales, cuyo diversificación delictiva se amplía ante el área de oportunidad que representa una oferta del gobierno en turno de acabar con el narcotráfico, es decir, la apuesta del gobierno sólo está en la venta de droga y no hay nada alrededor que deba atenderse con un enfoque integral.

A esa oferta de gobierno, Azaola la encuadra en lo que denomina error conceptual, pues “...(el presidente) hizo como un recorte en el que asimiló que seguridad equivale a criminalidad y criminalidad a crimen organizado, y la verdad es que la seguridad es un concepto, un principio, una política y un derecho mucho más amplio de lo que tiene que ver con la criminalidad... la seguridad es una serie de condiciones para la buena vida de los ciudadanos que va mucho más allá de la criminalidad.”¹⁷⁴

¹⁷³ Entrevista realizada a Alejandro Martí, op.cit.

¹⁷⁴ Entrevista realizada a Elena Azaola, op.cit.

Con ello, la generación de un clima de inseguridad y el espiral de la violencia son contribuciones que va dejando a su paso la estrategia contra el narcotráfico. Martí habla de una descomposición de la moral, la cual se traduce en una pérdida de valores, pues de tener a un Estado que garantice la seguridad de las personas, contamos con uno que atenta contra ellas y se desvía del cumplimiento de los principios que coadyuvan a realizar los valores de una sociedad: paz y respeto, por mencionar algunos. En su lugar se encuentran cuerpos decapitados, colgados de puentes vehiculares, mutilados, quemados y demás, producto de una respuesta estatal contra el crimen.

“... Lejos de enfocarse a la construcción de Estado, a políticas tendientes al fortalecimiento de las instituciones del Estado, el enfoque netamente policial que le dio Calderón al tema, pues contribuyó a la violencia.”¹⁷⁵ Justo en la pérdida de valores, existe un debilitamiento de las instituciones y se ahonda en la crisis de credibilidad con la desconfianza hacia las mismas y los actos que emanan de ella, pues no proporcionan los resultados que prometieron y, más aún, no responden a las necesidades que demandan, ya que, como lo afirma Elena Azaola, “... en la gente, en la vida cotidiana, le vale si hay o no hay droga, no es su principal preocupación de la mayoría de la gente del país, su principal preocupación es si hay condiciones para crecer, para desarrollarse, para que sus hijos estudien, avancen, salarios, empleos, un montón de cosas y eso es en el fondo la seguridad, no lo que él recortó (Felipe Calderón) y se obsesionó como una meta de seguridad falsa, inalcanzable, equivocada.”¹⁷⁶

Con este contexto, bien podemos parafrasear el triángulo del que habla el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo¹⁷⁷: es decir, enfrentamos una trilogía de pobreza, desigualdad e injusticia, a la cual se le agrega el factor violencia que es el detonante de la descomposición social y moral reflejada en

¹⁷⁵ Entrevista a Luis González Plasencia, op.cit.

¹⁷⁶ Entrevista a Elena Azaola, op.cit.

¹⁷⁷ El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en el estudio denominado La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, habla del triángulo de democracia, pobreza y desigualdad como el punto de partida de un análisis en la construcción de una sociedad donde las personas tengan mejor acceso a niveles de vida, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PNUD-seminario.pdf>

la pérdida de valores, aunque vale la pena aclarar que "... la pobreza no es sinónimo de delincuencia... el hecho de ser pobre ni te justifica ni te califica, porque hay ricos y cultos que son unos malditos y siguen siendo unos delincuentes."¹⁷⁸

Se desmoraliza la sociedad cuando, con lo familiarizado de la violencia, se presentan alguno de estos supuestos: resulta efectiva en la intención del voto una campaña que promete pena de muerte a secuestradores; se lucra con el dolor ajeno en medios informativos para aumentar el *rating* y las personas responden logrando ese objetivo, la inseguridad no es un problema si no nos afecta de manera directa o la indiferencia se confunde en el estado de *shock* al que ha sido sometido el núcleo social.

Se pierden los valores, por ejemplo, cuando a la vida de las personas se antepone un deseo de ganar una guerra; si la garantía de seguridad es vulnerada por el propio Estado que la debe proteger o si el clima de inseguridad es generado por la institución que está obligada a proteger a las personas y no exponerlas.

Podemos afirmar que la contribución fue una generación de violencia, donde se desconfiguró la moral de una sociedad reflejada en la pérdida de valores; por ello, la necesidad de "... un Acuerdo de Estado que se propusiera pacificar el país y que generara las condiciones para ir deconstruyendo todas esta dinámica de guerra que se fue estableciendo y que hoy por hoy es muy difícil de erradicar", tal como lo sostiene González Plasencia.

Aunque lejos de construir ese acuerdo y deconstruir las condiciones que propiciaron la violencia, se ignoró una realidad y se siguió actuando bajo los supuestos del mundo ideal que describimos líneas arriba. La mayor contribución de la guerra contra el narcotráfico ha sido el aprendizaje de no llevarla a cabo por la calamidad que resultó y sigue produciendo.

¹⁷⁸ Entrevista a Alejandro Martí, op.cit.

Si habría otro camino

Hemos sostenido que la lucha contra el narcotráfico fue la base para buscar una legitimación en el ejercicio de gobierno; sin embargo, como acto de autoridad debe tener una causa que motive su ejecución, la cual debe responder a una necesidad por atender, además de la fundamentación que se ajuste no sólo a estándares mínimos de promoción y respeto de derechos fundamentales, sino al propio marco de actuación que las normas le otorgan a la autoridad.

En la justificación, la causa fue la obligación del Estado de proporcionar seguridad y detener los efectos negativos que ocasionan las drogas en la salud de las personas; es decir, una necesidad de intervenir ante una problemática que, por lo menos de manera pública, no se tenía clara en su magnitud ni cuál era el estado de fuerza para poder emprender una guerra contra el narcotráfico; Azaola precisa que Felipe Calderón "... no tuvo claro cuál era la capacidad de las fuerzas ni de las instituciones... que no tenía claridad de la fragilidad, de la debilidad, de la incompetencia brutal de nuestras instituciones de seguridad y procuración de justicia, de manera que se lanzó a esa guerra sin haber conocido bien cuáles eran sus fuerzas y lo que ocasionó es que quedó claro ante los delincuentes, precisamente esa fragilidad, esa debilidad y esa incompetencia que hizo obtener los resultados contrarios."¹⁷⁹

La problemática que se enfrentaba no era una novedad, sino que era un acumulado de varios años de permisiones, omisiones y complicidades que coadyuvaron a proliferar la actividad del narcotráfico y que no era una atención estrictamente militar y policiaca lo que se requería para poder subsanar la desatención integral que se le propinó durante mucho tiempo.

Por una parte se tenía el problema de la inseguridad que buscó enfrentarse con una guerra y por otro lado estaba el asunto de salud pública con las drogas circulando, el cual se atendió a nivel discursivo para legitimar la lucha contra el

¹⁷⁹ Entrevista realizada a Elena Azaola, op.cit.

narcotráfico. Sin embargo, de las dos problemáticas, la más visible fue la primera, debido a la violencia que se originó, además del peso mediático que se otorgó a la presencia de las corporaciones militares y policiacas.

La justificación del acto de gobierno, se convirtió entonces, en una necesidad, cuyo camino fue responder a la violencia con la fuerza del Estado revestida de las facultades que tiene para intervenir de esa manera, pero al final es violencia. Un acto que careció de una visión, pues el objetivo era inmediato, a corto plazo: combatir a las organizaciones criminales ubicadas como las únicas causantes de la inseguridad, ignorando otros factores sociales y económicos que también la originan.

Alejandro Martí se pregunta: “¿qué hubiera pasado si no hubiera entrado?... ¿cómo estuviéramos hoy si se hubiera hecho de la vista gorda?, esa es una pregunta que no hay nadie que te la pueda medir.”¹⁸⁰ Cuestionamientos que justamente hablan de una necesidad de intervenir porque Calderón no veía otro camino, pero sólo en su enfoque de atender el problema de la inseguridad, aun sin un diagnóstico preciso, sin dimensionar la decisión que estaba tomando y con otra necesidad: encontrar legitimación en el inicio de su gobierno para fortalecer a la institución que representaba que, no olvidemos, se encontraba en un cuestionamiento ante las convulsiones del ambiente político después del proceso electoral del 2006.

Sin embargo, la empresa en este último punto fracasó, pues como lo afirma Elena Azaola “... él puso a las instituciones del Estado desnudas frente a los criminales y al darse cuenta de esa fragilidad y de esa debilidad sobrepasaron, porque se dieron cuenta de que podían matar, podían cometer toda clase de delitos y que no iba a ver consecuencia porque las autoridades no tenían la capacidad de enfrentarlos, entonces, eso exacerbó el problema, en lugar de haberlo controlado o siquiera disminuirlo, pues lo exacerbó porque se trataba de una obsesión.”¹⁸¹

¹⁸⁰ Entrevista a Alejandro Martí, op.cit

¹⁸¹ Entrevista a Elena Azaola, op.cit

Si habría otros caminos, ese fue el que eligió y con los resultados anotados. Nuestra pretensión no es basar las reflexiones sobre él hubiera, sino en las secuelas de la opción elegida para atender el problema de la inseguridad y abonar en el camino de lo que González Plasencia llama una deconstrucción de los pilares donde se construye la fenomenología delictiva, es decir, reducir el narcotráfico a una criminalidad común sin magnificar su presencia poniendo toda la atención del Estado en erradicarlo, pero sin subestimar el perjuicio que causa a la sociedad.

El camino que consideramos ahora, es sacar el tema del discurso, lo que resultaría eficiente por varias razones: "... hay una dimensión psicológica del tema que abona en mayor o menor medida en la percepción de la inseguridad, naturalmente, dejar de hablar de ella no significa que no exista, pero si significa crear las condiciones psicológicas para que el propio país, poco a poco, vaya construyendo un relato distinto, un relato de país que no sea el de la violencia, el de la muerte, el del narcotráfico."¹⁸²

Aunque desaparecer del discurso no significa que deje de existir en la cotidianidad de las personas, si contribuiría a reconstruir un imaginario colectivo que piense más allá de inseguridad y violencia como parte de una normalidad que se debe vivir; además, la recuperación y fortalecimiento de las instituciones del Estado que se pusieron al servicio de una lucha contra criminales y, en muchos casos, perdieron de vista el objetivo para el que fueron creadas.

De manera paralela, el camino andado da la pauta para repensar sobre la fundamentación de los actos de gobierno y sostener que no sólo deben ajustarse a un marco normativo, sino responder a los principios y valores que cimientan el entramado jurídico, pues "... el derecho es, en primer lugar, ordenamiento... su autoridad está en los contenidos que compone y que

¹⁸² Entrevista realizada a Luís González Plasencia, op.cit.

propone, está en ser una lectura objetiva de la realidad, intento de racionalización de la realidad.”¹⁸³

Por ello, a la pregunta ¿habría otro camino?, nuestra contestación, con los elementos analizados, es que sí hay otro que se debe construir.

A describir la estrategia

“¿Inocente o culpable? ¿Y a quién le importa si eres uno o lo otro? La justicia es una puta más en nuestra libreta de direcciones y, créenos, no es la más cara.”¹⁸⁴ Dicha afirmación es entendible cuando, en la estrategia contra la inseguridad, no se encuentra el objetivo o, más aún, se confunde la meta y lo que justificó su aplicación de pronto se desdibuja, además se compagina con lo señalado por Alejandro Martí cuando le cuestionamos sobre cómo describiría esa estrategia: “... La justicia mexicana es una señora que no tiene la balanza, es una señora que está en subasta, la justicia mexicana está en subasta.”¹⁸⁵

Destacamos las confusiones, contradicciones y equívocos conceptuales en la lucha contra el narcotráfico, además de las contribuciones y los efectos que ha tenido, pero ¿cuál es el rasgo característico de la misma? ¿la violencia, la ola de inseguridad, las drogas, la persecución de los denominados capos de los cárteles? La descripción resulta complicada, pero no difícil de expresar.

Al respecto, Elena Azaola nos da pautas para centrarnos en esa descripción con base a los fines que se fijaron con motivo del diseño y ejecución de la guerra contra el narcotráfico, por lo que mostramos los puntos obtenidos claramente contrarios a los ofrecidos por Felipe Calderón en la materia.¹⁸⁶

¹⁸³ Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, tr. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2003, p. 60.

¹⁸⁴ ELLOS y NOSOTROS. Las (sin) razones de los de arriba. Comunicado del Sub Comandante Insurgente Marcos del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, enero de 2013, consultado en <http://enlacezapatista.ezln.org.mx/2013/01/20/ellos-y-nosotros-i-las-sin-razones-de-arriba/>

¹⁸⁵ Entrevista realizada a Alejandro Martí, op.cit.

¹⁸⁶ Entrevista realizada a Elena Azaola, op.cit.

Se lanza una guerra contra las drogas, pero hay mayor consumo, la droga sigue transitando hacia otros países

Se ofrece un debilitamiento de los grupos delictivos y se presenta una expansión de la delincuencia, diversificando sus métodos y con presencia en más territorios

Se habla de recuperación de espacios públicos y la gente tiene miedo de salir a las calles con territorios controlados por el narco

Se ofrece fortalecer las instituciones y se les enfrenta contra el narcotráfico debilitándolas en su estructura

Contrastando las promesas de la estrategia con los resultados y secuelas conseguidas, podemos afirmar, como lo hemos repetido en este apartado y apoyado con las reflexiones citadas, nos encontramos frente a un fracaso de una política de gobierno.

Para la descripción optamos no centrarnos en ese punto, ni en el panorama de violencia, muertes, descomposición social o pérdida de valores, palabras que pasaron a formar parte de una realidad normal dentro del quehacer de las personas. Preferimos hablar de un desgaste en la sociedad que llegó a su cúspide, percatándose que el enfrentamiento y el encono generados por la búsqueda de legitimación de un acto de gobierno, no representaban la solución a lo que se estaba viviendo.

González Plasencia nos comparte que "... los actos políticos deben traducirse en actos empáticos, en actos donde los propios servidores públicos se crean esos discursos..."¹⁸⁷ y también elige no hacer señalamientos negativos para atribuir adjetivos a la lucha contra el narcotráfico. De la empatía que nos habla, rescatamos que un acto de política pública debe encontrar correspondencia con los actos jurídicos y no revestirse de leyes para justificar su aplicación. En este punto destacamos que justo esos actos, tanto jurídicos

¹⁸⁷ Entrevista realizada a Luis González Plasencia, op.cit.

como políticos deben responder a la realidad de las personas y a la que puedan vivir y no ser impuesta bajo un ideal; esa fue la característica principal de la lucha contra el narcotráfico: estar alejada de una realidad e idealizar una acción que no encontró compatibilidad, en sus fines ni en sus objetivo, con lo obtenido ni con la sociedad a la que en un inicio buscaba beneficiar.

Al final, la presencia del Ejército en las calles, la exhibición mediática de narcotraficantes capturados, el lucro informativo sobre los enfrentamientos y aniquilamientos como parte de la estrategia de seguridad, las muertes, las escenas de violencia y todas las herramientas que pretendían el *shock* de la sociedad para aplicar ese estado de excepción permanente del que hablamos, describen un desgaste en la sociedad que, al percatarse del mismo, posibilitó la generación de esperanza de un cambio real y no ideal.

De las expectativas con el gobierno de Enrique Peña Nieto

Alejandro Martí nos dice que "... este país se ha deteriorado a lo largo de estos 30, 40 y 50 años, México no era así... era un país muy bueno, muy limpio, muy bonito."¹⁸⁸ Afirmación de antesala para pensar que no sólo en las personas destinatarias de las secuelas de la guerra contra el narcotráfico se presentó el desgaste y la necesidad de construir o andar otro camino, sino también en las encargadas del diseño y aplicación de una estrategia en el tema, máxime cuando la circunstancia del cambio de gobierno estaba en puerta y la crisis de violencia e inseguridad en el país se agudizaba sin que hubiera control alguno.

Era necesario un cambio que permeara en la sociedad, no sólo en la forma, sino en el fondo, con la finalidad de despojarla de una normalidad con escenas violentas, ejecuciones, decapitados, detenciones, armas largas, tanques de guerra en las calles, militares armados conviviendo con la población o un sin fin de mensajes que bombardeaban la mente informativa de la población para

¹⁸⁸ Entrevista realizada a Alejandro Martí, op.cit.

transmitir que la tarea principal del gobierno era la de terminar con la realidad que estaban viviendo y que percibían segundo a segundo.

Sin duda, la tarea no es nada sencilla, sobre todo con el deterioro de las condiciones del país en el tema de la inseguridad, el debilitamiento de las instituciones y la alta expectativa generada por una rotación de poderes, que es natural en una transición de gobierno. Pero el cambio, desde nuestro punto de vista, ha sido cosmético, pues se traduce en lo siguiente:

- a. Retirar de la escena mediática el discurso de guerra contra el narcotráfico que infundía violencia, terror y miedo, eliminando las exhibiciones de detenciones de presuntos delincuentes relacionados con el negocio de las drogas, manejando una política de comunicación social discreta en este punto y sin maximizar los grandes golpes contra la delincuencia, salvo aquellos que tienen que ver con el decomiso de armas o drogas.
- b. Mantener un perfil bajo en el tema que incluye no personificar la estrategia contra el narcotráfico, no ser encabezada por el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, es decir, el Presidente de la República, dejando a las instituciones, facultadas por ley, atender dichos temas y elevar el nivel discursivo sobre el tema de la prevención.

Lo anterior nos lleva a sostener que la inseguridad, aún reconocida como uno de los principales problemas por atender, no se fija como una prioridad, sino como una problemática que debe ser abordada de manera integral y no sólo en el aspecto mediático; González Plasencia afirma que "... en términos discursivos es adecuado, es convergente con lo que, digamos, las posiciones que criticaron mucho a Calderón, pero no se trata de hacer lo contrario o lo que el Presidente Calderón quería para obtener legitimidad, sino tener idea clara de cómo llevar eso a la operación cotidiana, ese va a hacer el tema sobre lo cual

hay que estar muy atentos.”¹⁸⁹ Es decir, los hechos confirmarán las palabras y el cambio ofrecido.

Los factores que el nuevo gobierno se vale para ese cambio están en marcha:

- Existe un cambio en el organigrama de la Administración Pública Federal con un mensaje contundente: el tema de la seguridad será un asunto manejado desde el enfoque de política interna, ya que desaparece la Secretaría de Seguridad Pública y se crea la Subsecretaría de Planeación y Protección Institucional dependiente de la Secretaría de Gobernación, la cual es conocida como Comisión Nacional de Seguridad.
- Se anuncia el Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia, con una estrategia para municipalizar el diagnóstico de la inseguridad, pretendiendo reducir lo que se consideraba un problema nacional con Felipe Calderón, a una regionalización para focalizarlo a puntos específicos donde se presenta esa problemática y no considerar que la característica de violencia sea en todo el país.
- El manejo de la publicidad respecto al combate a la delincuencia organizada está bajo el mando de la Secretaría de Gobernación, no hay otra fuente de noticias sobre el tema, más que esa dependencia de gobierno.
- No hay más discursos que enaltecen las detenciones de capos, sino que existe la pretensión de que los temas de política interior acaparen la exhibición mediática y no las escenas de violencia.

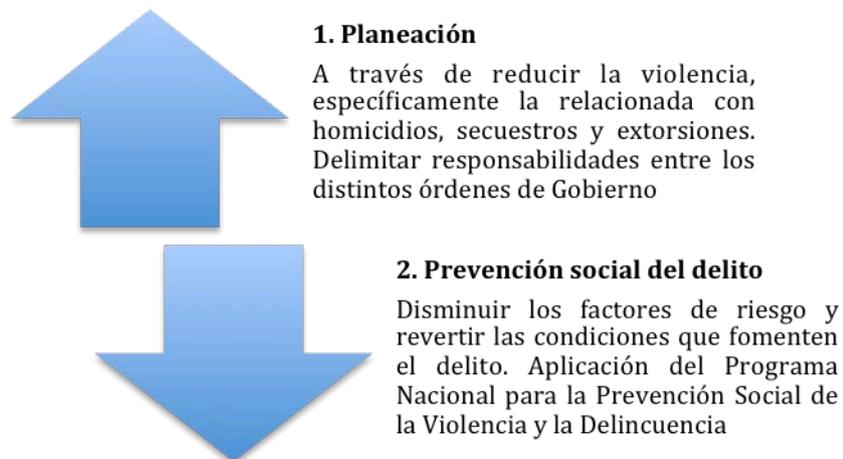
¹⁸⁹ Entrevista realizada a Luis González Plasencia, op.cit.

- Se anuncian programas sociales como un complemento de la atención integral que se le debe proporcionar al tema.

En suma, el discurso de confrontación y de generación de violencia desapareció, tratando de ubicar en su dimensión el fenómeno del narcotráfico y la inseguridad, pero insistimos, sólo a un nivel cosmético, es decir, de forma. Sobre este respecto, Azaola nos dice que "... todavía no hay ninguna estrategia tal cual que él (Peña Nieto) haya propuesto, me parece que hay un giro muy positivo, es muy sorprendente en el discurso; ha recogido demandas que son muy fundamentales, demandas, por ejemplo, no priorizar la violencia, no priorizar la lucha contra el crimen organizado, dar prioridad a los ciudadanos, a los derechos de los ciudadanos."¹⁹⁰

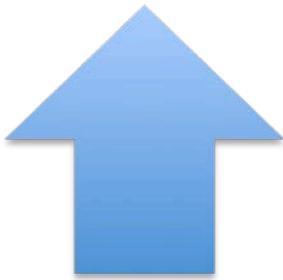
Las palabras guerra o narcotráfico están vetadas del discurso y ahora se habla de una política del Estado por la seguridad y la justicia de los mexicanos delineada en seis grandes ejes, los cuales se traducen en acciones de gobierno, a saber:¹⁹¹

Ejes de la política de seguridad



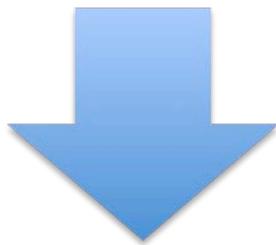
¹⁹⁰ Entrevista realizada a Elena Azaola, op.cit.

¹⁹¹ Cfr. Discurso del Presidente de la República, Enrique Peña Nieto, durante el Foro Nacional México en Paz, 16 de abril de 2013, consultado en <http://www.presidencia.gob.mx/articulos-prensa/palabras-del-presidente-de-los-estados-unidos-mexicanos-licenciado-enrique-pena-nieto-durante-el-foro-nacional-mexico-en-paz-que-tuvo-lugar-en-este-municipio/>



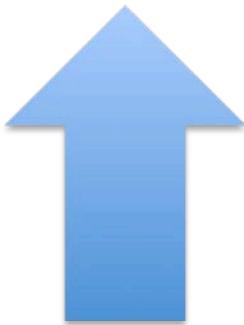
3. Protección y respeto a los Derechos Humanos

Asegurar que la actuación de la autoridad se apegue a la Constitución



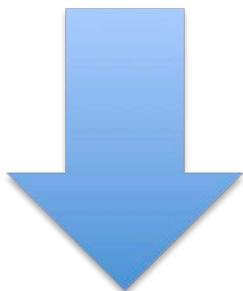
4. Coordinación

Debida coordinación entre las propias instituciones Federales, entre éstas y los estados, y entre los estados y los municipios



5. Transformación institucional

Reformas institucionales para mejorar la seguridad pública del país, así como la procuración y administración de justicia.



6. Evaluación y retroalimentación

Política de seguridad flexible y dinámica con calificación de la ciudadanía

Como parte de ese nuevo planteamiento, el gobierno federal ha dado a conocer tres acciones que consideramos importante destacar:

1. Estrategia Integral de Prevención del Delito y Combate a la Delincuencia, operada por la Comisión Nacional de Seguridad; a través de ella, se

pretende regresar el sentido de la función de seguridad pública del Estado, es decir, de proteger a la sociedad, a través de siete ejes, a saber:¹⁹²

- Eje 1. Alinear las capacidades del Estado Mexicano contra la Delincuencia.
- Eje 2. Prevención del Delito y Participación Ciudadana.
- Eje 3. Desarrollo Institucional.
- Eje 4. Sistema Penitenciario.
- Eje 5. Combate a la Corrupción.
- Eje 6. Tecnología.
- Eje 7. Indicadores de Medición Establecidos con la Sociedad Civil.

2. Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia, instrumentado por la Secretaría de Gobernación, con el cual se busca el mejoramiento de la seguridad y convivencia ciudadana, además del fortalecimiento de la cohesión comunitaria, con base a las siguientes estrategia de alcance nacional:¹⁹³

- Prevención de la violencia en el entorno escolar.
- Prevención de adicciones.
- Prevención de la violencia familiar, de género y en el noviazgo.
- Detección e intervención temprana de problemas de aprendizaje y conductuales.

3. La instalación de un gabinete especializado de México en Paz, como instancia encargadas del análisis, definición, coordinación, seguimiento y evaluación de las políticas, estrategias y acciones en materia de seguridad, y de la competencia concurrente de las siguientes

¹⁹² Ver más detalles de la Estrategia Integral de Prevención del Delito y Combate a la Delincuencia en http://ssp.gob.mx/portalWebApp/wlp.c?__c=fb1

¹⁹³ Ver más detalles del Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia en http://www.gobernacion.gob.mx/es_mx/SEGOB/Programa_Nacional_para_la_Prevencion_Social_de_la_Violencia_y_la_Delincuencia

dependencias y entidades de la Administración Pública Federal que lo integran.¹⁹⁴

- Secretaría de Gobernación, quien lo coordina.
- Secretaría de Relaciones Exteriores.
- Secretaría de la Defensa Nacional.
- Secretaría de Marina.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- Secretaría de la Función Pública.
- Procuraduría General de la República.
- Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal.
- Oficina de la Presidencia de la República.
- Comisionado Nacional de Seguridad, y
- Centro de Investigación y Seguridad Nacional.

No podemos negar que existe un cambio de discurso, aunque la duda queda; Luis González Plasencia, se encarga de recordárnoslo, al afirmar que “...el programa que plantea en su momento el presidente Peña Nieto es interesante, sí plantea un cambio de enfoque más hacia la prevención, hay que ver cómo lo lleva a cabo, porque luego ya en los hechos se ven otras cosas; por ejemplo, incluyó el tema de la migración y nombró a un policía en el Instituto Nacional de Migración, ahí hay una incongruencia.”¹⁹⁵

Insistimos en que se busca erradicar del imaginario colectivo la percepción sobre violencia e inseguridad; un elemento adicional es que los propios servidores públicos llevan en sus discursos esos mensajes.

En la siguiente tabla mostramos ejemplos que confirman lo que escribimos:¹⁹⁶

¹⁹⁴ Cfr. Acuerdo por el que se establecen la integración y funcionamiento de los gabinetes, Diario Oficial de la Federación, 1º de abril de 2013, consultado en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5294041&fecha=01/04/2013

¹⁹⁵ Entrevista realizada a Luis González Plasencia, op.cit.

¹⁹⁶ Declaraciones tomadas de diversos boletines de prensa consultados en www.presidencia.gob.mx

Enrique Peña Nieto Presidente de la República	“Estoy convencido de que sí se pueden recuperar la tranquilidad y la armonía social. Sí es posible disminuir los niveles de violencia que lamentablemente se han acentuado o se encuentran en algunas partes de la República Mexicana.”
Miguel Ángel Osorio Chong Secretario de Gobernación	“Los niveles de violencia en las regiones del país están relacionados con el mercado del narcotráfico y con variables estructurales como pobreza, marginación, deficiente cultura de la legalidad, falta de coordinación y debilidad institucional.”
Salvador Cienfuegos Cepeda Secretario de Defensa	“Nos pronunciamos a favor de ser abiertos y transparentes (...) tenemos claro, que los derechos humanos, son prerrogativas inherentes a la naturaleza de las personas”.

Sostenemos que el cambio ha sido cosmético y a nivel superficial, pues la violencia sigue en las calles, la inseguridad se expande a diversos territorios, las ejecuciones se siguen presentando, el Ejército y la Marina continúan en las labores de seguridad, hay cuestionamientos de la eficacia de las corporaciones policiacas y el ánimo colectivo, aunque ya no mediático, sigue teniendo presente que el deterioro social de la guerra contra el narcotráfico persiste.

Si bien es cierto hay una expectativa diferente, de un nuevo camino con el gobierno de Peña Nieto, de las acciones descritas y puestas en marcha, también lo es la existencia de ciertas cifras, las cuales sostienen la advertencia que formulamos del cambio discursivo de la estrategia.

Por ejemplo, respecto a las quejas notificadas al Ejército Mexicano por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por actos presuntamente violatorios de derechos humanos atribuidos a militares, en los primeros cuatro meses de gobierno –del 1º de diciembre de 2012 al 30 de abril de 2013-, se

presentaron 439 quejas, es decir, en promedio 110 al mes.¹⁹⁷ De seguir esa tendencia, se obtendrán las mismas quejas que en 2008, año cuando comenzó a crecer la ola de violencia con Felipe Calderón.

Año	Quejas notificadas
2012 - 2013	439
(hasta el 30 de noviembre)	
Año	Cumplidas
2012 - 2013	112
(hasta el 30 de noviembre)	
Año	En trámite
2012 - 2013	327
(hasta el 30 de noviembre)	

Lo anterior demuestra que la estrategia no cambia, al menos en la percepción de las personas que se ven afectadas por la actuación del Ejército en las tareas de seguridad.

Otro dato es que, durante los primeros cuatro meses del gobierno de Peña Nieto, se han presentado cuatro mil 249 asesinatos en acciones vinculadas con la delincuencia organizada, según cifras que la Secretaría de Gobernación proporcionó al presentar un primer balance de la estrategia contra la inseguridad orquestada por la nueva administración.¹⁹⁸

A pesar del cambio discursivo y del planteamiento de nuevas estrategias, las secuelas del combate a la inseguridad se enfilan a ser similares a la guerra emprendida por Felipe Calderón, habrá que esperar los resultados y contrastarlos; sólo esperamos que los fracasos, equivocaciones, confusiones

¹⁹⁷ Cfr. <http://www.sedena.gob.mx/images/stories/D.H/2013/abril/Situacionquejasrecomendaciones30.pdf>

¹⁹⁸ Cfr. "México: más de 4.000 muertes desde diciembre por guerra contra el narco", 10 de abril de 2013, consultada en http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2013/04/130410_ultnot_mexico_.shtml

conceptuales, la violencia, en suma, la calamidad que describimos, no continúe y se rectifique el camino más allá de una acción de gobierno, sino como una política de Estado comprometida con el respeto y promoción de los derechos fundamentales y en considerar a estos como la base de una convivencia armónica con justicia y paz que tanto le hace falta a nuestra sociedad.

Conclusiones

Cada una de las reflexiones que integran *Lucha contra el narcotráfico desde una perspectiva de derechos fundamentales*, las hemos planteado como elementos que transitan desde ser referencias teóricas, bases de análisis, fundamentación de razonamientos, hasta manifestaciones de esa percepción que captamos en el desarrollo del texto tan dinámica como lo es la característica propia del tema en estudio al ser un fenómeno que se presenta en la sociedad como la nuestra.

Articular cada palabra ha significado tejer nuestra postura frente al tema y exponerla con base a la realidad que se vive y a la que se puede vivir, no a la que se pretende que se viva en un mundo idealizado que no confluye con aquella; en ese sentido, con las cuatro partes que integran nuestro análisis vamos concluyendo para dar pauta al desarrollo de cada una, adoptando un enfoque integral y no aislado el cual nos permite, más que considerar complementos, contar con esquemas de contribución y enriquecimiento entre sí para un análisis no estático y que encuentre corresponsabilidad en la sociedad, traducida esta en la empatía sobre la comprensión de un tema que afecta la esfera de sus derechos.

De esa manera, las reflexiones vamos presentándolas en cada apartado y, sobre todo, en el tema de las secuelas y resultados, mostramos la conclusión fáctica de nuestro análisis, pues hemos priorizado que estos elementos sean los que mejor determinen y guíen nuestra opinión; lo anterior porque pensamos justo es la realidad que se vive la cual nos dice sobre la congruencia entre lo establecido y lo alcanzado, entre ese ideal del que hablamos, lo perseguido y lo que finalmente conseguimos. Como apuntamos, nuestra conclusión no fue de lo más satisfactoria, ya que encontramos resultados dispares de lo que se prometió con lo que finalmente se padece a grado tal de encontrarnos en esa calamidad de una sociedad aterrorizada, sumida en la violencia y acostumbrada a un clima de zozobra producto del ambiente de inseguridad creado en discurso, en información y con hechos.

Desde luego, trastocar los esquemas mínimos de protección de derechos fundamentales, la indiferencia sobre el respeto de los modelos de promoción de los mismos, hasta la simulación de reconocimiento al incorporarlos al discurso y acciones en papel fueron factores claves para desencadenar el estado de excepción descrito, obligando al relevo de poderes a desconocer mediáticamente la estrategia y dar un giro a la estrategia sólo en un aspecto estético, pues en el fondo se vale de las mismos instrumentos con un discurso diferente y apagando el *switch* a los reflectores que pesaban sobre ellos.

La base teórica planteada y los análisis fácticos tomando en cuenta el aspecto deóntico en el que nos basamos nos permite formular las siguientes reflexiones a modo de conclusiones que, remarcamos, se incorporan en todo el texto y sólo las presentamos a modo de sembrar esa semilla para el enriquecimiento de futuros análisis sobre la lucha contra el narcotráfico, guerra contra las drogas, o pelea contra la inseguridad y delincuencia organizada, como se le quiera llamar, con la condicionante sólo de llevar algo en tono bélico:

1. Los derechos fundamentales, bajo la forma en que se les conciba, constituyen el límite del Estado respecto a su actuación y el parámetro de actuación para garantizar su promoción, reconocimiento y respeto, pues los valores y principios que realizan son la pauta que irradia el contenido de cualquier acto de poder público, el cual debe observar siempre lo que mayormente beneficie a la persona con independencia de estar establecido no en los ordenamientos jurídicos, pero si contenido en las normas sobre derechos humanos.

2. El derecho debe ser más que un instrumento de normas o conductas con modelos a seguir para buscar una sociedad en convivencia armónica y que sea el pretexto para justificar la arbitrariedad del Estado para imponer medidas que estigmaticen y sirvan como elemento punitivo que se aleje de la correspondencia entre los valores de la sociedad a la que va dirigido y los actos que fundamenta.

3. La aplicación de una estrategia basada en esa concepción de derecho, conjuntamente con la guía adaptada de una guerra contra la inseguridad que nos fue heredada, dio como resultado un sin sentido del objetivo planteado con los resultados obtenidos, maximizando el problema, ahondando en sus consecuencias y generalizando la violencia no sólo en el clima ni en la percepción, sino volviéndolo cotidiano hasta el punto de verlo normal o ser indiferente siempre y cuando no afectara la esfera individual de las personas.

4. La experiencia de los instrumentos utilizados nos permite construir herramientas de análisis y reflexión que midan, no sólo la compatibilidad teórica y normativa respecto a derechos fundamentales, sino precisar la congruencia del impacto que producen en las condiciones que vive la sociedad más allá de la realidad que se presenta en el diseño y elaboración de los actos del poder expresados en normas, políticas o resoluciones judiciales; Incorde se sitúa en ese horizonte y nos lleva a continuar el camino que ha venido construyéndose por muchas personas.

5. Lo resultados obtenidos a través de lo que vivimos como parte de la llamada estrategia de lucha contra el narcotráfico, nos muestran que el camino que se optó fue el equivocado y que sí existen alternativas, las cuales comienzan a vislumbrarse y se abren brecha en diversos ámbitos. Aprovechemos la oportunidad de romper con el paradigma de un derecho como nos lo presentan y asumamos los valores de nuestra sociedad como la elección que vayamos construyendo en un Estado Constitucional de Derecho.

La mayor compatibilidad que podemos encontrar de cualquier acción del Estado es precisamente aquella que nos permita vivir las condiciones que realmente podamos vivir y no solamente las anhelemos.

MESOGRAFIA

Bibliografía

Aganben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*, tr. Flavio Costa e Ivana Costa, Adriana Hidalgo editora, Argentina, 2007.

Alexy, Robert, "Una defensa de la fórmula Radbruch", en Vigo, Rodolfo L. (coordinador), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, México, Ed. Fontamara, 2008.

----- Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático, Neoconstitucionalismo, Obra Compilada por Carbonell, Miguel, Madrid, Trotta, 2004.

----- *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

----- Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios, tr. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Ambos, Kai, *Derecho Penal del Enemigo*, tr. Carlos Gómez – Jara Diez y Miguel Lamadrid, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007.

Bovero Michelangelo, *Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 31, 2008.

Buechot, Mauricio y Saldaña, Javier, *Derechos Humanos y Naturaleza Humana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

Cancado Trindade, Antonio Augusto, et.al., *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, México, Ed. Porrúa, 2003.

Carbonell, Miguel, et. al., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, México, Ed. Porrúa, 2002.

Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al Estudio del derecho*, México, Nostra Ediciones, 2009.

Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998.

Crespo, Eduardo Demetrio, "Del 'derecho penal liberal' al 'derecho penal del enemigo'", *Nuevo Foro Penal* 69, enero-junio, 2006, Universidad EAFIT, Colombia.

Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, UNAM, México, 2011.

De Asís Roig, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Debate, 1992.

Fernández de Casadevante Romaní, Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Madrid, Ed. Dilex, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, Madrid, Trotta, 1999.

----- *Derechos y garantías, la ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta.

----- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

----- *Poderes Salvajes. "La crisis de la democracia constitucional"*, tr. Perfecto Andrés Ibañez, Mínima Trotta, Madrid, 2011.

----- *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, vol. Primero Teoría del derecho, tr. Luis Prieto Sanchís, Madrid, Trotta, 2011.

Ferrer Mac- Gregor, Eduardo y et.al, *Jurisdicción Militar y derechos humanos. "El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*, Porrúa, México, 2011.

----- *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. "El nuevo paradigma para el juez mexicano"*, UNAM, 2011.

Elementos para la Construcción de una Política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia, UNAM, 2011.

Garzón Valdés, Ernesto, *Calamidades*, Gedisa, España, 2004.

----- "Para ir terminando", en Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, México, Fontamara, 2003.

Gracia, Martín Luis, *Crítica del Derecho Penal del Enemigo*, Obijus, México, 2009.

----- *El horizonte del finalismo y el "Derecho Penal del Enemigo"*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, tr. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2003.

Grupo Parlamentario del PRD, *Contradicciones y Retracciones. Verdad Histórica de los Hechos. Caso: Ernestina Ascencio Rosario*, , Cámara de Diputados, 2007.

Häberle, Peter, *El estado constitucional*, tr. Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, 2001.

Hervada Xiberta, Francisco Javier, *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*, Pamplona, Humana Iura, 1991.

Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Argentina, EDIAR, 1991, t I.

Informe de evaluación de la política de Desarrollo Social 2012, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, México, 2012.

Impunidad Uniformada. Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública, Human Rights Watch, Estados Unidos de América, 2009.

Jakobs Günter, Cancio Meliá Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

Kaplan, Marcos, *El Estado Latinoamericano y el narcotráfico*, Porrúa, 2ª ed., México, 1998.

----- *El narcotráfico latinoamericano y los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993.

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, tr. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2001.

----- *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto J. Vernengo, 16ª edición, Editorial Porrúa, México, 2009.

Khun, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley, una visión actual*, Trotta, Madrid, 2008.

López Calera, Nicolás, et.al, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1978.

Lösing, Norbert, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, tr. Marcela Anzola Gil, DYKINSON, Montevideo, 2002.

Mancera Espinosa, Miguel Ángel, *Derecho penal del enemigo*, UBIJUS, México, 2011.

México: *Evaluación final del gobierno. Felipe Calderón: 2006-2012*, Consulta Mitofsky.

Nikken, Pedro, *La protección internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1997.

Ni Seguridad Ni Derechos, Ejecuciones, desapariciones y tortura en la "guerra contra el narcotráfico" de México, Human Rights Watch, Estados Unidos de América, 2011.

Ost, Francois, Van de Kerchove, Michel, *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*, Unibiblos, Colombia, 2001.

Polaino-Orts, Miguel, *Derecho Penal del Enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosc, Barcelona, 2009.

Prieto Sanchís, Luis, *Estudio sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.

Sánchez Sandoval, Augusto (coordinador), *Seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo*, México, Porrúa, 2007.

Santiago Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea.

Salazar Ugarte, Pedro, *Crítica de la mano dura. Cómo enfrentar la violencia y preservar nuestras libertades*, Océano, México, 2012.

Segundo informe especial de la CNDH sobre el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad en nuestro país, 2008.

Sexto Informe de Gobierno, Presidencia de la República, México, 2012.

Smith, Peter H. (comp.), *El combate a las drogas en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

Troper, Michel, *Ensayos de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2004.

Viturno, Paula, *Sobre el origen y fundamento de los sistemas de control constitucional*, Ad-HOC, Buenos Aires, 2002.

Youngers, Colett y Rosin, Hielén (editoras), *Drogas y democracia en América Latina. El impacto de la política de los Estados Unidos*, Argentina, Biblos, 2005.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Hacia donde va el poder punitivo*, Sello Editorial Universidad de Medellín, Colombia, 2009.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 9ª ed., Madrid, Trotta, 2009.

Hemerografía

Alponte, David Alejandro, “Guerra y política: Dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo”, *Nuevo Foro Penal* 69, enero-junio, 2006, Universidad EAFIT, Colombia, p. 38.

Azaola, Elena, “Violencia de hoy, violencia de siempre”, *Revista Nexos*, núm. 413, mayo 2012, México, consultada en <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2102685>

Bravo, Carlos, “Una ayudadita para la memoria de Felipe Calderón”, *Revista Nexos*, consultado en <http://redaccion.nexos.com.mx/?p=2571>

Cisneros, José Luis, “El cáncer del narcotráfico y la militarización de la seguridad pública”, *Revista El Cotidiano*, México, núm. 161, mayo – junio 2010, pp. 49 y 50, consultado en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/325/32513865007.pdf>

Del Olmo, Rosa, “*Las drogas y sus discursos*”, Cuadernos de Posgrado, serie A, núm. 11, México, enero - junio 1998.

Eguizábal, Cristina y Diamint, Rut, “La guerra contra el terrorismo y el futuro de las democracias latinoamericanas”, *Revista Foreign Affairs*, México, vol. 2, núm. 1, primavera 2002, p. 41.

ELLOS y NOSOTROS. Las (sin) razones de los de arriba. Comunicado del Sub Comandante Insurgente Marcos del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, enero de 2013, consultado en <http://enlacezapatista.ezln.org.mx/2013/01/20/ellos-y-nosotros-i-las-sin-razones-de-arriba/>

Escalante Gonzalbo, Fernando, “Homicidios 2008-2009. La muerte tiene permiso”, *Revista Nexos*, núm. 397, enero 2011., p.p. 36 y 37.

Ferrajoli, Luigi, “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, *Nuevo Foro Penal* 69, enero-junio, 2006, Universidad EAFIT, Colombia, pp. 16 - 24.

----- *La esfera de lo indecible y la división de poderes*, tr. Miguel Carbonell, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 6, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Chile, 2008, pp. 337 – 339, consultado en http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano6_1/Laesfera17.pdf

Fijoó Sánchez, Bernardo, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo* no. 16, julio – septiembre, 2006, Colombia, p. 136.

Gabriel Bouzat, “El control constitucional. Un estudio comparativo,” en Ackerman, Bruce y et. al., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 79.

Granados Chapa, Miguel Ángel, El Ejército se enreda, Reforma, 9 de abril de 2007, disponible en www.elnorte.com/editoriales/nacional/733809/

Guerrero Gutiérrez, Eduardo, “2011: la dispersión de la violencia”, Revista Nexos, núm. 410, febrero 2012, México, p.p. 13 - 15.

----- “Violencia y mafias”, Revista Nexos, núm. 405, septiembre de 2011, México, p.p. 58 y 59.

Jarquín Edgar, Soledad, *A un año del ataque y en demanda de justicia. Castaños: mujeres violadas por soldados suspenderán labores*, CIMAC Noticias, julio de 2007, disponible en <http://www.cimacnoticias.com.mx/node/57733>

Morales Oyarvide, Carlos, “El fracaso de una estrategia: una crítica a la guerra contra el narcotráfico en México, sus justificaciones y efectos.”, Revista *Nueva Sociedad*, Argentina, núm. 231, enero – febrero 2011, p. 8.

Murillo Rodríguez, Roy, “La política antidrogas y sus efectos en América Latina”, *Revista Ciencias Penales*, San José, Costa Rica, año 8, núm. 11, julio 1996, pp. 55 y 56.

O’Neil, Shannon, “La guerra real de México. Cómo puede derrotar la democracia a los cárteles de la droga”, *Revista Foreign Affairs*, México, vol. 9, núm. 3, 2009 p. 103.

Paoli Bolio, Iván. “Evolución del narcotráfico en México, primera parte”, *Revista Bien Común*, México, año 15, núm. 186, junio 2010, p. 72.

Quintero Fuentes, David, “La génesis de la teoría de la Justicia de John Rawls”, *Revista Escuela de Derecho*, Universidad Católica de Temuco, N°6, año 6, 2005, Chile, pp. 14 y 15.

Legislación y criterios judiciales

Acuerdo por el que se establecen la integración y funcionamiento de los gabinetes, Diario Oficial de la Federación, 1º de abril de 2013.

Considerandos del Decreto 1837 de 2002 de Colombia, consultado en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/2002/decreto_1837_2002.html

Expediente 00022/2011-00 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ley 137 de 1994, por la cual se regulan los estados de excepción de Colombia.

Proyecto de resolución del Amparo directo en revisión 517/2011, quejosa y recurrente: Florence Marie Louise Cassez Crepin, Ministro ponente: Arturo

Zaldívar Lelo de Larrea, pp. 2 - 5, consultado en http://www.scjn.gob.mx/pleno/documents/proyectos_resolucion/adr-517_2011.pdf

Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 2011.

Sentencia Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 120 a 131, consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

Sentencia C-939/02 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE CONMOCION INTERIOR, Bogotá, 31 de octubre de 2002, consultada en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2002/c-939_2002.html

Tesis 1a. XVI/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 114.

Tesis 1a. CXCII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, noviembre de 2009, p. 416.

Tesis 1a. /J.2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, febrero de 2012, p. 533.

Tesis P. XII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 23.

Tesis 1a./J. 51/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, abril de 2009, p. 507.

Tesis XII/2009, Sala Superior, *Gaceta Electoral*, Cuarta Época, Año 2, No. 4, 2009.

Tesis P. /J.35/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p. 557.

Tesis número P. XXXV/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, agosto de 2002, p. 14.

Tesis Aislada, Pleno, P. LXXI/2011, Décima Época, Constitucional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 554.

Páginas electrónicas

http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/10/121010_mexico_mapa_guerra_narco_carteles_jp.shtml

http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5294041&fecha=01/04/2013

http://www.gobernacion.gob.mx/es_mx/SEGOB/Programa_Nacional_para_la_Prevenccion_Social_de_la_Violencia_y_la_Delincuencia

<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PNUD-seminario.pdf>

<http://www.presidencia.gob.mx/articulos-prensa/palabras-del-presidente-de-los-estados-unidos-mexicanos-licenciado-enrique-pena-nieto-durante-el-foro-nacional-mexico-en-paz-que-tuvo-lugar-en-este-municipio/>

<http://www.sedena.gob.mx/images/stories/D.H/2013/abril/resultados2006-2012.pdf>

<http://www.sedena.gob.mx/images/stories/D.H/2013/abril/resultados2006-2012.pdf>

<http://www.sedena.gob.mx/images/stories/D.H/2013/abril/Situacionquejasrecomendaciones30.pdf>

http://ssp.gob.mx/portalWebApp/wlp.c?__c=fb1