



UNIVERSIDAD LATINA S.C.

LICENCIATURA EN DERECHO

RUMBO A UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO EN MÉXICO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

JOSÉ ALEJANDRO ANDRADE PÁEZ

ASESOR:

LIC. MARÍA DEL ROSARIO RAMÍREZ CASTRO



DICIEMBRE 2013.



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.



**UNIVERSIDAD LATINA S.C.
INCORPORADA A LA UNAM**

México, Distrito Federal a 15 de Noviembre de 2013

**M.C. RAMIRO JESÚS SANDOVAL,
DIRECTOR GENERAL DE INCORPORACIÓN
Y REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS, UNAM.
PRESENTE.**

EL C. JOSÉ ALEJANDRO ANDRADE PÁEZ ha elaborado la tesis titulada “RUMBO A UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO EN MÉXICO”, bajo la dirección de la Lic. María del Rosario Ramírez Castro para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos establecidos en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para este tipo de investigación, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para los efectos académicos procedentes.

Atentamente

**LIC. SOFÍA ADRIANA SANTOS JIMÉNEZ
DIRECTORA TÉCNICA DE LA ESCUELA
DE DERECHO, CAMPUS SUR**

A DIOS:

Por emitir su voluntad y no desampararnos en todo momento.

A MIS PADRES:

Por el profundo amor, respeto y admiración que les tengo,
esperando siempre honrarlos con mis pasos,
y por darme la oportunidad de ser.

SRA GUADALUPE PAEZ DE ANDRADE:

Guía, impulsora de profesión, el amor hecho persona,
levantando en las caídas y aterrizando al que lo necesite,
principal actora en el presente trabajo,
siempre presente con sus hijos
te quiero.

SR. SALVADOR ANDRADE NEQUIZ:

Por su excedido amor y apoyo paternal,
además de maestro, compañero, cómplice y amigo
en la larga vida que recorrimos, trabajamos y disfrutamos juntos,
siempre una gran experiencia a su lado,
ausente en persona, pero siempre conmigo en mi camino,
el que en gloria este.

A MI FAMILIA ESPOSA E HIJO:

Por ser la esencia de mi presente y futuro

ING. ADALIZBET FERNANDEZ BOCARDO

Por el amor emanado de su ser,

Compañera inigualable en mi vida,

Critica, admiradora, y consejera,

Mujer, madre, profesionista destacable,

y por otorgarme la dicha de compartir ser Padre.

JOSE MIGUEL ANDRADE FERNANDEZ

Hijo inmensamente querido,

amigo, compañero y motivador

un horizonte más de mi vida,

motor para seguir adelante,

mi orgullo

A MIS HERMANAS:

Por el valioso cariño, amistad y apoyo que siempre me han brindado, además del amor que les tengo.

MTRA EN PSIC. PATRICIA ANDRADE PAEZ.

Por marcarme los pasos a seguir en la vida Profesional,

Siempre presente y admirable en sus decisiones

madre de una valiosísima personita.

SRA. IRMA LAURA ANDRADE NEQUIZ

Muy en especial, por ser la hermana directriz,

Siempre un punto de apoyo,

Admiradísima por su labor de Madre,

Y disponerme un lugar siempre en su hogar.

A MIS SOBRINOS

Ahijados y *cuasi* hijos, los que por el solo hecho de existir son promotores de diversos proyectos en la vida

MAURICIO ANDRADE PÁEZ

LAURA ALITZEL PEREDO ANDRADE

ROSA ALEJANDRA PEREDO ANDRADE

PALOMA PEREDO ANDRADE

PAMELA PEREDO ANDRADE

A LOS PROFESORES Y PROFESIONISTAS DEL DERECHO:

Personas investidas de ética profesional, por su valiosísimo apoyo y comprensión, en el presente trabajo.

LIC. MARÍA DEL ROSARIO RAMÍREZ CASTRO

Por su valiosa enseñanza y sabiduría en el salón de clases,

por su humanismo como persona,

siempre amiga ,

e importante tutoría.

LIC. SOFÍA ADRIANA SANTOS JIMÉNEZ

Por su perfeccionamiento profesional

disponibilidad en todo momento

institucional y personal

LIC. FRANCISCO PACHECO ARELLANO

Por su importante misión cotidiana,

Ejemplo a seguir,

y conocimiento impartido

AL DOCTOR EN DERECHO Y AMIGO

ALBERTICO GUINTO SIERRA

M U C H A S G R A C I A S

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	PÁG.
1.1. CONCEPTO DE ESTADO -----	1
1.2. EL ESTADO DE DERECHO -----	5
1.2.1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO -----	10
1.2.2. CONCEPTO DE DEMOCRACIA -----	15
1.3. EL DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO -----	28
1.3.1. LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE DE LA DOGMÁTICA PENAL -----	29
1.3.2. CENTRALIDAD DEL PROCESO PENAL COMO GARANTÍA DE DERECHOS -----	36
1.4. FINES DEL DERECHO PENAL -----	46
1.4.1. VIGENCIA DE LA NORMA-----	59

CAPÍTULO 2

DERECHO PENAL MODERNO	PÁG.
2.1. EL DERECHO PENAL MODERNO-----	65
2.1.1. LA TECNOLOGÍA UN FACTOR DE RIESGO EN LA SOCIEDAD- -----	76
2.2. EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO- -----	85
2.3. EL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVIZADO-----	93
2.4. LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS FINES DEL DERECHO PENAL-----	102

CAPÍTULO 3

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL	PÁG.
3.1. LA GLOBALIZACIÓN-----	110
3.1.1. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA (LEYES GENERALES) -----	119
3.1.2. DELITOS ECONÓMICOS-----	125
3.2. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL-----	130
3.2.1. EXPANSIÓN EXTENSIVA-----	137
3.2.1.1 DELITOS AMBIENTALES-----	137
3.2.1.2 DELITOS INFORMÁTICOS-----	142
3.2.2. EXPANSIÓN INTENSIVA-----	148

3.2.2.1. EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA-----	150
3.2.2.2. TERRORISMO-----	159
3.2.2.3. SECUESTRO-----	165
3.2.2.4. NARCOTRÁFICO-----	170
3.2.2.5. MARAS O PANDILLAS JUVENILES-----	172
3.3. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO-----	177

CAPÍTULO 4

EL IMPACTO LEGISLATIVO DE LA EXPANSIÓN INTENSIVA	PÁG.
4.1. LA EXPANSIÓN EN EL DERECHO PENAL MEXICANO-----	201
4.1.1. LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA----	201
4.1.2. REFORMAS A LA LEY GENERAL DE SALUD (NARCOMENUDEO)-----	218
4.1.3. LEYES ANTIMARAS, SU IMPACTO EN MÉXICO-----	224
4.2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008 AL DERECHO PENAL DE MÉXICO-----	237
4.3. TRATAMIENTO DE EXCEPCIÓN PARA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LA REFORMA-----	241
4.3.1. EL ARRAIGO-----	242
4.3.2. LA PRISIÓN PREVENTIVA-----	246
4.3.3. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO-----	249
4.3.4. CONFIDENCIALIDAD DE DATOS, VÍCTIMAS O TESTIGOS-----	256

CAPÍTULO 5

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS	PÁG.
5.1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011-----	260
5.2. SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CASO RADILLA)-----	266
5.3. OBLIGACIONES CONCRETAS QUE DEBE REALIZAR EL PODER JUDICIAL-----	271
5.4. AMPARO DIRECTO 517/2011 (CASO FLORENCE CASSEZ)-----	275
5.5. EL FUTURO DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO-----	279

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Un Estado Mexicano por su propia naturaleza jurídica, se encuentra constituido, por la voluntad del pueblo, y acorde al artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en una República representativa, democrática y Federal. De estas características deducimos que la Constitución establece un Estado democrático de Derecho y si los fundamentos del Derecho Penal emanan de la Carta Magna, la política criminal imperante en nuestro Estado democrático de Derecho y nuestro Sistema en Justicia Penal debe responder a estos mismos criterios.

He podido percibir a lo largo de mi experiencia jurisdiccional, que el Sistema de Justicia Penal que hasta el día de hoy predomina en nuestro País, no corresponde a los principios que rigen un Estado democrático de Derecho. Una de las razones de esto es la Globalización e Internacionalización que se presenta en el mundo actual que trae aparejada transformaciones a la sociedad, no solo en el ámbito social, político, cultural, científico y tecnológico, sino también en el jurídico que a la vez producen cambios en la política criminal y en el Derecho Penal en lo general, tratando de dar respuesta a los nuevos retos que surgen con la transformación, aunado al estado de inseguridad que atraviesa nuestro país y el reclamo ciudadano que ello genera, se escuchan voces pidiendo el endurecimiento de las penas, la creación de nuevos tipos Penales y la reducción de garantías procesales, con el afán de pretender, solucionar toda la problemática social a través del Derecho Penal.

Ante este panorama, el Estado opta por la aplicación, de medidas político - criminales, que no siempre resultan coherentes con un Estado democrático de Derecho que nuestra Constitución establece. No obstante vislumbro que la inclusión y modificación de normas constitucionales, con preeminencia, en el Derecho Penal, como resultan ser las reformas Constitucionales de junio de 2008, y junio de 2011, permitirán transitar hacia un Derecho Penal democrático que

garantice al ciudadano en primer término su libertad y en segundo que cuando el Estado ejerza su poder punitivo lo haga respetando la igualdad y la dignidad de las personas al encontrarse limitado por la legislación Constitucional.

El presente trabajo es de carácter cualitativo y tiene como propósito analizar cómo se ha desarrollado el Derecho Penal en nuestro País ante la realidad social imperante, como es la globalización, la tendencia a crear día a día más tipos penales, el endurecimiento de las penas de prisión, aunado a la crisis por la que atraviesa el sistema de justicia penal y las presiones internacionales por las que denuncian a graves violaciones de Derechos Humanos por parte de varias instituciones, de seguridad del Estado Mexicano.

¿Cuáles son las razones que nos llevan a adoptar un nuevo Sistema de Justicia Penal que rompa un paradigma, al establecer a través de la reforma Constitucional de junio de 2008, un nuevo proceso penal acusatorio y oral?; proceso que por su sola implementación considero no solucionará sus críticas al Sistema de Justicia Penal, ni acabará con la impunidad prevaleciente en nuestro país y mucho menos con la delincuencia organizada, grandes males que nos aquejan, el éxito dependerá de las Instituciones y operadores del Sistema.

Sin embargo, constituye un paso importante hacia un Derecho Penal democrático, avance que se consolida con la reforma Constitucional del 10 de junio del 2011, que garantiza que cuando el Estado ejerza su poder punitivo lo haga respetando los Derechos Humanos inherentes a toda persona.

En el primer capítulo se plantea, cómo debe de ser el Derecho Penal, en un Estado constitucional del Derecho; el Derecho Penal no puede entenderse desde fuera de la Constitución, sino como un conjunto de valores y principios generales que surgen de la propia Constitución y de sus concretos preceptos vinculados al Sistema Penal, y es el Poder Judicial quien desempeña el papel de garante de los Derechos Constitucionales y de la Democracia.

En el segundo capítulo, analizo el Derecho Penal moderno y la forma de cómo influye la tecnología en la sociedad como productora de criminalidad, también se reflexiona sobre “el Derecho Penal simbólico”, como fenómeno que se presenta cuando el Estado crea Leyes para demostrar un poder que no tiene; y como el principio de precaución resulta un acercamiento hacia la Administrativización del Derecho Penal y cuáles son los fines del Derecho Penal, si su finalidad es proteger bienes jurídicos o los riesgos generales.

En el capítulo tercero, se comenta la Expansión del Derecho Penal. Vivimos en una sociedad cada vez más compleja, en la que los riesgos surgen como consecuencia del desarrollo, y ello conlleva a replantear el Derecho Penal para enfrentar nuevos fenómenos sociales que requieren de su atención, como el terrorismo, la delincuencia organizada, entre otros, lo que lleva al Estado a aprobar normas de excepción, que mientras no sean declaradas inconstitucionales rigen junto a las normas del Estado Democrático.

El cuarto capítulo ha sido denominado “El impacto Legislativo de la expansión intensiva”, y en él se razona sobre la creación de nuevos tipos penales y a la toma de decisiones político – criminales que orientan sus esfuerzos a un incremento de la punición de tipos penales que corresponden a la delincuencia organizada, como el narcotráfico y su combate, que en los últimos años ha ocasionado millares de muertes en México. Este fenómeno ha llevado a reformar la Ley General de Salud, con el objetivo que el narcomenudeo sea competencia de la jurisdicción Estatal, a fin de establecer la corresponsabilidad de las Autoridades Federales y Estatales en el combate a la posesión, suministro y comercio de narcóticos, así como de implementar mecanismos para tratamientos médicos y programas de rehabilitación, para farmacodependientes y no farmacodependientes.

En este capítulo también nos referimos a la directriz de política criminal tendiente a remitir en las codificaciones Estatales a Leyes generales, lo que se califica como una aspiración a implementar una codificación Penal única para el País.

Así mismo, se esbozó la reforma Constitucional de 18 de junio de 2008, que aún y cuando **establece un Sistema de Justicia Penal Acusatorio – Oral**, y pone las bases para un Derecho Penal Democrático, conserva tratamientos de excepción para la delincuencia organizada que considero no corresponden a un sistema penal acusatorio y menos democrático.

Por otro lado en el último capítulo, se plantea la siguiente Reforma Constitucional de 10 de junio de 2011, sobre **Derechos Humanos** y su trascendencia para avanzar hacia un Derecho Penal democrático e intento dar respuesta a la interrogante de “¿Cuál es el futuro del Derecho Penal en la Sociedad Actual?”
“¿Tiene realmente futuro?”

CAPÍTULO 1

1. EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1.1. Concepto de Estado

No podemos hablar de Estado de Derecho sin referirnos antes al concepto de Estado, el cual es el instrumento a través del cual la sociedad se organiza, desarrollando mecanismos de gobernabilidad y orden, con la finalidad de que el hombre pueda vivir en paz y armonía, permitiéndole así lograr su felicidad y prosperidad.

Nicolás Maquiavelo a principios del siglo XVI en su obra: "EL PRINCIPE", estableció el concepto de Estado, planteando la denominada Teoría Trielementista del Estado, en la que señala que el Estado es una corporación territorial dotada de un poder de mando original, mismo que tiene tres elementos esenciales: primero el pueblo, que desarrolla las características del concepto de Nación; segundo, la posesión de un territorio que garantiza la existencia y libertad de la comunidad, y a la vez es límite de su actividad; y tercero, una organización otorgada de un poder de mando originario que se conoce como gobierno.¹

El Estado moderno surge de dos procesos simultáneos; el nacimiento del término soberanía y del capitalismo, que es la amplificación de un modo de producción distinta. Para su estudio teórico se ha privilegiado uno u otro de estos aspectos políticos o económicos como elementos explicativos del suceso complejo, donde resulta la aparición y existencia histórica del Estado. Los dos modelos que se enlazan para su estudio son el Marxista y el Weberiano, quienes lo defienden mediante una explicación económica y política.

¹ SALAS CHÁVEZ, Gustavo R., "El Sistema Penal Mexicano", Porrúa, México, 2010, p.6

El pensamiento Marxista define al Estado moderno como: “un instrumento de dominación de clase”, que garantiza la continuidad de la forma de producción vigente. Mediante el Capitalismo colectivo se protege a la economía de la irrupción de los capitalistas en lo individual, con un aspecto economista; la función del Estado es aplicar su poder de represión a favor de la dominación burguesa sobre el proletariado, para que le sea posible conservar el Sistema de extracción y de enajenación del *plus* valor.²

La existencia del Estado perdería su razón de ser, si se anula la propiedad privada de los medios de producción y con ello la división de clases de la sociedad, de ahí la necesidad de mantenerlo como un mecanismo de represión de clase. El Estado desde el modelo Marxista aparece esencialmente en conjunto con la actividad política en general como fenómenos subsidiarios de la economía; este surge como fenómeno histórico, cuando el modelo de producción capitalista se ha considerado suficientemente en las relaciones sociales, que se desarrolla en determinada parte del territorio a partir de su enlace comercial.

En la concepción Weberiana el Estado aparece posteriormente como una opción de la figura Marxista. Se pretendía reducir al mínimo sus características para determinar su naturaleza esencial; sostenía Weber que el factor mínimo que permite establecer su esencia es su poder para ejercer la violencia. De tal forma que para Weber el Estado debe entenderse como “una Institución Política de continua actividad siempre y cuando sus órganos mantengan con éxito la pretensión del Monopolio legítimo de la coacción física, para el mantenimiento del orden vigente”.³

En este contexto queda claro que no es posible definir al Estado por sus fines, sino por los medios que emplea para hacer cumplir sus mandatos así, el empleo de la coerción, no es el medio cotidiano para garantizar los lineamientos del Estado, sino que se constituye como último recurso (*ultima ratio*), cuando todos los

² Ibidem, p.p.7-8

³ Ibidem, p.8

demás medios de control fracasen. Otro elemento fundamental para la concepción de Estado Weberiano es la territorialidad sobre la cual el Monopolio de la violencia pretende ejercer de manera exclusiva, pues solo así puede garantizar la vigencia de un sistema de normas aplicado por un cuadro administrativo.

En concreto, la teoría Marxista analiza al Estado capitalista como instrumento de dominación de clases; mientras que en el pensamiento Weberiano, el Estado no atiende a los fines, sino a sus medios, por lo que es Monopolio de la coerción física sobre un territorio determinado, independientemente de su tipo, dimensión y ubicación histórica.⁴

De manera individual o de manera colectiva, el hombre reconoce su propia existencia y sabe cuáles son sus necesidades, no solo para permanecer, sino para tener una razón de ser y tenga también calidad; que se revista con dignidad y de forma ordenada en comunidad.

El hombre tiene, aunque no siempre se le reconozca, una idea amplia de cuáles son sus derechos y cuáles son sus obligaciones frente a los demás y frente al Estado. Tiene la concepción de que muchos de esos derechos los puede hacer valer frente a los demás miembros de la colectividad y muchos otros frente al propio Estado, y que puede exigir su observancia tanto individual como grupalmente. En general sabe y por ello actúa, que el Estado es un ente creado por alguna razón, sin embargo, no tiene la idea clara de que ha sido creado por la voluntad del hombre como se ha planteado. Este concepto es afín con la idea del Estado Democrático, razón por la cual, se recurre a ella para exponer el umbral del Estado.⁵

El propio hombre es quien ha diseñado al Estado, y es él quien le ha atribuido una serie de funciones, no para que este se sirva de él, y lo subyugue, sino para que le

⁴ BUSCAGLIA, Edgardo; GONZÁLEZ RUIZ, Samuel (coordinadores) *“Reflexiones en Torno a la Delincuencia Organizada”*, INACIPE, México, 2005, p.p.72 -73.

⁵ MORENO HERNÁNDEZ Moisés, *Política criminal y reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México*, CEPOLCRIM, México, 1999, p. 34 -35.

sirva, para que atienda a sus necesidades, y para que lo respete; funciones mismas que se relacionan con los diversos aspectos de la vida del hombre de manera individual o como parte del grupo social. El Estado obtiene de esta forma, ciertas potestades y facultades y se le dota de poder por ello; el Estado atiende: problemas de salud, de seguridad pública, de justicia, económicos, etc.; y para poder dar cumplimiento con ello, adopta diversas medidas y estrategias, lo que da origen a las políticas en materia de salud, educación, de seguridad pública, etc.

También, establece la política para enfrentar el fenómeno de la delincuencia llamada política criminal dentro de la cual se integra también el Sistema de Justicia Penal. El ejercicio de esta potestad puede realizarse observando ciertos límites, o sin observar límite alguno, o extralimitándose; límites que provienen primeramente de la propia consideración del hombre, y en el segundo término, de la misma concepción del Estado, de tal forma que si se admite que el hombre es una persona, un fin en sí mismo, con derechos inherentes a su propia naturaleza humana, el respeto y reconocimiento de esos derechos auto limita al Estado, así también, partimos de que éste es creado por el hombre para su beneficio, por tanto no es admisible que se extralimite en su perjuicio, vulnerando sus derechos.

Para hacer posible lo anterior, el hombre ha reflexionado que el medio o instrumento a través del cual el Estado puede realizar su función de manera adecuada es el Derecho, que como conjunto de normas o reglas de conducta, tutelan no solo la conducta de los hombres, sino también su comportamiento, naciendo así la necesidad de que el Estado debe contar con un orden jurídico y regirse por él de ahí, deriva también el concepto del Estado de Derecho.⁶

⁶ *Ibidem*, p.36 - 37

1.2. EL ESTADO DE DERECHO

La definición más precisa de la noción del Estado de Derecho en el pensamiento moderno, la encontramos probablemente en la obra del filósofo Alemán de finales del siglo XVIII, Emmanuel Kant, quien fuertemente influido por Rousseau, trató de justificar plenamente la fundamentación de las Leyes publicas en la razón y libertad individual, pero a diferencia del retorno a la senda liberal al ponderar un ámbito moral estrictamente individual como garantía de cualquier ordenamiento externo.

Para Kant, lo característico de los seres humanos es que pueden ser guiados por las Leyes de la libertad, es decir, por principios que les permiten actuar autónomamente en términos de libre decisión y responsabilidad moral. Por tanto, para él los hombres tienen la capacidad de establecer las normas que habrán de regir su vida. Cuando se trata de normas personales que tienen que ver con el modo de conducirse en términos de lo que considera bueno o malo, hablamos de normas morales. Estas normas no son distintas a las normas jurídicas, ambas responden a la misma capacidad humana, de auto legislar, la diferencia radica en que, las normas jurídicas, aunque surgen de la moral se expresan externamente y son aplicadas por medio de una coerción publica legitima, de tal forma que las normas jurídicas suponen la existencia de una sociedad que gobierna y un poder legítimo que garantiza su ejecución; razón por la que Kant recurre también a la idea de Contrato Social, para mostrar el fundamento de la obligación ciudadana de obedecer las Leyes de la Sociedad.

Es así como el Contrato Social, permite que la razón legisladora de cada individuo se comprometa a abandonar su libertad natural, salvaje y sin Ley y la recupere luego como miembro de una comunidad, es decir, como miembro de un Estado.⁷

⁷ RODRÍGUEZ ZEPEDA Jesús. *Estado de Derecho y Democracia*, Cuaderno de Divulgación de la Cultura Democrática, N° 12, Instituto Federal Electoral, México, 2008, p. 12.

Bobbio, diferencia tres significados para la nominación del Estado de Derecho: el primero, al que denomina con un significado débil y señala, que es al que se refería Kelsen cuando afirmaba que todo: “Estado es un Estado de Derecho”. Por tanto, si definimos por Estado, al Orden Jurídico, ningún Estado, existe sin orden Jurídico. Un segundo concepto sería el del *ius* naturalismo extremo, que denomina Estado de Derecho a: “aquellos ordenamientos en que se respetan en su totalidad los llamados Derechos naturales”, y por último define al Estado de Derecho, como a “aquella forma de gobierno en donde el Poder se ejerce *sub lege* (que todo Poder se encuentra sometido a la Ley) y *per lege* (que el Poder se ejerce a través de Leyes generales y abstractas)”.⁸

Sin embargo, contrario a lo que señala Bobbio, Elías Díaz, manifiesta que no todo Estado, es un Estado de Derecho; para él, éste comienza, lógicamente e históricamente, con “El Imperio de la Ley”; antes del control jurídico no hay Estado de Derecho, sino Estados absolutos, y este se alcanza gracias a la Revolución Francesa y al surgimiento en el siglo XIX, del Estado Liberal, construido bajo “El imperio de la Ley” y con una división de los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

El propio hombre es el que ha dispuesto que uno de los medios a través del cual el Estado puede cumplir su función de manera apropiada es el Derecho, entendido éste, como un conjunto de normas o reglas de conducta que rigen, no solo el comportamiento de los hombres, sino del propio Estado.

Por lo tanto, el Estado debe contar con un orden jurídico y regirse por él, es ahí donde nace el concepto de “Estado de Derecho”; respondiendo así al diseño de Estado propuesto por Montesquieu, Voltaire y Rousseau, entre otros filósofos del siglo XVIII.⁹

⁸ BOBBIO, Norberto, *Fundamento y Futuro de la Democracia*, Edeval, Chile, 1990, p.p.21 - 23

⁹ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Op. Cit., p.36.

Ferrajoli manifiesta: “que se puede caracterizar al Estado de Derecho, como un Sistema político basado en la disciplina legal y el Monopolio Estatal del uso de la fuerza, con el fin de excluir, o al menos minimizar, la violencia en las relaciones interpersonales”.¹⁰

Ferrajoli describe dos modelos de “Estado de Derecho”, uno en sentido *lato*, débil o formal, que distingue como “aquel ordenamiento en que los poderes públicos son otorgados por la Ley, y adiestrados en las formas y con los procedimientos legales establecidos”. Es decir, que los poderes públicos tengan una fuente y una forma legal. El otro modelo lo clasifica desde un sentido fuerte o sustancial; solo a “aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además sujetos a la Ley”, lo que significa que se encuentran limitados o vinculados a la misma. Por lo tanto, en este modelo más estricto, solo son considerados “Estado de Derecho”, aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, aun el legislativo, están supeditados al respeto de principios esenciales, contenidos en las disposiciones constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.

Así Ferrajoli, sostiene que nos encontramos ante dos modelos normativos diferentes: primero, el modelo paleo – iuspositivista, designación que corresponde al Estado Legislativo de Derecho o Estado Legal, que surge con la creación del Estado Moderno como monopolio de la producción jurídica, lo que significa sometimiento de los poderes públicos a la ley elaborada por la mayoría, y como expresión de la voluntad general nace el principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho. La Ley es la que condiciona la actuación de los gobernantes y estos se encuentran sometidos a ella y bajo su autoridad, no por ser justa, sino por haber sido aprobada por una autoridad conferida de competencia normativa. Y segundo, el modelo neo – iuspositivista del Estado Constitucional de Derecho o Estado Constitucional, resultado de las Constituciones rígidas Europeas y del control Constitucional de las Leyes ordinarias, mismo modelo que modifica el Estado Legislativo de Derecho, al variar

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2001, p.91.

las condiciones Legislativas; cambios que Ferrajoli clasifica de la siguiente forma: primero, para que una norma sea válida, no es suficiente atender a su producción, es necesario además que su contenido sea acorde con los principios constitucionales, por tanto, una Ley formalmente valida puede ser substancialmente invalida al no corresponderse con normas Constitucionales; segundo, en el Estado Constitucional de Derecho, se presenta porque la Constitución ya no solo reglamenta las formas de producción Legislativa, sino que también le impone prohibiciones y obligaciones de contenido, relacionadas unas a los derechos de libertad y otras a los derechos sociales; y de presentarse una violación y producir contradicciones o vacios; es la ciencia jurídica la que tiene el deber de comprobarla para su eliminación o corrección; tercero, impacta el rol de la jurisdicción; el Juez solo debe de aplicar la Ley si ésta, es constitucionalmente valida, por lo tanto, su deber es el de rechazar su aplicación y denunciar si la misma es inconstitucional; y por último, Ferrajoli observa, como resultado del paradigma del constitucionalismo rígido, la subordinación de la Ley a los principios constitucionales, lo que impacta no solo a las condiciones de validez de las normas, sino también a la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, porque a lo Derechos Constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, pues de lo contrario serían absolutos. También completa a la democracia porque, las mismas prohibiciones y obligaciones se establecen como otras garantías de los Derechos de todos, frente a los abusos de los poderes, que de no existir, podrían quebrantar junto con los Derechos, el propio método democrático.¹¹

El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que da lugar a los límites derivados del principio de legalidad.¹²

Así, el moderno Estado de Derecho se caracteriza como un conjunto de conocimientos capaces de limitar la función punitiva del Estado, desde una visión

¹¹ CARBONELL, Miguel, Ferrajoli, Luigi, *Neoconstitucionalismo (s)*, 4ª, Trota, España, 2009, p.13.

¹² MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª, B de F, Argentina, 2004,p.113.

de predominio del individuo. Por lo tanto, un Estado de Legalidad señala Moreno Hernández, presenta como características básicas las siguientes:

- La población vive bajo normas previamente establecidas,
- Se respetan las garantías individuales, se da cumplimiento a la Ley,
- Se establece la igualdad ante la Ley,
- “Nadie esté por encima de la Ley”, ni la Autoridad ni los particulares,
- No hay impunidad,
- Se respeta la división de poderes,
- El poder Judicial es autónomo,
- Hay más justicia, etc.

En consecuencia, todo Estado de Derecho debe contar con los siguientes elementos:

- a) Primacía Constitucional,
- b) Sistema jerárquico de normas,
- c) Legalidad en los actos de Administración,
- d) Separación de poderes,
- e) Protección y garantía de los Derechos Humanos y
- f) Examen de la Constitucionalidad de las Leyes.

Un Estado de Derecho, es aquel que se rige por un orden jurídico, reconoce y respeta los Derechos del hombre, tiene como herramienta principal al Derecho para regular la estructura orgánica y funcional del Estado y lo más importante es que se trata de un instrumento al servicio del hombre, por lo que sus fines no deben de ejercerse en perjuicio de éste. El Estado de Derecho limita los excesos, es decir, limitan el uso no regulado del poder, la Ley es hecha para todos, lo que resulta una garantía contra el uso desmedido del poder legislativo.

De acuerdo a la descripción de Ferrajoli los modelos de Estado de Derecho, en México pertenecen al modelo fuerte substancial, en razón de que los poderes públicos se encuentran sujetos ilimitados por la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos, de tal manera que las facultades del Congreso de la Unión se encuentran plenamente determinadas en el artículo 73 de dicho Ordenamiento y la Supremacía Constitucional y jerarquía normativa prevista en el numeral 133 Constitucional.

1.2.1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

En general, el Estado Constitucional surge como respuesta al Estado Legislativo, esto quiere decir, que contra la primacía de la Ley creada por las Asambleas Ordinarias, se busca la primacía de la Constitución, a través de dotarla de su significado de autentica norma jurídica fundamental.

Posteriormente a la derrota del nazismo y fascismo quedó al descubierto que el consenso popular que prevalecía sobre los Sistemas Autoritarios no garantizaba, de ningún modo la calidad de la democracia contra la degeneración del poder político. Surge entonces el valor de la Constitución como un conjunto de reglas, impuestas a los titulares de los poderes públicos, aunque sea la mayoría, obligados por la misma a la recíproca separación y al respeto de los Derechos fundamentales de todos, según la generalidad de la Constitución, formulada por el artículo 16 de la Declaración de los Derechos de 1789: “Toda sociedad en que la garantía de los Derechos no está asegurada, ni la separación de los Poderes está determinada, no tiene Constitución”.¹³

El Estado Constitucional de Derecho representa una modelación o cambio de los postulados más característicos del Estado de Derecho, sin que ello implique ninguna ruptura o superación radical de sus principios básicos.¹⁴

¹³ Cfr. ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi, *Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2005.

¹⁴ PEÑA FREIRÉ, A. M., *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Trotta, España, 1997, www.juridicas.unam.mx

Ferrajoli expresa que los actuales Sistemas Jurídicos, se han transformado del Estado de Derecho clásico al llamado Estado Constitucional de Derecho o modelo garantista, en el que los derechos fundamentales constituyen una igualdad de derechos, que presentan dos características que los distinguen de los demás derechos; su Universalidad, esto es que corresponden a todos y en la misma proporción y que no son disponibles ni tampoco inalienables, lo que significa que no son objeto de comercio, ni se encuentran sujetos a la voluntad política, por el contrario el Estado queda obligado a su tutela y satisfacción. Ello constituye la dimensión sustancial no solo de Derecho sino de la Democracia.¹⁵

Este es un sistema creado por los hombres, como los otros, dándole un carácter positivo a estos derechos, de garantías que tienen por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Estos ordenamientos se caracterizan en los Sistemas de Constitución rígida, por el carácter positivo de las normas producidas y por la sujeción de estas al Derecho. En el modelo garantista no solo se encuentran reguladas en normas positivas constitucionales, sino que también, existen normas que regulan el contenido material de las normas futuras por crear. El ser o la existencia del Derecho no es ya derivado de la moral ni se halla en la naturaleza, sino que es, precisamente establecido o elaborado por los hombres, y es como lo quieren y antes aun, como lo piensan.¹⁶

Son los mismos modelos axiológicos del Derecho positivo y no solamente sus contenidos contingentes – su deber ser y no solo su ser – lo que en el Estado Constitucional de Derecho son incorporados en el ordenamiento como Derecho sobre el Derecho, en forma de límites y vínculos jurídicos en la producción jurídica.

En consecuencia, emana de lo antes expuesto una innovación de la estructura misma de la legalidad, que es la posiblemente conquista más importante del

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, Trotta, España, 2009, p. 23.

¹⁶ Cfr. CAJICA LOZADA, Gustavo, “Estado Constitucional de Derecho y Legitimidad Democrática”, Comentarios a un texto de FERRAJOLI, *Revista Jurídica*, 2004, <http://www.juridicas.unam.mx>, www.escribiredeDerecho.edu.mx, www.eleconomista.com.mx

Derecho Contemporáneo: la regulación jurídica del mismo no solo por lo que hace a las formas de producción, sino en cuanto a los contenidos producidos.¹⁷

Esta inclusión, que fija el contenido de las normas producidas aunadas a las que establece los procedimientos formales de creación normativa, según otras, aplica un cambio en el concepto de la legalidad. La propia Ley ya no es únicamente la que limita a los que se encuentran sometidos a ella, sino que se encuentra limitada no solo por vínculos formales, sino también, por vínculos sustanciales, establecidos en la Constitución.¹⁸

En el Derecho moderno, sucede que el modelo garantista no solo determina la forma de producción de normas, sino que también programa los contenidos sustanciales de las mismas, al vincularlos con los valores y principios consagrados en los textos Constitucionales, bajo la denominación de Derechos fundamentales.

El surgimiento de Constitucionalismo moderno se debe al pensamiento de la Ilustración y al cambio del paradigma respecto al papel del Estado y al lugar de las personas dentro de la organización estatal. Para comprender el nacimiento de los derechos fundamentales, se tendría que hacer un recorrido sobre tres rutas distintas que son: el Estado absolutista, el pensamiento de la ilustración y el Constitucionalismo originario como nueva forma de organización del poder.

El Estado absolutista se consolida durante el siglo XVI, destacando en este periodo, la creación de una serie de instituciones públicas que luego serán características del Estado moderno, como: impuestos, ejército, burocracia permanente, diplomacia, un Derecho codificado y un incipiente mercado unificado. Las exigencias conectadas con el surgimiento de forma capitalista en la economía y con la emergencia de la nueva clase burguesa, exigían al Estado un marco estable y compartido de seguridad, tanto física como económica, a efecto de poder llevar a cabo los intercambios comerciales.¹⁹ Para imponerse a las formas

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ CARBONELL, Miguel, *Una Historia de los Derechos Fundamentales*, Porrúa, México, 2005, p.32

de organización feudal, que impedían el comercio de su territorio y los señores feudales hacían y desasían sin más límites que sus propios derechos.

El Estado absolutista centralizo el poder y así mejoraron considerablemente las condiciones para el surgimiento de la economía burguesa capitalista; pero no se resolvieron, y en consecuencia no desaparecieron, los abusos del poder sino que solo cambiaron de manos; de los señores feudales a las Monarquías despóticas; esto preparó el surgimiento histórico del Constitucionalismo, precisamente como sistema de control del poder. Algunos autores afirman que los Derechos fundamentales no surgen contra el Estado absolutista, sino gracias a la nueva posición que el hombre asume en esta forma de organización del poder político, por ejemplo, Gregorio Peces Barba, menciona que, “sin el esfuerzo previo de centralización, de robustecimiento de la soberanía unitaria del Estado, no hubieran sido posible históricamente los Derechos fundamentales. Por otra parte, sin ese robusto poder del Estado no habría parecido tan nítida una de las primeras funciones que se atribuyen a los Derechos: Limitar al Poder del Estado”.²⁰

La reforma protestante tuvo un papel predominante en el surgimiento de los Derechos fundamentales y en el tránsito a la modernidad, pues permitió empezar a explicarse la realidad del mundo y de la vida religiosa a partir de una pluralidad de credos, lo que tiempo después daría lugar al surgimiento de la tolerancia religiosa y del derecho de libertad religiosa. La cuestión religiosa afecta no solamente el transito del feudalismo al absolutismo, sino también el de éste al Estado Moderno, que subsiste durante buena parte de las primera décadas del Estado Constitucional considerado ya como un Estado liberal en la medida que va dando paso a otras libertades jurídicas concretas.²¹

La defensa de la persona con el Estado se produce al inicio del Constitucionalismo, en el campo de la tolerancia religiosa del Derecho Penal y procesal penal, donde se produjeron durante varios siglos los mayores abusos en

²⁰ Idem p.32

²¹ Idem p. 33

el nombre de la Ley, no solo en el sentido estricto de una ley civil, sino también en aspectos religiosos, con lo cual no había diferencia entre quienes cometían un delito y quienes eran acusados de la comisión de pecados. Los esfuerzos por parte de pensadores como Beccaria, por humanizar el Constitucionalismo como filosofía política, aspira en lo fundamental a una sola cosa: Controlar el poder con el fin de preservar la libertad. Para lo cual es necesario que cada Estado se dote de una regulación básica de carácter unitario: la Constitución escrita que sirve para cambiar el fundamento de la legitimidad de las autoridades que ejercen funciones públicas. Así el Derecho del feudalismo se apoyaba en buena medida en la tradición en los designios divinos o en la ascendencia real; mientras que el Constitucionalismo aspira a basar la legitimidad de la actuación de las autoridades en el consenso racional de los miembros de la comunidad.²²

Rober Alexy, al abordar el tema de “Los Derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, manifiesta que el Sistema Jurídico Alemán representa el prototipo de Estado Constitucional Democrático, el que se caracteriza por seis principios básicos, contenidos en su Ley fundamental, que son: los Principios Fundamentales de la Dignidad Humana, de la Libertad y de la Igualdad; y los Principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social. También agrega que entre los Derechos fundamentales y los principios relativos a la estructura y los fines del Estado existen íntimas relaciones, pero también tensiones, lo cual nos parece natural, porque en la *praxis*, el Estado por una parte protege Derechos fundamentales y por otra, paradójicamente, los vulnera.²³

Luis Prieto Sanchis, afirma que el neo constitucionalismo como modelo de organización jurídico – político, pretende un perfeccionamiento del Estado de Derecho, quien tiene como premisa el sometimiento de todo poder al Derecho, su Constitución aspira a que ese sometimiento se aplique también al legislativo. A cambio el neo constitucionalismo da una apertura al judicialismo, desde la

²² Idem, p.35

²³ CARBONELL, Miguel, Robert Alexi, *Neoconstitucionalismo (s)*, 4ª, Trotta, España, 2009, p.31.

perspectiva europea. Lo que el Estado de Derecho gana por un lado, no lo quiere perder por otro. Esta forma política exige una teoría de la argumentación que garantiza la racionalidad y consenso de las relaciones judiciales. No hay que inclinarse a favor del legalismo o del judicialismo señala Prieto Sanchis, como modelos predominantes, es una opción ideológica; el intento de buscar un equilibrio requiere la búsqueda de aquella racionalidad no solo para las decisiones judiciales, sino también para las legislativas.²⁴

Este modelo de Estado se encuentra previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al señalar:

“Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanan del ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución Leyes o tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados”.

De la redacción anterior se desprende el principio teórico de Derecho Constitucional, que sitúa a la constitución jerárquicamente por encima de los demás ordenamientos jurídicos del país.

1.2.2. CONCEPTO DE DEMOCRACIA

La democracia es un régimen que no admite valores, ni funciones absolutas, no es considerable en un régimen democrático que un poder u órgano pueda funcionar en forma ilimitada o irresponsable y pretenda concentrar en sí mismo el ejercicio

²⁴ Idem, p.157.

de funciones que a otros se han atribuido, por el fin y en función de la sobrevivencia de la democracia misma.

La democracia entendida en contraposición a las formas de gobierno autocrático, únicamente puede considerarse como un conjunto de reglas primarias o fundamentales que señala quién es el autorizado para tomar decisiones colectivas y bajo qué procedimientos, por lo anterior, para que una determinación tomada por individuos sea aceptado como medida obligatoria para todos los miembros del grupo, es necesario que sea tomada de acuerdo a lineamientos que establecen, quienes son las personas autorizadas para tomar las determinaciones obligatorias para todos, quienes integran el grupo y a través de que procedimientos.²⁵

Ferrajoli, propone en el modelo de Estado Constitucional de Derecho o Modelo Garantista, una nueva forma de legalidad democrática del Poder Judicial, diferente al que existía en el modelo de la ilustración, para explicarlo se basa en el análisis de las siguientes causas:

a) Cambio de la concepción de la democracia.

En los siglos XVIII y XIX y gran parte del XX, la definición de democracia más admitida era la democracia procedimental que la concibe como el conjunto de reglas que permiten el mayor número de personas de un país participar en la toma de decisiones colectivas vinculantes. Reglas que establecen quien y como se deben de tomar las decisiones colectivas, las decisiones que afectan a toda una comunidad.

b) Cambio de paradigma de Estado de Derecho.²⁶

Estas reglas son las siguientes:

1. El sufragio universal: “todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, de religión, de condición económica, de sexo, etc., deben de gozar de los derechos políticos, o sea,

²⁵ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p.24.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal*, 6ª, Trotta, España, 2004, p.23.

del derecho a expresar con el voto, su propia opinión y/o de elegir a quien la exprese por él”.

2. La igualdad: El voto de todos los ciudadanos deben tener el mismo peso.
3. La libertad: Todos los ciudadanos que gozan de los derechos políticos deben ser libres de voto según su propia opinión.
4. Las del pluralismo: Deben ser libres también en el sentido de puestos en condiciones de alternativas reales, o sea, sobre diversas soluciones.
5. La del consenso de la mayoría: Tanto para las deliberaciones colectivas como para las elecciones de los representantes, vale el principio de la mayoría numérica, si bien puede establecerse diversas formas de mayoría.
6. La del disenso: Ninguna decisión tomada por la mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el Derecho a convertirse en paridad de condiciones, en mayoría.²⁷

Lo anterior refiere a reglas estrictamente formales, no hacen referencia directa a los valores que persigue la democracia. Son útiles para determinar quién decide y cómo, en los regímenes democráticos, pero no indican qué es lo que debe o no decirse, ni señalan cuál debe ser el contenido material de las decisiones que se tomen. De tal manera que para saber lo procedente debemos remitirnos a los valores democráticos, por lo que es necesario recurrir a una definición material o de contenido de la democracia.

Bobbio, manifiesta que quizás esta tendencia sea por la controversia entre la vía pacífica para el cambio social y la vía violenta, sin olvidar que la democracia de los modernos, fue herencia directa del liberalismo, que introdujo a la misma las libertades fundamentales del individuo como limitantes al poder del Estado.

Sin embargo, en la postrimería del siglo XIX e inicios del siglo XX, ya podemos encontrar el predominio y más tarde aceptación por parte de la teoría democrática de los Derechos Sociales, legados, para algunos, no del liberalismo, sino del socialismo.

²⁷ BOBBIO, Norberto, Op.cit., s. p. 2

El cambio de la concepción democrática a la que se refiere Ferrajoli, es entonces una definición sustancial de la misma, en la que a las libertades o Derechos fundamentales se incorporan posteriormente los Derechos sociales. La Democracia, ya no es solo el conjunto de reglas que determinan quién y dónde se decide, sino qué es, así mismo las reglas que definen qué es lo que se puede decir y que decisiones no pueden tomarse. Con la manifestación de los Derechos sociales y de la democracia material se realiza un trascendental cambio en el concepto de democracia que impacta a la idea de Estado de Derecho.

El paradigma clásico, del Estado de Derecho durante la ilustración era la forma de gobierno donde el poder, señala Bobbio, se ejerce **SUB LEGE y PER LEGE, que significa que, todo poder se encuentra sometido a la Ley; y que el poder se ejerce a través de Leyes generales y abstractas.** Los poderes públicos subordinados a la Ley elaborada por la mayoría, como una expresión general de la voluntad, es donde nace el principio de legalidad. La Ley condiciona la actuación de los gobernantes y éstos se encuentran subordinados a ella y bajo su imperio.

Ferrajoli, aclara que los actuales sistemas jurídicos se han transformado, y se han transitado del Estado de Derecho clásico al denominado “Estado Constitucional de Derecho”, o modelo garantista creado por los hombres, que tiene como finalidad la protección de los Derechos fundamentales de los individuos.

El modelo garantista no solo se encuentra regulado por normas positivas, como lo es la Constitución, procedimiento otra vez del cual se crean las normas del sistema; sino que también existen normas positivas que regulan el contenido material de las normas por crear.

Esto transforma la estructura misma de la legalidad y la regulación jurídica del mismo Derecho Positivo, no solo por lo que se hace a las formas de producción, sino en cuanto a los contenidos producidos. La Ley ya no es únicamente la que condiciona a los que se encuentran sometidos a ella, sino que ella misma se

encuentra condicionada no solo por vínculos formales, sino por vínculos sustanciales, contemplados en la Constitución.

Así, en un sistema garantista democrático no solo se encuentran establecidas las reglas de las democracias formal junto con los Derechos fundamentales, individuales y sociales, sino también las normas que establecen la forma de producción normativa y el cambio en el que se puede decidir con relación a los contenidos posibles de las normas a crear, mismo que es definido por los Derechos de libertad y los Derechos sociales, derechos que son protegidos por el Poder Judicial a través del Sistema de Garantías.

Y es de este análisis de donde Ferrajoli, concluye que la legitimidad democrática del Juez no es solo de tipo formal, sustentada a la democracia política, al estar vinculado por Leyes formalmente validas, sino que es principalmente de tipo sustancias o material. La labor de Juez deja de ser mecánica, pues al interpretar el texto legal puede escoger aquellos significados que sean compatibles con la Constitución o denunciar la Ley como contraria a la Constitución. El Juez tomó un rol de garante de los Derechos fundamentales establecidos constitucionalmente, y es ello, precisamente lo que legitima su jurisdicción y la Independencia de Poder Judicial.²⁸ Independencia por la que se debe aspirar todos los juzgadores y que solo se logrará en la medida que sus decisiones protejan Derechos fundamentales.

En un Estado de Derecho, la actividad estatal debe ceñirse a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que en ella se establezca, los que deben garantizar el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los Derechos individuales, colectivos, culturales y políticos.

²⁸ Cfr. CAJICA LOZADA, Gustavo, *Op. Cit*;

Así, como ha evolucionado la sociedad mexicana, también ha evolucionado el concepto de constitución, pues amplía el catálogo de derechos establecidos hacia una concepción de justicia material, no solo ante la Ley o libertades negativas, sino originando una Constitución que brindará las directrices para que el Estado intervenga con la finalidad de obtener una sociedad más justa. De tal manera que la relación entre el Estado de Derecho y el Constitucionalismo se ha ido desarrollando de manera asociante, para conformar una unidad teórica.

Podemos señalar que el Constitucionalismo es un Sistema Político y Jurídico que tiene entre sus finalidades fijar y ordenar Institucionalmente una sociedad, limitar el poder del Estado estableciendo al mismo tiempo las garantías esenciales para asegurar los derechos y libertades de las personas, esto a través del conjunto de Derechos fundamentales que en ella establecen, y trazar las relaciones que guardan los habitantes del Estado entre si y entre las Instituciones.

En los modernos Estados de Derecho, se erige la Constitución como Ley Suprema, constituye el marco normativo de referencia ineludible, regulador y limitador del sistema de control social llamado Sistema Penal. Es la Ley fundamental la que señala al legislador el sistema axiológico en el que deberá inspirarse al dictar la Ley Penal, delimitándole además, su ámbito de actuación. Las Constituciones modernas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, constituyen el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, el cual debe ser aplicable e interpretado de acuerdo con los preceptos constitucionales. De tal forma que la Constitución es el fundamento del Sistema Penal. Por tanto Estado Constitucional de Derecho y Sistema Penal es uno de los grandes temas científicos actuales del Derecho. Los principios Penales poseen en los Estados Democráticos la cualidad de principios constitucionales.

De tal forma, que la Constitución, como Ley suprema constituye un paradigma de la función del Derecho como proyecto de convivencia, capaz de organizar y planificar el futuro, orientando la conducta humana hacia el respeto de la Ley.²⁹

Una dimensión sustancial del Estado de Derecho se traduce en la propia Democracia. De tal forma, los Derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, y es precisamente la igualdad de Derechos, la que permite precisar dos características estructurales y la diferencian de todos los demás Derechos, por ejemplo, el de propiedad: señalando su universalidad, lo que significa la correspondencia a todos y en la misma medida, contrario a lo que sucede con los derechos patrimoniales, estos son exclusivos de un sujeto y de los que cada uno es titular ni con exclusión de los demás; otra característica es su naturaleza de indisponible e inalienables, tanto activa, como pasiva, lo que no permite su estancia en el mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra. De ahí, que podamos establecer la Constitucionalización rígida de esos Derechos, permitiendo colocar una dimensión sustancial no solo en el Derecho, sino también en la Democracia.³⁰

En nuestro País, a partir de la Constitución de 1917 se comienza a construir un modelo Constitucional Penal, que conforma la dimensión antropológica, social, cultural y jurídica del fenómeno Penal. Modelo que comprende los principios generales de la constitución que marca las directrices de política criminal que rigen el Sistema Penal y lo legitiman en todos sus aspectos, los Derechos fundamentales del hombre y los preceptos Constitucionales expresan los contenidos del Sistema Penal, integrados por el Derecho Penal, Procesal Penal y Penitenciario. Por esto, el Derecho Penal no puede entenderse desde fuera de la Constitución, sino como una sistematización de la Ley superior vigente, que comprende un conjunto de valores y principio generales que surgen de la propia Constitución y de los concretos preceptos de ella vinculados al Sistema Penal.

²⁹ LAZCANO, Carlos J., *et alii*, *Derecho Penal. Parte General: Libro de Estudio*, Advocatus, Argentina 2002, p.103.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *La Ley del más débil*, Trotta, España, 2009, p.37

Existen dos clases de normas sobre la producción jurídica; las formales que condicionan la vigencia; y las sustanciales que condicionan la validez, y que garantizan otras dimensiones de la democracia; la dimensión formal de la democracia política, se refiere a quién y a cómo de las decisiones, y que se encuentran garantizadas por normas formales que disciplinan las formas de las decisiones, asegurando la expresión de la voluntad de la mayoría y la dimensión material de lo que bien podría llamarse “democracia sustancial”, puesto que se refiere al que es lo que no puede decirse o debe ser decidido por cualquier mayoría y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o significado de las mismas decisiones, vinculándolas bajo pena de invalidez, al respeto de los Derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos.³¹

Efectivamente, de manera clara Ferrajoli establece dos características esenciales de los Derechos fundamentales; la universalidad; y su naturaleza de indisponibles e inalienables; este tipo de derechos pertenecen a toda la humanidad, sin que exista un titular único, como sucede con otros tipos de derechos y su imposibilidad de encontrarse en el mercado. La concepción de validez de la norma en el Estado Constitucional de Derecho y la relación entre lo que Ferrajoli denomina “Democracia Política o Formal”, y “Democracia Sustancial”, acentúa el papel de la jurisdicción y fortalece la legitimación democrática del Poder Judicial y de su Independencia; dentro del modelo garantista esto representa la tercera implicación del mismo; los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas invalidas, y por otra parte, la incorporación de los Derechos fundamentales al nivel Constitucional, lo que originan cambios en la relación entre el Juez y la Ley, y a la vez, se asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a la violación de cualquier nivel de la legalidad, por parte de los poderes públicos; ellos significa que la sujeción del Juez a la Ley no es como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la Ley cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la Ley valida, es decir, coherente con la Constitución.

³¹ Ibidem, p.52.

En el modelo constitucional garantista, la validez no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la Ley, sino una cualidad circunstancial de la misma relacionada a la coherencia de su significado con la Constitución.

Por tanto, la interpretación judicial de la ley, significa que el juez deberá realizar siempre un juicio sobre la Ley misma, acompañada su responsabilidad de elegir los únicos significados validos, o compatibles con las normas constitucionales substanciales, y con los Derechos sustanciales establecidos por las mismas.

Esta postura impone al juez, la crítica de las leyes invalidas atreves de su reinterpretación en sentido constitucional, y la obligación de la denuncia de su inconstitucionalidad, sujeción ante todo a la Constitución, lo convierte en un garante de los Derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, y es esto, el fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del Poder Judicial, del Poder Legislativo y Ejecutivo, aunque son poderes de mayoría, no hay que olvidar que los Derechos fundamentales, base de la democracia sustancial, están garantizados a todos y cada uno de manera incondicional, incluso contra la mayoría, razón por lo que su garantía exige un juez imparcial e independiente sustraído por cualquier vinculo con los poderes antes mencionados, y en condiciones de censura, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales se ejerce.

Así, Ferrajoli manifiesta que esta legitimación es independiente de la democracia política, que se encuentra ligada a la representación y no se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que la Ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los Derechos fundamentales, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces derivados de su función de garantía de los Derechos fundamentales, la que se ha denominado “democracia sustancia”.

El principio de igualdad y de legalidad se relacionan para integrar el segundo fundamento político de la independencia del juez: su función de averiguación de la verdad procesal según las garantías del justo proceso. En esto tampoco influye el

principio de mayoría, pues está en contradicción con el fundamento específico de la legitimación del Poder Judicial, dado que la mayoría no puede ser verdadero lo que es falso, ni falso lo que es verdadero, ningún consenso ni el de la mayoría, ni el del imputado puede valer como criterio de formación de la prueba, en el proceso penal no valen otros criterios que los ofrecidos por la lógica de la inducción como son: la pluralidad o no de las pruebas o confirmaciones, la ausencia o presencia de contrapruebas y la contradicción o no de la hipótesis alternativas a la de la acusación.³²

La especificidad de la jurisdicción de las democracias constitucionales tiene que ver con la propia estructura del modelo. El cambio de prototipo jurídico que tuvo lugar en Países Europeos después de la Segunda Guerra Mundial, lo explica Ferrajoli, con la aprobación de las Constituciones rígidas que contienen un gran catálogo de Derechos fundamentales y se encuentran protegidas mediante mecanismos de control de constitucionalidad, jueces o cortes constitucionales; a partir de ahí se desencadenó una oleada de “Constitucionalismo Democrático”, que aún sigue en proceso de expansión geográfica y de modelo de “Constitucionalismo Fuerte”, que han sido acompañados de Instituciones y reglas del juego propias de la Democracia Política.

Para el Poder Judicial, este cambio de arquetipo supuso importantes transformaciones; los jueces dejaron de ser, como había imaginado Montesquieu, la boca por la que “hablaba” la legislación, para convertirse en custodios de los contenidos constitucionales. Dejaron de desempeñar el papel discreto y secundario que les había delegado el padre de la Teoría de la División de Poderes, los jueces empezaron a ocupar un lugar principal para la salvaguarda y garantía del diseño Institucional en su conjunto. Tendrían a su cargo al menos tres nuevas funciones de gran relevancia que son: dirimir las controversias entre los diferentes poderes del Estado (Federales y en su caso Locales y Municipales); interpretar y proteger en última instancia los Derechos fundamentales de las

³² Ibidem, p.p. 26-27.

personas (los llamados Derechos Civiles y algunos Derechos Sociales); y garantizar la permanencia en el tiempo de las Instituciones Democráticas (los Derechos políticos pero también los mecanismos e instrumentos que dan forma y sentido a la transformación política). Esta transformación constituye uno de los ejes centrales del modelo Democrático Constitucional, donde los jueces se convierten en garante de los Derechos y de la Democracia.³³

En los Sistemas Constitucionales modernos, se prohíbe la justicia por propia mano; (artículo 17 Constitucional), así surge la necesidad de la jurisdicción, es decir, de un tercero imparcial que renueva el obstáculo para la satisfacción del interés jurídicamente tutelado; el juez debe determinar cuál es el interés que tutela el Derecho, esto satisface uno de los intereses jurídicos fundamentales del Estado, la certeza jurídica, de la que deriva la seguridad pública. Se puede afirmar, que la función del Juez, es generar certeza en las relaciones sociales. La fundamentación y motivación que la Ley exige en las sentencias, son las garantías que se dictaron de manera objetiva, atendiendo a las razones que se expresan y con fundamento en los preceptos que ahí se citan.

En efecto, es el Juez el que se ocupa de volver a imponer las líneas que el legislador a trazado antes; cuando ha surgido duda acerca de cómo operan, o cuando las mismas se han frustrado, pero ya en función de un caso concreto es ahí donde se encuentra la respuesta de la función del juez en la Constitución y consolidación de la democracia.

En este contexto los Tribunales tienen por vocación contener el ejercicio del poder dentro de los causes y limites que el propio legislados a puesto y es un rol que no gusta muchos o incluso genera molestia a otros.³⁴

³³ SALAZAR, Pablo A; *Bien Jurídico, Derecho Penal y Política Criminal*, XV, Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Sede Córdoba Argentina 2003, p.124.

³⁴ GUDIÑO, Pelayo, José de Jesús, "El Papel de los Jueces en la Construcción de la Democracia", Iuri Polis, Año 4, Volumen 1, 2006, p.p. 21-22.

Gustavo Zagrebelsky, considera a los jueces como los actuales “señores de Derecho”, pues en ellos se dan cita todas las dimensiones del Derecho, La Ley y La Justicia.

La función jurisdiccional, constituye uno de los mecanismos mediante el cual se proyecta el ejercicio del poder político, dentro de un Estado, cualquiera que este sea, es por ello que los Juzgadores deben legitimar su cargo con el actuar.

El poder; señala Zaffaroni, no es algo que se tiene, sino algo que se ejerce y tiene dos manifestaciones; la discursiva o de legitimación y la directa. Los juristas, penalistas ejercen tradicionalmente, desde las agencias de reproducción ideológica, el poder discursivo de legitimación del ámbito punitivo, pero muy escaso poder directo que esta a cargo de otras agencias. El poder directo de los juristas dentro del Sistema Penal se limita a los pocos casos que selecciona las agencias ejecutivas, iniciando el proceso de criminalización secundario, y se restringe a las decisiones de interrumpir o habilitar la continuación de ese ejercicio.

Para cumplir la función de ejercicio directo de poder se desarrollo una teoría jurídica, Derecho Penal, que consiste en un discurso que está destinado a orientar las decisiones jurídicas que forman parte del proceso de criminalización secundaria, dentro del cual constituye un poder limitado, en comparación con las restantes agencias del Sistema Penal, este poder no puede proyectarse sin tomar en cuenta sus límites y posibilidades. El saber penal se elabora con un método dogmatico; se construye racionalmente partiendo del material legal para proporcionar a los jueces criterios no contradictorios y previsibles de decisión de los casos concretos, de tal manera, que al debe ser, se incorporan ciertos datos indispensables para su objetivo. Un saber penal que pretende programar el poder de los jueces, sin agregar los datos que le permitan disponer de un conocimiento

cierto a cerca de ese poder ni de una meta u objetivo político del mismo, tiende a derivar en un ente sin sentido.³⁵

Si bien en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se establecían preceptos de trascendencia penal, estos no tenían carácter positivamente vinculante. De tal manera, la ley no puede prohibir más que las acciones que perjudican a la sociedad ni establecer más penas que las estrictamente necesarias; nadie puede ser castigado, sino por una ley promulgada con anterioridad a la comisión del delito y legalmente aplicado; la ley debe ser la misma para todos, ya sea que proteja, castigue o prevenga.

Prácticamente todas las Leyes Penales son objeto de un control de Constitucionalidad, el Código Penal describe los delitos y determina las consecuencias jurídicas de su comisión; El Código de Procedimientos Penales, establece su aplicación por los Tribunales, la Ley Penitenciaria regula la ejecución de las penas y la Constitución establece el fundamento de todo el Sistema Penal y su complemento.

Los grandes principios penales tienen en los Estados Democráticos Europeos la calidad de principios constitucionales. De los resabios del totalitarismo, opresor de los Derechos y libertades básicas de los ciudadanos, surgió su reconocimiento en el más alto rango legal, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, era preciso subrayar que el individuo no es servidor del Estado, no es un instrumento para sus fines, por el contrario el Estado justifica su existencia en la medida que está al servicio de la sociedad, del hombre. Era necesario poner límites a su actuar, pero no solo en su expresión como el Poder Ejecutivo, sino también como Poder Legislativo, previendo un Sistema de Control de Constitucionalidad de las Leyes.

³⁵ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro, *et alii*, *Derecho Penal. Parte General*, Porrúa, México, 2001.

También es necesario enunciar la trascendencia de la función del Juez, algunos Países lo verificaron por la vía de la instauración de Consejos Superiores de la Magistratura, e incluso dando la consideración del Poder del Estado al Judicial.³⁶

1.3. EL DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

El Derecho Penal y el Derecho Constitucional se vinculan de modo formal a través de la supremacía constitucional, dado que esta es el precepto político del Estado, por tanto, el Derecho Penal debe someterse a su marco, como corresponde a un Estado Constitucional de Derecho; tal como lo señala Zaffaroni, la Constitución es una Ley muy rígida, tutelada de las decisiones de las mayorías circunstanciales de la legislaturas ordinarias productoras de las Leyes Penales comunes, por lo cual, estas deben de estar siempre sometidas; el interprete de las Leyes Penales debe comprenderlas en el contexto constitucional, o sea, que “el saber del Derecho Penal debe estar sujeto siempre a lo que informe el saber del Derecho Constitucional”. En conclusión, el Derecho Penal Constitucional procedió al Derecho Penal.³⁷

Al resultar la Constitución la cúspide en la pirámide normativa del Derecho, los límites reconocen su primacía normativa, a efecto de resolver la procedencia de la aplicación de la norma conforme a los principios fundamentales. La actividad legisladora del Estado, concretamente en el orden penal, no puede ser una actividad ilimitada o discrecional, por muy esencial que sea su pretensión punitiva.

En un Sistema de Estado Social y Democrático de Derecho, no se puede considerar legítima ninguna acción ilimitada del Estado. La actividad legisladora del Estado esta forzosamente sujeta a límites, centrados básicamente en la idea

³⁶ BARBERO SANTOS, Marino, “La Ciencia Penal en el Umbral del Siglo XXI”, *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Tribunal Superior de Justicia y la Academia Mexicana de Ciencias Penales, *Ius Poenale*, México, 2-6 de Agosto, 1999.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et alii*, *Op. Cit.*, p. 182.

de división de poderes, que es inherente a la constitucionalidad jurídica. Señala, Moisés Moreno, que la Constitución Política es la Ley fundamental del Estado Mexicano, implanta un Estado Democrático y de Derecho, y establece las bases de su estructura orgánica y funcional, es en ella la que se instaura y propicia el Federalismo Mexicano. México es la suma armónica de sus Estados libres y soberanos, con características propias, pero con intereses comunes, el pacto Federal, es así, un factor de cohesión y de armónica convivencia entre los Mexicanos.

Moreno continúa diciendo que, el Estado Mexicano según la Constitución es un Estado “democrático”, pues en él, “todo Poder público dimana del pueblo y se instituye para el beneficio de éste”, a través de los órganos que constituyen al Estado, bajo el principio fundamental de la división de poderes.

Por lo que el Estado, es creado por la propia sociedad, y es ella quien le señala las funciones que debe realizar, las cuales, serán para su beneficio. Dentro de las que podemos mencionar, la seguridad social, la seguridad jurídica, la justicia la educación, el respeto de la dignidad humana y de las libertades individuales, etc., el Derecho es la principal herramienta con que cuenta el Estado para el cumplimiento de sus funciones.

1.3.1. LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE DE LA DOGMÁTICA PANAL.

La dogmática jurídica penal, es la disciplina que tiene por objeto la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal.

La dogmática de la Teoría General del Delito, es la parte esencial de todas las exposiciones de la parte general, se compone especialmente de las reglas de validez y de imputación.³⁸

Siguiendo a Habermas, quien establece que “sin legitimidad ninguna lealtad de las masas”, es decir, el Derecho tiene que recuperarla como elemento de organización de la comunidad, que no basta para alcanzarla, con la legitimidad legalizada, sino que es necesario considerar al Derecho en su dimensión de realidad y no de abstracción. Por ello, los jueces valoran las decisiones democráticas a través de la Constitución, para lograr en la práctica, que sea jurídicamente la Ley Suprema del País, procurando un objetivo político bien determinado, asegurar por vía de la Constitución los principios, valores, pautas, etc., que se traducen en materia penal, entre otras aplicaciones en la política criminal, “como en sus principios rectores” y transmiten al mismo tiempo las normas instrumentales por cuyo medio se concreta el injusto típico.³⁹

Los Sistemas Penales más represivos corresponden casi siempre a sistemas políticos autoritarios o totalitarios que han utilizado el concepto de peligrosidad y del Derecho Penal de autor como instrumento de control para sus propios intereses, pues resulta muy “eficaz” para someter personas y grupos divergentes.

En oposición a ellos los sistemas políticos pluralistas o democráticos suelen estimular un Derecho Penal de culpabilidad radicando en el reproche del acto o del hecho.

En los últimos años, las tendencias político-criminales y dogmáticas que se han presentado en nuestro País, se encuentran motivadas por los movimientos internacionales de reforma, iniciados en los años cincuenta del siglo XX, en Europa Occidental, que tienen como fundamento la humanización de la justicia; siendo así que después de los episodios vividos durante la segunda guerra

³⁸ ROXÍN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Trad. Thomson, Civitas, España, 2006, p. 192.

³⁹ RIVERA LLANO, Abelardo, *Derecho Penal Postmoderno*, Temis, Colombia, 2005, p.p. 184-185.

mundial, es continuó una búsqueda acerca de que las legislaciones penales sean acordes a las exigencias de sistemas penales propios de Estado Democráticos de Derecho, es decir, sistemas penales que se basen en el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos y acojan los criterios o principios que delimiten con precisión la potestad punitiva del Estado, de tal forma que garanticen dichos derechos.

Lo anterior, empezó a manifestarse en México en los años setentas del siglo pasado, principalmente en el sector penitenciario, y en la legislación penal sustantiva, en el momento en que ésta es objeto de revisión desde la perspectiva de la Constitución, e instrumentos internacionales suscritos por México; se pueden mencionar el anteproyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz de 1979 y el Código de Procedimientos Penales del mismo Estado, que se aprobó un año después; el anteproyecto del Código Penal para del Distrito Federal, en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero Federal de 1983; del que se derivaron las reformas al Código Penal Federal de 1984, criterios político-criminales que después fueron acogidos en diversos Códigos Penales de los Estados de la República, y posteriormente constituyeron la base de las reformas de 1994 a la Legislación Sustantiva y Procesal tanto Federal como Distrital.⁴⁰

En consecuencia, son de relevancia temas como la supremacía de la Constitución y la mutación del principio de seguridad jurídica; entendida como seguridad existencial, conectada con criterios materiales de regulación y de justicia, que se complementan con la crisis de la lógica tradicional para enfrentar las transformaciones y consecuencias del cambio social en el Estado: han puesto al descubierto la necesidad de que las exigencias dogmáticas propiamente dichas, pasen a ocupar un segundo plano.

Hoy se habla de una dogmática abierta, creadora o con sentido teleológico, ello expresa la apertura del saber Penal a los fines, bienes y valores que están

⁴⁰ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Op. Cit.*, p. 107-109.

íntimamente vinculados con la noción de un saber práctico, no logicista, abstracto o meramente conceptual. Con ello, ha quedado en evidencia que no se puede hacer ciencia penal y mucho menos aplicación normativa en el ámbito judicial, sin tener en cuenta las normas, principios, fines y valores que persigue el orden complejo de la convivencia social, dándole una cierta identidad; en este aspecto Jakob lo denomina: “configuración normativa de la sociedad”.

Esto tiene como principal efecto la necesidad de relajar el rigor literal del principio de legalidad que inevitablemente ha de quedar como marco supremo, principio que se encuentra previsto en la Constitución. La legalidad de la que se habla hoy no pretende primeramente coaccionar, sino particularmente restablecer comunicativamente la validez y vigencia del orden jurídico de la convivencia. La noción de sujeción a la ley que está en el fundamento tradicional del concepto de Estado de Derecho si bien mantiene el valor de evitar la arbitrariedad del poder, requiere además la integración de los principios jurídicos con contenido material.

De tal suerte, la ley en esta perspectiva es sólo una parte del Derecho y el legislador; como el juez o el dogmático, necesita una comprensión total del sistema u orden jurídico, no solamente de la ley formalmente apreciada; como apunta Bacigalupo, al señalar que el Estado de Derecho no está vinculado exclusivamente a los criterios de la mayoría legislativa, sino que aparece relacionada con la defensa de los Derechos fundamentales.

Entonces habrá de discutirse sobre las nuevas fuentes de legitimidad en el orden de las decisiones científicas, jurídicas y hasta políticas, en virtud principalmente, del rol asignado al control de Constitucionalidad.⁴¹

La dogmática penal, como ciencia, se hace cargo de la expresión y aplicación de la legalidad y debe atender a los postulados de la Constitución en el ejercicio del poder punitivo.

⁴¹ YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *La transformación de la legalidad Penal como desafío del nuevo siglo. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI*, Ara Editores, Perú, 2005, p. 651.

En términos generales, podemos decir que mientras el Estado de Derecho se centraba en la limitación del poder a los jueces a través de la ley, ahora se formula una concepción mucha más compleja, que corresponde a la consolidación del Estado de Derecho y donde no sólo la Ley limita al juez, sino que también el propio legislador está limitado sustancialmente por el proyecto político plasmado en las constituciones modernas, fundamentalmente en los capítulos dedicados a los “Derechos, deberes y garantías”.

Por ello, la importancia del desarrollo del principio de legalidad en Derecho Penal, es que establece que sólo pueden ser delitos los comportamientos empíricos, susceptibles de ser probados, y determinados judicialmente, en su campo de aplicación de manera exhaustiva y exclusiva.

Como señala Ferrajoli, transitar sobre una verdadera democracia es tomar en serio los Derechos fundamentales del hombre, tal como vienen proclamados en nuestras Constituciones y en las Declaraciones Internacionales, quiere decir hoy, poner fin a ese gran *apartheid* que excluye de su disfrute a las cuatro quintas partes de la población mundial, lo que a su vez, significa dos cosas, primero reconocer el carácter supra estatal de los Derechos fundamentales y, como consecuencia, prever internacionalmente garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción. En síntesis, un ordenamiento Penal internacional que castigue los crímenes contra la humanidad; una reforma de la actual jurisdicción internacional que establezca su carácter no voluntario, sino obligatorio y su competencia para decidir sobre la responsabilidad de los Estados y de sus gobernantes por las violaciones de los Derechos fundamentales de sus ciudadanos; el desarme progresivo de los Estados miembros de la ONU, acompañado de la atribución del monopolio de la fuerza legal a organismos internacionales democráticamente representativo. Tomar en serio los Derechos fundamentales, y conciencia de que la ciudadanía de los países ricos representa el último privilegio de *status*, el residuo pre-moderno de las diferenciaciones personales y el factor de exclusión y de discriminación y no, como aconteció en el

origen de los Estados modernos, de inclusión e igualación, la última contradicción pendiente con la proclamada universalidad de los Derechos fundamentales.

Es indubitable que la universalización efectiva de aquellos derechos, empezando por los de libertad de residencia y de circulación, traerían grandes problemas para los Países, hoy acosados por la presión de la inmigración del resto del mundo. A este respecto es pertinente recordar que en España, a raíz del descubrimiento de América, Francisco de Vitoria, en sus *Relecciones Indis recentes inventis*, realizado en la Universidad de Salamanca en 1539 enunció la primera doctrina orgánica de los Derechos Naturales, al declarar como Derechos Universales de todos los hombres y de todos los pueblos, entre otros, el *ius communications*, el *ius migrandi*, el *ius perigrinandi*, *in allas provincias e allic de gendi*. Así, cuando eran concretamente desiguales y decimétricos, la aprobación de aquellos derechos permitió a occidente legitimar jurídicamente la ocupación del nuevo mundo, y posteriormente la colonización de explotación de todo el mundo. Sin embargo, actualmente, cuando la situación ha cambiado y son los habitantes del Tercer Mundo presionados por el hambre los que intentan introducirse a los países ricos, esos derechos, antes proclamados, le son negados y transformados en derecho de ciudadanía y con una pérdida de credibilidad de todos los valores jurídicos y políticos en los que se establecen las democracias.

La superación del carácter ilimitado de la soberanía estatal, y también del límite de la ciudadanía para el disfrute de los Derechos fundamentales representa, pues, la condición para el desarrollo de un constitucionalismo mundial. La crisis que actualmente presenta el Estado, a mi criterio, puede ser contrapuesta, en este sentido, sólo reflexionando los lineamientos del Constitucionalismo, dentro y fuera de nuestros ordenamientos, así como aquellos a los que hay que confiar la rigidez normativa de los Derechos fundamentales y sus garantías. Sin que ello signifique implementar una reforma del sistema de fuentes que parezca un retroceso para implementar la jerarquía vertical basada en la preeminencia de las fuentes centrales sobre las locales y periféricas. Jerarquía que bien podría

invertirse para la protección de las autonomías en todos los planos, siempre que se mantuviera la primacía de las normas que garantizan Derechos fundamentales sobre cualquier otra fuente.

Si bien, esta tarea corresponde en primer término a la política, y a la cultura jurídica, si tomamos en serio el Derecho y los Derechos fundamentales, tenemos que admitir que también es responsabilidad de la ciencia jurídica. Sólo a través del cumplimiento de un rol semejante, la ciencia jurídica podrá afrontar con éxito el difícil reto del actuar social.

En consecuencia, la tarea de la ciencia jurídica señalada por Norberto Bobbio, puede seguir siendo aplicada, misma que consiste en la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento. A reserva de que se admita que sea unidad, esa coherencia y esa plenitud de hecho no existen, como señalan los criterios realistas del Derecho. No existe la coherencia estructuralmente excluida por la posible producción de normas vigentes pero inválidas, por encontrarse en oposición con los principios de libertad constitucionalmente establecidos. No existe la plenitud, también excluida por la posible no producción de normas o actos impuestos por los Derechos sociales, también estos, de rango constitucionales. Y no existe tampoco la unidad, porque el Sistema de fuentes se ha visto confundido por la intervención de fuentes supra o extra estatales, cuya posición en el interior del ordenamiento es siempre inconstante e hipotética.

Una ciencia jurídica así entendida, limita y enlaza con la política del Derecho, incluso con la lucha por el Derecho y por los Derechos tomados en serio.⁴²

Así Zaffaroni, manifiesta que el Estado no puede establecer una moral, por el contrario debe garantizar un ámbito de libertad moral, y en consecuencia las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. De tal forma que el Estado paternalista es inmoral porque pretende imponer precisamente una moral, mientras que el Estado ético es el que debe reconocer

⁴² FERRAJOLI, Luigi, *La Ley del ...*, Op. Cit., p.p. 33-34.

un ámbito de libertad moral; lo que lo lleva afirmar que el Derecho es moral, precisamente porque es la posibilidad de lo inmoral vinculada íntimamente a la distinción entre conciencia jurídica y conciencia moral. En efecto, las penas no pueden sancionar conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que vulneran el ejercicio de ésta. Ante ello, no puede haber delito que no reconozca como sustento real un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos.

En conclusión, podemos afirmar que el Derecho debe estar al servicio de los ciudadanos y no cualquier símbolo que la trascienda.

1.3.2. CENTRALIDAD DEL PROCESO PENAL COMO GARANTÍA DE DERECHOS

A diferencia del acto de tomarse justicia por propia mano, el proceso penal tiene como fin, la doble función preventiva del Derecho Penal: el castigo de los culpables y al mismo tiempo, la tutela de los inocentes, y es precisamente esta segunda finalidad, lo que es el punto toral de todas las garantías procesales que rigen al proceso y condicionan, de diversa manera, las instancias represivas creadas para el castigo de los culpables, estas instancias se complementan pero a la vez, con contrastantes en la prácticas.

El Sistema Penal Inquisitivo, pone énfasis en la primera de estas finalidades, mientras que el acusatorio lo hace en la segunda, desde luego, ninguno de ellos deja de atender una por la otra. El proceso inquisitivo encomienda no sólo la verdad, sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga; mientras que el otro ve a la verdad como el resultado de una controversia entre partes confrontadas, en cuanto portadoras del interés del castigo del culpable y de la tutela del acusado presunto responsable hasta que no se pruebe lo contrario.

Es innegable que los procesos penales instaurados a los ciudadanos que violan las Leyes Penales, resultan una medida aflictiva, en particular por el abuso que se ha dado a la prisión preventiva; señala Ferrajoli, que el proceso como en la pena se justifica precisamente la técnica de minimización de la razón social frente al delito y la violencia, pero también, del arbitrio que de otro se produciría con formas aún más salvajes y desenfrenadas.⁴³

Las garantías procesales que impactan la averiguación de la verdad procesal en el proceso cognitivo, aseguran la obtención de una verdad mínima en orden a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada por el carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, por gravámenes de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el Derecho de defensa, mediante la refutación de la acusación. Por el contrario, el proceso inquisitivo se dirige en todo caso a la búsqueda de la verdad sustancial, se configura como una verdad máxima, estrechada sin ningún límite normativo, en cuanto a los medios de adquisición de las pruebas y al mismo tiempo no vinculada, sino discrecional, aunque sólo fuera porque la indeterminación y el carácter valorativo de la acusación reclaman, más que pruebas, juicios de valores, no refutables por la defensa.

En este modelo, el fin es la obtención de la verdad, sea cual fuere justifica los medios, es decir, cualquier procedimiento. En tanto, en el proceso cognoscitivo, es el fin el que está legitimado por los medios, de ahí que se entienda que las garantías procesales se conforman no sólo como garantías de libertad, sino también de verdad, pero al mismo tiempo más controladas razonablemente vislumbrada por el Juez.

El modelo de proceso penal que se establece en la Constitución otorga un fundamento y una justificación específica a la legitimidad del Poder Judicial y a la vez, a la validez de sus determinaciones, que no radica ni en el valor político del

⁴³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, Op. Cit., p. 604.

órgano judicial, ni en el valor intrínseco de sus decisiones, sino en la verdad relativa de los conocimientos, para cuya adquisición resulta idóneo y se asume como base de sus pronunciamiento.

En el modelo acusatorio, los actos jurisdiccionales constan de proposiciones asertivas, susceptibles de verificación y refutación y de proposiciones prescriptivas “justificadas”, “legitimadas” o “motivadas”, por las primeras, lo que requiere procedimientos de control mediante pruebas y refutaciones, es solo, un proceso de partes, del conflicto institucional, entre acusación y defensa que puede garantizarlo.

En un Sistema Penal garantista el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no influye en nada en la legitimidad de la jurisdicción, pues ni la voluntad o interés general ni ningún otro principio de autoridad, puede ser verdadero lo falso ni viceversa.

Todo Derecho procesal penal legalmente instituido enfrenta la necesidad de armonizar el interés en la búsqueda de la verdad y el interés del procesado en la salvaguarda de sus Derechos individuales y enfrenta una constante lucha entre estas dos situaciones confrontadas; generalmente las tendencias jurisprudenciales se inclinan a la protección del procesado.

Las formalidades esenciales que debe satisfacer el procedimiento penal se encuentran previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, expresada en los principios de presunción de inocencia, la separación de acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa. Las garantías penales subordinan la pena a los supuestos sustanciales del delito, lesión, acción y culpabilidad, serán efectivas siempre que sean objeto de un juicio en el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control. Por ello, las garantías procesales se denominan también “instrumentales”, en contraposición a las garantías y a las normas Penales denominadas “sustanciales”.

Las garantías penales avalan juicios no arbitrarios, si se infringen tanto el juicio como la sanción que se imponga, resultarían contrarios los lineamientos establecidos para su implementación al igual que si faltaran las garantías individuales. Por tanto las garantías penales como las procesales tienen valor no en sí mismas, sino también unas y otras recíprocas de su efectividad, por ello, toda la legitimación interna de los presupuestos de la pena, conlleva a un correlativo modelo de la misma, de sus modos de determinación en el proceso Penal.⁴⁴

La fuerza fundamental de las leyes no proviene de su sistematicidad, generalidad o flexibilidad, sino del consenso que sea capaz de generar entre los ciudadanos sujetos a su dominio. En una sociedad democrática, los ciudadanos cumplen la doble función de producir y conservar las leyes. Como depositario de la soberanía, los hombres crean, reforman y derogan Leyes, según los procedimientos que su historia política ha generado; como gobernados, los ciudadanos sostienen la ley con su acatamiento constante con su valoración positiva, con su aceptación como un valor fundamental.

Kant distinguía entre Leyes y legalidad, señalaba que las leyes son normas de justicia universal sostenidas por un poder coercitivo legítimo; mientras que la legalidad es más bien una conducta, un comportamiento de respeto y obediencia a las Leyes. Observando así, la fuerza de las primeras depende en última instancia, de la constancia de la segunda. Y podemos concluir con que las Leyes sin legalidad son un artificio, un instrumento inútil cuya supervivencia es imposible.⁴⁵

Así pues, en la Constitución de un Estado Democrático de Derecho, es donde se encuentran los principios de Derecho Público y aparecen consignadas todas las garantías, cuya tutela debe de proveer el Derecho Penal.

⁴⁴ Ibidem, p.537.

⁴⁵ RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, Op. Cit., p.21.

Los Derechos fundamentales del hombre constituyen valores ético – culturales, admitidos Internacionalmente sobre todo a lo que se refiere al Sistema de Justicia Penal, como derechos reconocidos a cualquier persona que por alguna razón justa o injustamente, entra en contacto con el sistema de justicia, cuando se ven involucrados en un hecho de carácter delictivo.

Entre los que podemos citar: el Derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; el de no ser detenido o encarcelado arbitrariamente; el de igualdad ante la Ley y ante los Tribunales de Justicia; el de presumir su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Ley, el derecho de defensa, etc.

Los compromisos Internacionales que deben cumplir los Estados firmantes de los pactos y Convenciones Internacionales, adquiriendo la obligación de las disposiciones de esos instrumentos, deberán contemplarse en lo pertinente en las disposiciones internas de su administración de Justicia Penal, debiéndose reflejar tales normas en las leyes sustantivas, en materia penal, como en los aspectos procedimentales que regulan la aplicación del Derecho Penal. Ante el riesgo de que los límites Constitucionales pierdan su utilidad como garantías para el individuo, es necesario valorar los Sistemas Penales desde el ángulo de los Derechos Humanos.⁴⁶

El Derecho de imponer penas está reservado al Estado y este prohíbe, por principio, las venganzas privadas y los duelos, conocidos y usuales en la Edad Media; por el contenido, el Estado tiene la obligación de velar por la protección de su ciudadanos y de crear disposiciones que permitan una persecución y juzgamiento Estatal del Juzgador, de tal manera que la paz social sea renovada a través, de la conclusión definitiva del procedimiento.

De este desarrollo surgen el Derecho Penal y Procesal Penal Moderno, que tuvo consecuencias muy benéficas para la libertad y seguridad del individuo, pero por

⁴⁶ MORENO HERNÁNDEZ Moisés, Op. Cit; p.145

otra parte, no se debe ignorar, que el aumento de poder que el Estado recibió a través de la trasmisión de la violencia penal, puede significar también un gran peligro para aquel que, siendo quizás inocente a caído en sospecha. Por ello, con la aparición de un Derecho de persecución penal, surgió también a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal. El alcance de estos límites, es una cuestión de la respectiva Constitución del Estado.

Los límites a la facultad de intervención del Estado, deben proteger al inocente frente a persecuciones injustas y afectaciones excesivas de la libertad, y al mismo tiempo, deben asegurar al culpable las salvaguarda de todos sus derechos de defensa; el principio de formalidad del procedimiento en la sentencia, puede establecer la culpabilidad del acusado, pero el juicio solo será adecuado al ordenamiento procesal, principio de formalidad, cuando ninguna garantía formal del procedimiento haya sido lesionada en perjuicio del imputado.⁴⁷

En un Estado respetuoso de Derechos Humanos se debe proteger la libertad física de todos los individuos y restringirla únicamente en los casos previamente establecidos en la Ley, mediante las formalidades y requisitos que en ellas establecen. De ello se desprende que la libertad es uno de los bienes de mayor jerarquía axiológica, solo superada por la vida, el eje sobre el cual gira la totalidad del proceso penal, por ello, este debe garantizar los Derechos de las personas que son sujetas al mismo.

En nuestro País, las garantías procesales, se encuentran previstas en los artículos 14, 16, 19, y 20 Constitucional, estos delimitan el abuso del poder estatal al momento de someter a un proceso penal, aquel ciudadano que haya trasgredido la norma Penal, en el artículo 14 y 16 Constitucional se contempla el principio de legitimidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*), esto significa que las atribuciones de los Órganos del Estado solo tienen validez si se encuentran previstos en la ley, se dice que nuestro Estado de Derecho es legalista pues los

⁴⁷ ROXIN, Claus, *La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Procedimiento Penal*, Tirant Lo Blanch; Alternativa, España, 2000, p.2.

preceptos constitucionales ordenan que para que se afecte la esfera jurídica de los gobernados, debe existir previamente la Ley y estar vigente para poder encuadrar materialmente el contenido de las normas jurídicas, deriva del principio de legalidad, la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha efectuado a dichos artículos, señalando que “las autoridades solo pueden hacer lo que la Ley les permite”.

Es importante señalar que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece “no podrá liberarse orden de aprensión, sino por la autoridad judicial...”, esto significa que únicamente los jueces tienen la facultad de dictar órdenes cuyo efecto son privar de la libertad a una persona, ninguna otra autoridad puede realizarlo, el juez no podrá dictar arbitrariamente una orden de aprensión, se requiere satisfacer los requisitos señalados en dicho artículo. Esto es, que proceda la denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, se encuentre sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y existe la probabilidad que el indicado lo cometió o participó en su comisión. En este artículo, también se prevén las formas como puede detenerse al indicado, así como, la obligación de ponerlo sin demora a disposición de la autoridad más cercana, y la obligación de esta, para que con la misma prontitud lo ponga a disposición del Ministerio Público. También se prevé cuando es posible que el Ministerio Público pueda detener a un indiciado por caso urgente. Se pronostican también, medidas cautelares que constituyen actos de autoridad que protegen o reconstituyen los derechos de las víctimas, a salvaguardar el interés social y garantizar la continuación de los procedimientos si necesidad de concluir todo el proceso penal para llevar una restitución a la sociedad.⁴⁸

De esta manera consagra garantías individuales que brindan a los ciudadanos certeza jurídica. Esta resulta un extensión del principio de legalidad, porque complementa la garantía individual en ese sentido, pero en sí mismo no contiene

⁴⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional*, México, Porrúa, 2008, p. 436.

el principio de legalidad, mismo que como ya señalamos se encuentra consagrado en el Artículo 14 Constitucional. Este principio exige dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la conducta, y el carácter empírico o factico de la hipótesis, de desviación legalmente definidas.⁴⁹

La primera condición corresponde a la formalmente indicada por la Ley como presupuesto necesario de la aplicación de una pena (*nulla poena et nullum crimen sine lege*), la segunda condición, la desviación se debe producir no en relación a figuras subjetivas de estatus o de autor, sino solo a figuras de comportamiento empíricas u objetivas, (*nulla poena sine crimene et sine culpa*), la primera circunstancia corresponde al principio de reserva de ley en el ámbito penal y del derivado principio de reserva de ley, lo que significa que el juez no puede calificar como delito cualquier fenómeno que considere merecer una sanción, sino solo aquellos que se encuentren designados por la ley como delitos; y en el caso de la segunda circunstancia corresponde al carácter absoluto de la reserva de la ley Penal, a través del cual el sometimiento del Juez lo es solamente a la Ley, esto recibe el nombre de “principio de legalidad”, se encuentra dirigido a los jueces, pues solo ellos los que determinan la aplicación de las leyes; por otra parte, encontramos también el “principio de estricta legalidad” para referirse a la reserva absoluta de ley, es una norma dirigida al legislador quien establece los límites y las precisiones reales de las formulaciones legales.

Ferrajoli considera que el “principio de estricta legalidad” comprende todas las demás garantías, como las condiciones de verificabilidad y de verificación, y forma también el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del Sistema Penal.⁵⁰

En el propio artículo 16 se establece también entre otros aspectos, el tiempo que una persona puede estar detenida durante la Averiguación Previa y la ratificación de su legalidad por el juez en su caso de delitos graves.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, Op. Cit., p. 34.

⁵⁰ Idem.

El artículo 16 Constitucional, se establecen garantías procesales y disposiciones respecto a la prisión preventiva, por lo que la autoridad judicial no podrá mantener en prisión preventiva a persona alguna por el tiempo previsto en dicho artículo, sin que se justifique con un auto, ahora denominado auto de vinculación a proceso, esto significa una limitante para el Juez a cuya disposición se encuentre algún indiciado, también se establece una garantía de seguridad jurídica al señalar que el proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hecho delictivo señalado en el auto de vinculación a proceso.

Ferrajoli, en su obra *Derecho y Razón*, califica al poder del Juez como comprobación probatoria o de verificación fáctica, calificándola así, como una situación de técnica judicial, pues no depende de la semántica legal sino del lenguaje jurisdiccional. Se trata en realidad de una serie de reglas que exigen, como condición de la estricta jurisdiccionalidad, esto es, de la verificabilidad y de la refutabilidad de las tesis, que en el proceso se expongan los hechos y las pruebas, que tanto aquellos como estas, sean exactamente individualizados mediante destrucciones precisas y sin palabras vagas o valorativas.

El artículo 20 Constitucional, establece que el proceso penal será acusatorio y oral, señalando los principios que lo regirán; el objeto del mismo contiene el principio de inmediación el cual manifiesta que la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, también contiene lineamientos sobre “la prueba ilícita” y establece los Derechos de toda persona imputable, así como de la víctima u ofendido. En este artículo se establece la garantía de defensa, el inculpado puede refutar todo tipo de prueba independientemente y también puede presentar en el proceso, todas aquellas pruebas que considere necesarias para su defensa.

El Artículo 21 Constitucional, tiene su origen en la Acción Penal; y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hasta Junio de 2008, le confirió a un Órgano del Estado, el Ministerio Público, la atribución para ejercitarla, de esta manera estableció la existencia del monopolio de la acción penal en este órgano,

pues solo él podía realizar la afirmación de la existencia de un delito y reclamar el castigo para el autor de la conducta.

La reforma Constitucional del 18 de Junio de 2008, terminó con este monopolio al modificar el texto del citado artículo 21 para introducir que: “La Ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción Penal ante la Autoridad Judicial”.

De esta manera serán las legislaciones secundarias las que determinarán los casos en que los particulares podrán acudir directamente ante el órgano jurisdiccional para solicitar las sanciones que corresponde para el autor de la conducta que la ley prevé como delito; estableciendo así la acción privada en nuestro país.

Se puede interpretar de la reforma al artículo 21 Constitucional, que la incorporación de la acción privada a la legislación penal permite hacer más accesible la justicia en materia penal a las víctimas, sin que ello signifique que el Ministerio Público no pueda intervenir en estos casos para salvaguardar el interés público. Desde luego que los delitos en los que aplicará la acción privada será cuando no exista un interés público, porque no lesione o ponga en peligro bienes jurídicos de alto impacto social, pues en estos casos el Ministerio Público, conservará el monopolio de la acción penal.

En los Estados en que ya se ha implementado el proceso penal acusatorio, en sus legislaciones procesales, las contemplan para los delitos contra el honor, la intimidad personal y delitos patrimoniales; lo cual me parece adecuado en virtud de que son delitos perseguibles por querrela y con lo cual se permite la participación directa en el proceso de las víctimas y ofendidos, que antes dependían de la voluntad del Ministerio Público, para llegar la acción intentada ante el Órgano Jurisdiccional.

Hasta hoy, en el proceso penal, la acción es examinada por el Juez, quien en el momento de dictar sentencia, califica la validez de la pretensión jurídica del

Ministerio Público, y valorando las pruebas aportadas aclarará si existe delito o no, y si se encuentra acreditada o no la responsabilidad penal.

1.4. FINES DEL DERECHO PENAL

Es preciso distinguir los fines de la pena del Derecho Penal; genéricamente la doctrina señala que el fin de la pena es la “prevención de acciones”, pero éste solo es a su vez, un medio para un fin consecutivo, que consiste en la protección de bienes jurídicos.⁵¹

Podemos señalar que el Derecho Penal persigue un fin genérico de protección, el problema que actualmente se presenta es lograr un consenso sobre cuál es el objetivo que ha de ser protegido; existen dos posibles respuestas: la protección de bienes jurídicos o la protección de la vigencia del ordenamiento jurídico. En Alemania, refiere Jakobs, la primera respuesta es la más aceptada, sin embargo, no la comparte, para él lo determinante es la protección de la vigencia de la norma.

En primer término abordaremos la primer hipótesis, pues la exigencia que el Derecho Penal solo puede proteger “bienes jurídicos”, ha generado una discusión en las últimas décadas. En sus orígenes, el Derecho Penal tenía como finalidad esencial la protección de bienes jurídicos, previamente establecidos, entendiendo por éstos, aquellos valores calificados por el legislador como importantes relevantes en la persona humana como la vida, la integridad corporal, el honor, etc.; de donde se desprende que la verdadera finalidad es su protección, y de esa posición se ha concluido la exigencia de un sustancial restricción de la punibilidad de un doble sentido:

⁵¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los Fines del Derecho Penal; una aproximación desde la filosofía política*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2004, s/p.

a) *LA EXCLUSIÓN DE LAS SIMPLES INMORALIDADES DEL DERECHO PENAL.*

Quedan excluidas del ámbito penal aquellas conductas que pueden ser calificadas de inmorales, que al ser realizadas por adultos y en caso de participar varios de común acuerdo y sin molestar a otros, no menoscaban ni “Derechos individuales” ni “bienes” en el sentido de Estados vulnerables protegibles y valiosos. No existe una “real causalidad lesiva” y por ello según ésta teoría solo puede calificarse como infracciones contra “conceptos generales”, contra la moral, pero no como lesiones de bienes jurídicos.

b) *LA EXCLUSIÓN DE LAS CONTRAVENCIONES DEL DERECHO PENAL.*

El segundo tema en el que podría operar el dogma del bien jurídico, se refiere a la delimitación entre hechos punibles y contravenciones. Los autores, Goldschmidt, Erick Wolf y Eberhan Schmidt, coinciden esencialmente con la idea que el Derecho Penal tiene que proteger bienes jurídicos previamente establecidos. Mientras que las infracciones a los reglamentos Estatales no protegen bienes ya existentes, sino que se dictan solo al servicio de las misiones publicas de orden y bienestar, las desobediencias éticamente vagas o sea en cuanto contravenciones, deben castigarse con sanciones no criminales. Por ejemplo: el estacionamiento incorrecto de un vehículo motriz.⁵²

Santiago Mir Puig afirma que si el Derecho Penal está al servicio de los seres humanos, habrá de proteger los intereses reales, sean directamente vinculados a su individualidad, como la vida, la libertad sexual, la integridad física, etc., ya sea mediado por instituciones dependientes de intereses individuales, como la Administración de Justicia u otras Instituciones Estatales. Los bienes jurídicos – Penales han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la

⁵² ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, Op. Cit., p.53.

máxima protección. Así entendidos han de constituir la referencia básica para determinar su función en un estado social y democrático de derecho.⁵³

En un planteamiento posterior surgió la necesidad de proteger también a la colectividad, siendo necesario para el desenvolvimiento del ser humano, así surgen los bienes colectivos sociales o universales, que afectan más al Sistema Social, integrando un grupo de personas individuales de cierto orden social o estatal.

Podemos calificar la posición de Santiago Mir Puig de original y tradicional, la que implementa el Derecho Penal, desde hace algunos años, comprendiendo como protección de bienes jurídicos, a los valores calificados por el legislador como importantes en la vida de la persona y la sociedad.

Sin embargo, señala Roxin que, el planteamiento teórico del concepto material de delito sigue sin aclararse, porque no se ha logrado precisar el concepto de “bien jurídico” ni ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria de su contenido. Primeramente no es posible circunscribirlo a bienes individuales, el Código Penal protege los bienes jurídicos de la comunidad, como el estado, la administración de justicia, etc., cuya lesión merece una pena desde la perspectiva de un concepto material de delito.

El segundo lugar, plantea la interrogante de ¿Por qué no pueden establecerse también las “concepciones morales dominantes” como un bien jurídico colectivo?; a los meros sentimientos morales o concepciones valorativas generales sencillamente, se les niega el reconocimiento como bienes jurídicos; el Código Penal sanciona, sin objeción alguna, las meras lesiones del sentimiento de piedad u ocasionar un escándalo público.

De igual forma, la clasificación del concepto de bien jurídico en bienes individuales y colectivos, surge de la necesidad de extender la naturaleza del

⁵³ MIR PUIG, Santiago “ Límites del Normativismo en Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC-07-18, 2005, p.13, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>

ataque a los mismos, como presupuesto básico para la aplicación de una pena, inicialmente se exigía una lesión efectiva al bien jurídico, lo que únicamente podría presentarse en los delitos de resultado, mas tarde surgió la necesidad de extender el ámbito de protección, no solo a la lesión del bien jurídico, sino también su puesta en peligro, como presupuesto para considerar la intervención del Sistema del *IUS PUNIENDI*, contemplándose en la legislación penal los llamados delitos de peligro.

Roxin Claus presenta la siguiente definición: “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global, estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”, de donde se derivan las siguientes tesis concretas:

- a) Las Conminaciones Penales Arbitrarias, no protegen bienes jurídicos, no se puede exigir bajo pena al ciudadano que tribute reverencia a un símbolo cualquiera, pues ello no sirve a la libertad del individuo en un Estado Liberal, ni para la capacidad funcional de un sistema social basado en los principios.
- b) Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos. Por la misma razón anterior, estaría prohibido proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídicos-penales, como por ejemplo “el mantenimiento de la pureza de la sangre alemana”.
- c) Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos. Y por ello deben de quedar impune; por ejemplo; la sanción de relaciones homosexuales entre adultos.
- d) Las controversias lesionan bienes jurídicos, puesto que causan daño al individuo, (ruido, perturbador de la tranquilidad o descanso), o son perjudiciales para el bien común, y para el ciudadano, por ejemplo: Una prohibición de estacionarse tiene la finalidad de impedir un embotellamiento de las calles y asegurar de ese modo el libre comercio

y movimiento; por tanto, protege un bien jurídico. Si no reconoce ninguna referencia a los cometidos estatales de protección y orden, entonces estaremos frente a un mandato arbitrario.⁵⁴

El Derecho Penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales, por sus efectos lesivos para terceros, y son precisamente esos efectos los que puede justificar la cuantía de penas y prohibiciones. El principio axiológico de la separación entre derecho y moral, como señala Roxin, impide la prohibición de comportamientos inmorales, pervertidos, hostiles o peligrosos.⁵⁵

Es cierto que la concepción de un bien jurídico es el tipo normativo, no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades Constitucionales está abierta al cambio social y al desarrollo del conocimiento científico, pueden despenalizarse conductas que en determinado momento la sociedad opine que no son peligrosas para la sociedad o penalizar otras que si lo son, pero evitar la proliferación de los tipos Penales y utilizarlo como herramienta de persecución o venganza; lo trascendente radica en que, para la penalización o despenalización de conductas, se entienda a los Principios de un Estado Democrático de Derecho, permitiendo encontrar un equilibrio.

Por otra parte, ante la inclusión de los delitos de peligro han surgido cuestionamientos, como el que señalaba que, admitir ese tipo de delitos, significa que el Derecho Penal se adelante a sancionar situaciones que carecen de resultado concreto, lo que podría traer como consecuencias que las legislaciones extiendan su ámbito de aplicación, olvidándose que este se debe regir por el principio de mínima intervención y aplicarse como *ultima ratio*.

Otra crítica que presenta la determinación de protección de bienes jurídicos como finalidad del Derecho Penal, se fundamenta en la confusión que se presenta entre el bien jurídico y el contenido de la ética y moral. A este respecto, Raúl Zaffaroni

⁵⁴ ROXIN Claus, *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 57.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Op. Cit., p.p. 464-465.

señala que la oposición se presenta entre el bien jurídico y ética, y no entre bien jurídico y moral, aclarando que la moral se refiere a la CONCIENCIA INDIVIDUAL de cada persona, mientras que la ética es el criterio del GRUPO SOCIAL, resultando la moral un concepto un poco más inaccesible que el de la ética. Afirma que el Derecho Penal tiene una aspiración ética, lo que no debe entenderse, como que el proteger valores éticos, constituyan su finalidad.⁵⁶

Zaffaroni expresa que el Derecho Penal tutela los bienes jurídicos de todos los ciudadanos, en la medida en que neutraliza la amenaza de los elementos del estado de policía, contenidos por el estado de derecho. De tal forma que el poder punitivo no tutela los bienes jurídicos de las víctimas del delito, como se afirma, pues por naturaleza es un prototipo que no se ocupa de ello, por el contrario, se apodera del derecho de la víctima, si esa tutela no la provee ninguna otra área jurídica, la víctima debe tolerar el resultado lesivo de un conflicto que queda sin solución.⁵⁷

En consecuencia, la función del derecho penal de todo estado de derecho, asegura, debe de ser la reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos irracionales posible. El derecho penal, al igual que el estado de derecho fracasa si no consiguen que el poder jurídico ocupe esta función. Dado que el derecho penal es un complemento indispensable del Derecho Constitucional del Estado de Derecho, que siempre se encuentra en tensión con el estado de policía. El derecho penal, debe avanzar siempre hacia el ideal del estado de derecho; de lo contrario avanza hacia el estado de policía. Esto es un movimiento constante con avances y retrocesos.⁵⁸

En una sociedad de riesgo como la actual, es cada vez más difícil la imputación de responsabilidad, dado que las posibilidades se construyen sobre la base del anonimato de los sujetos participantes, cuando se enfrenta con las actividades de

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro, *et. alii*, *Derecho...*, *Op. cit.*, p.50.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*. Grupo Editores Ibáñez, Colombia. 2006, p.227.

producción y consumo o de riesgo, temas desarrollados por las actuales corrientes funcionalistas de la dogmática penal, desde el postulado de preventivo-general, a través del aseguramiento de la vigencia de expectativas normativas de la sociedad; concluyendo en un derecho penal sin bienes jurídicos, pues éstos son remplazados por una teoría de la dañosidad social; como ejemplo de ellos podemos mencionar la relación que se da entre naturaleza y sociedad, de donde surgen los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, en los que se toma en consideración la función social de los bienes jurídicos colectivos, considerados en una perspectiva evolución dinámica.⁵⁹

También se cuestiona que el concepto de bien jurídico es una inspiración meta jurídica; de donde surge la teoría sociológica y la teoría constitucionalista, la primera sostiene que el concepto de bien jurídico debe ser remplazado por la dañosidad social, de manera que solo el comportamiento que fuera disfuncional a la colectividad, impida o dificulte que el sistema social de la comunidad solucione los problemas relativos a su subsistencia y debe de ser prohibido coactivamente mediante la amenaza de la pena. Teoría que es criticada porque remite finalmente la decisión al consenso social, deformando la dirección del derecho penal, pues aleja las cosas del ámbito del hombre como individuo. Por otra parte, la teoría constitucional intenta delimitar el concepto de bien jurídico tomando como referente a la Constitución Política, puesto que es esta la que determina de una forma u otra la expresión consensada de los miembros de la comunidad.

Efectivamente, la solución consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los Principios de la Constitución, porque ésta representa la expresión de la voluntad de los miembros de la comunidad. Un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente, solo se puede derivar de las obligaciones plasmados en ella, y del estado de derecho fundado en la libertad del individuo, y es a través de estos que se marcan límites a la potestad punitiva del Estado.

⁵⁹ RIVERA LLANO, Abelardo, Op. cit., p. 264.

En conclusión, el concepto de bien jurídico solo provee un criterio de enjuiciamiento que hay que desarrollar en la materia jurídica, y que el legislador y el aplicador del Derecho, tienen que examinar en la creación e interpretación de cada precepto concreto. La capacidad práctica de rendimiento del concepto de bien jurídico se demuestra en que, el principio de bien jurídico hace evidente los problemas del límite del *ius puniendi* estatal y puede producir una solución racional de los mismos.

La teoría del bien jurídico desde luego cumple una función de límite del Derecho Penal, en la medida que permite constatar que su protección no es fuente de desigualdad ni de discriminación. Lo que es posible a partir de la relación social concreta protegida de que se trate, y da un carácter abierto, pues no solo puede legitimar la presencia de una determinada norma sino también cuestionarla.

Ciertamente, ese carácter abierto permite que determinadas normas que en algún momento se consideran legítimas, hoy se califiquen como incompatibles con el Estado Social y Democrático de Derecho. Como ejemplo podemos citar el delito de injurias, recientemente excluido de la Legislación Penal del Distrito Federal. Una teoría del delito construida a partir de un concepto material de bien jurídico permite fundamentar una relación social sobre la materialidad del daño social.⁶⁰

La relación del derecho penal con la protección de bienes jurídicos, entendidos éstos como circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global, estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema, no exige que solo haya punibilidad en caso de lesión de bienes jurídicos, es suficiente una puesta en peligro de esos bienes, que en los delitos de peligro concreto, el propio tipo convierte en requisito de la punibilidad, mientras que en los delitos de peligro abstracto, los bienes jurídicos protegidos no se mencionan en absoluto en el tipo, sino que constituyen solo el motivo para la creación del

⁶⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *revista de Derecho (Valdivia) versión online*, Vol. 14, Julio 2003, p. 125-134.

precepto penal. Tampoco la punibilidad de la tentativa está en contradicción con la teoría de la protección de bienes jurídicos. Ésta no requiere como presupuesto de la punibilidad nada más que el hecho de que una acción está dirigida, por su tendencia objetiva o subjetiva, a la lesión de un bien jurídico. El hecho de destacar que el Derecho Penal con sus prohibiciones quiere asegurar valores de la acción, no conllevan a la renuncia de la exigencia de protección de bienes jurídicos. Ello es correcto en la medida en que el mantenimiento de valores de la acción, sirve para la protección de los bienes a los que los mismos se refieren.⁶¹

El bien jurídico, debe de diferenciarse del concreto objeto de la acción, por ejemplo, del objeto de la acción en robo es la cosa ajena sustraída, y el bien jurídico protegido, la propiedad y la posesión. En algunas ocasiones parecen coincidir objeto de la acción y bien jurídico, como el delito de homicidio, pues en este tipo de delito la vida humana es el objeto de la agresión, así como, el bien jurídico protegido. Sin embargo, esto es solo aparente, pues el objeto de la acción es la persona concreta cuya vida individual es agredida, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como tal.

Bien jurídico, por tanto es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque y es lesionado solo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.

No hay que perder de vista que el derecho penal se denomina la "*ultima ratio*", de la política social, lo que significa que la protección de bienes jurídicos no se realiza solo a través del derecho penal, sino del ordenamiento jurídico y es precisamente la ultima de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, solo se debe de recurrir a él cuando fallen otros medios de solución social del problema, como la acción civil, las sanciones no penales, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, etc., es precisamente esto, lo que define la misión del derecho penal como protección subsidiaria de bienes jurídicos, por tanto, este solo protege una parte de los bienes jurídicos y con

⁶¹ ROXÍN, Claus, *Derecho Penal...*, Op. cit., p.p. 55-57.

frecuencia solamente frente a formas de ataques concretas, se habla también de la naturaleza fragmentaria del derecho penal.

Dado que esta rama del Derecho resulta la más dura de todas las intervenciones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se puede intervenir cuando otros medios menos severos no prometan tener un éxito suficiente, debiéndose recurrir a otra medida de política social que pueden proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico.

La doctrina clásica o tradicional sostiene, como hemos visto, que la función del derecho penal consiste en la tutela de bienes o valores jurídicos del individuo o de la comunidad, imprescindibles para el desarrollo de la vida humana en sociedad; lo que califica Miguel Polaino-Orts, como “casi un dogma” intocable en la dogmática jurídico - penal desde la aportación de Birn Baum. Y habitualmente se admite que, no solo corresponde al derecho penal la tutela de bienes jurídicos, esto es, una función eminentemente preventiva de las lesiones a los mismos, sino también su función legitimadora para el empleo del poder coactivo y represor del Estado mediante el ejercicio del *Ius Puniendi*. Esta doble función encuentra su fundamento en el programa de valores de la Constitución de los Estados Democráticos; diseño que fue consolidado por el finalismo, precedido por Welzel, quien a través de la Dogmática Ontológica asentó las estructuras lógico-objetivas, en la base misma de su construcción. Estructuras como son los bienes jurídicos, que no son creados por el derecho, sino preexistentes a él, pues el legislador o la norma, por ejemplo, no crean la vida humana ni la libertad, sino que su función consiste en justipreciar los ataques realizados a esos bienes. El legislador acepta y respeta la realidad tal como se presenta, sin posibilidad de modificarla, lo que llevó a Welzel, a admitir en algunas ocasiones, que las estructuras lógico-objetivas, contenían verdades eternas.⁶²

⁶²CARO JOHN, José Antonio, *Derecho Penal del Enemigo: Garantía Estatal de una “Libertad Real” del Ciudadano. Una Glosa a Miguel Polaino-Orts*, CESEJ- Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, No. 91, 2007, p.p. 350-352.

Roxín parte del concepto material del delito que es previo al Código Penal y es el que proporciona al legislador un criterio político criminal de las conductas que puede sancionar y las que debe dejar impune. Su delineación proviene del cometido del derecho penal, que para él consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos.

Este autor señala que la exigencia de que el derecho penal solo puede proteger “bienes jurídicos”, origina la exigencia de una fundamental prohibición de punibilidad en un doble sentido: la primera se refiere a la exclusión de las meras inmoralidades del derecho penal, como por ejemplo, la homosexualidad entre adultos sin molestar a terceros, bajo el argumento de que no quebrantan Derechos Individuales, ni bienes en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos. Al no existir una “real causalidad lesiva” solo puede entenderse como una infracción contra la moral. Y la segunda, se refiere a la exclusión de las contravenciones del derecho penal. El derecho contravencional, desarrollado por James Goldschmidt, Erik Wolf y Eberhard Schmidt, sostiene la tesis de que el derecho penal debe proteger bienes jurídicos previamente dados, mientras que las infracciones a reglamentos estatales, que no protegen bienes jurídicos previamente establecidos, sino que únicamente se dictan al servicio de las tareas públicas, como por ejemplo, el estacionarse en lugar prohibido; deben castigarse con sanciones no criminales, en virtud de que el mandato lo crea el Estado, no es preexistente y por tanto no es un bien jurídico.

Santiago Mir, al análisis de las posturas de Roxín y Jackobs en torno al normativismo señala que el primero, separa el fundamento de la dogmática de exigencias ontológicas que presentaba el finalismo para fundarla en decisiones político-criminales, como la atribución a las penas y medidas de seguridad de una función de protección de bienes jurídicos, a través de la prevención de delitos,

que no se imponen al legislador, sino que éste selecciona de entre otras posibilidades opciones.⁶³

Según Hassemer, el derecho penal moderno considera la protección de bienes jurídicos una exigencia para la penalización de determinadas conductas, desvirtuando de esta manera la concepción clásica de este principio, por la cual, la protección de bienes jurídicos asume un carácter negativo, de prohibición de penalización de determinadas conductas. Esto es, utiliza la protección de bienes jurídicos como un mandato para penalizar y no como una limitación a los mismos.⁶⁴

Para nosotros, es indudable que el derecho penal tiene como fin una función protectora y que ésta se refiere a la protección de bienes jurídicos tanto del ciudadano como de la sociedad, éstos representan los intereses de la sociedad que una vez asumidos por el ordenamiento jurídico reciben ésta denominación, desde luego, los intereses sociales o individuales son vastos y que de ellos, solo aquellos que el derecho penal toma para su defensa son considerados bienes jurídicos; por tanto, el derecho penal en ejercicio de su función de protección de bienes jurídicos, protege los que son vitales para mantener la convivencia social, esto se traduce en los valores esenciales del individuo y de la comunidad; como por ejemplo, la vida, la libertad, la integridad física, el honor, etc.

Admitir que el derecho penal protege bienes jurídicos, nos lleva a establecer una relación de género a especies entre “bien jurídico” y el “bien jurídico penal”, pues no todo bien jurídico ha de ser protegido penalmente ni todo ataque a los bienes jurídicos tutelados penalmente debe establecer la intervención del derecho penal. En atención a criterios materiales de limitación del derecho penal, el principio de subsidiaridad y el fragmentario. El principio se presenta cuando la reacción del Estado debe tomar en cuenta la reacción de medio a fin; mientras que en el

⁶³ MIR PUIG, Santiago, “Límites del Normativismo...”, Op. cit., p. 6.

⁶⁴ HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*, INACIPE, México, 2003, s/p.

segundo, en la esfera de los hechos ilícitos sólo algunos están seleccionados como tipos penales.

De tal manera que la protección de bienes jurídicos no se realice sólo mediante al derecho penal, sino que debe ser la última dentro de todas las medidas protectoras que hay que considerar, significando qué otras ramas del derecho penal deberán ocuparse también de la protección de bienes jurídicos y cuando aquella falla, es entonces, que se hará intervenir al derecho penal; de ahí que la pena sea considerada como la “*ultima ratio de la política social*”, y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos, lo que significa que el legislador debe establecer una contravención cuando una sanción no penal sea suficiente para asegurar el fin que persigue, por ejemplo, cuando la afectación al bien jurídico sea insignificante; dado que el derecho penal solo protege una parte de bienes jurídicos y en ocasiones sólo frente a formas de ataques concretos, como ejemplo el patrimonio, a esta posición se le denomina también naturaleza “fragmentaria” del derecho penal.⁶⁵

De lo anterior, emerge el principio de proporcionalidad que se puede originar del Estado de Derecho de la Constitución, resultando así un Principio Constitucional básico. El Derecho Penal dado su carácter afflictivo, solo puede intervenir cuando otros medios menos gravosos no sean suficientes para contrarrestar la vulneración de bienes jurídicos. De ahí que el principio de subsidiariedad es más una directriz político criminal, que un mandato vinculante, respecto de una disposición de política social, señalar hasta qué punto el legislador debe convertir en hechos punibles, en contravenciones o discriminar dichos hechos.

Roxin, define a los bienes jurídicos, como: “circunstancias dadas o finalidades que son útiles al individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines, o para el funcionamiento del propio sistema”. Concepto que comprende tanto los estados previamente hallados por el derecho, como los deberes de cumplimiento de

⁶⁵ ROXÍN, Claus, *Derecho Penal...*, Op. cit., p. 65.

normas creadas sólo por él mismo. De este concepto que le viene previamente dado al legislador penal, pero que no es previo a la Constitución, se desprenden las tesis, ya antes planteadas, las conminaciones penales arbitrarias y las finalidades puramente ideológicas que no protegen bienes jurídicos, así también las meras inmoralidades que no lesionan bienes jurídicos. Esta concepción de bien jurídico es de tipo normativo, pero no es estática, sino que en el contorno de las finalidades Constitucionales está abierta al cambio social y al progreso del conocimiento científico.⁶⁶

Por ello, el derecho penal como producto social es cambiante, no es estático, se modifica conforme a las exigencias sociales y en ocasiones se abusa de ello, creando tipos penales cuya tutela penal no se justifica.

1.4.1. VIGENCIA DE LA NORMA

Sin embargo, existe una posición que no comparte el criterio de la tesis anterior, pues sostiene que la finalidad del derecho penal no es, ni debe ser, la protección de bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma. Como principal exponente de esta posición encontramos al dogmático Alemán Günter Jakobs, quien en su ponencia titulada “*¿Cómo protege el Derecho Penal y que es lo que protege? Contradicción y prevención; Protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*”, intenta vincular en ella dos problemas relacionados entre sí, pero que hoy en día suelen abordarse por separado, en primer lugar el tema de los fines de la pena; y en la segunda, el argumento del fin de protección del conjunto del “aparato penal”.

El esquema de las deliberaciones a efectuar son: el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena objeta esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que ella causa, se elimina el riesgo de un deterioro general de la vigencia de la norma; esto se denomina “prevención general positiva”, esta conclusión de la

⁶⁶ *Ibidem*, p.p. 57-58.

primera parte anticipa ya la que deriva de la segunda: lo categórico es la protección de la vigencia de la norma. Pues la tesis de la protección de bienes jurídicos, al tomar como punto de referencia un bien, sale de un punto de partida equivocado, ya que el derecho es una relación entre personas, solo a través de estas también entran en acción los bienes.⁶⁷ Así, Jakobs sostiene que los bienes son lesionados no solo por acciones humanas, sino también por sucesos naturales, como por ejemplo la muerte por enfermedades incurables, hecho que no es susceptible de reparación, razón por lo que el citado autor afirma: “La pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún lo repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado mediato”.⁶⁸ Le asiste la razón al profesor Jakobs al afirmar que, el derecho penal no protege todos los bienes que se dañan o lesionan, porque no toda afectación a un bien tiene relevancia jurídico penal, los procesos naturales, como la muerte por enfermedad, aún y cuando cesa la vida, no se encuentra protegida por el derecho penal, sino que éste solo protege los ataques y lesiones de los que han sido proclamados como bienes jurídicos, que son de los que se ocupa, y siempre referidos a ataques realizados por personas, en sentido jurídico penal, esto es, imputable.

Un bien es considerado jurídico cuando está configurado como derecho del titular, no existen los bienes jurídicos si no están asignados a alguna persona, solo son considerados dentro de esta categoría aquellos a cuyo uso tiene derecho un individuo o una colectividad, y quien puede exigir que su bien no sea lesionado es su titular y no el propio bien; en esta postura, la protección de bienes la entiende Jakobs como una relación entre personas, a quien se protege es a ésta o a la sociedad. Refuta la teoría del bien jurídico porque ésta caracteriza a las personas

⁶⁷ JAKOBS, Günter, *Sobre la Normitividad de la Dognática Juridico-Penal*, Trad. Manual Cancio Melia; FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, Universidad Externado de Colombia, Angel Editores, Mexico, 2003.

⁶⁸ JAKOBS, GÜNTER, *El pensamiento filosófico y jurídico-Penal de Günter Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007, p. 9. (Coordinadores Ma. Eloisa Quintero, Miguel polaino Orts).

por la posesión de un bien y porque la sociedad no puede ser representada por la suma de bienes jurídicos.⁶⁹

Otra postura de Jakobs, al respecto, es que el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino que garantiza la vigencia de la norma, y las normas a su vez, garantizan la expectativa de que las personas actuarán conforme a su rol. De tal manera, que quien lleva a cabo un comportamiento prohibido, dice Jakobs, abandona su rol. Ejemplo, el médico que realiza la eutanasia, no lesiona un bien jurídico, sino que al apartarse de su rol de médico, traiciona la expectativa que se tiene de él. La infracción de un rol, la decepción frente a la expectativa social de que la persona va a actuar conforme a su rol, es lo trascendente y no la lesión de un bien jurídico.

Jakobs sostiene que lo que queda articulado a través de la tesis de la protección de bienes jurídicos es la relación negativa que existe entre todas las personas de derecho; nadie debe lesionar los derechos de los demás. Pero junto a esta relación negativa, respecto de determinadas personas – aquellos roles especiales - existe también una relación positiva; algunos deben ayudar también cuando el riesgo que amenaza no ha sido causado por ellos, o sea, tiene el deber de aportar su cuidado solidario a otras personas; los padres en relación con sus hijos, la policía en relación con los ciudadanos, el servicio público, el Juez en su actividad de dirimir controversias, etc. Al abandonar su rol algunos, posiblemente resultan lesionados, así como también bienes jurídicos, lo importante del asunto es que el autor no detiene un curso dañino puesto en marcha por un tercero o por la naturaleza; una institución que debería realizar una presentación de apoyo solidario se ha negado a ellos, se trata de la denegación de un servicio solidario. El término “lesión de un bien jurídico” sólo describe de forma incompleta la situación, y percibe mejor las circunstancias, como infracción de un rol, como

⁶⁹ HORMAZÁBAL Malarée, Hernán, Op. cit., p. 126.

infracción de deber, y con ello se aprecia que lo que protege el derecho penal no son los bienes, sino la vigencia de la norma.⁷⁰

Cierto es, que quien no realiza ningún acto que contradiga su rol legal, no defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado; y la norma como reguladora de conductas debe dirigirse para lograr que las personas cumplan con su rol, por ello, no supone que el derecho penal se centre en garantizar la vigencia de la norma, como señala Jakbos. Más bien, la norma es un medio para proteger el bien jurídico, y el hecho de que la norma tenga un contenido más tangible y real, no significa que sea el verdadero fin del derecho penal. Por otro lado, el profesor Jakbos señala que existe un conflicto entre bien jurídico y moral; sostiene que, el enfrentamiento de lesión de un bien e infracción moral tiene como consecuencia que sea necesario revisar periódicamente al derecho penal, verificar si no hay algunos bienes que ya no sean de interés.

Es verdad que debido al contexto histórico - social puede ser que lo que fue delito, hoy ya no lo sea, esto no significa que el Derecho Penal, al proteger bienes jurídicos, confunda su fin con la moral y la ética, sino que existen bienes jurídicos que ante el desarrollo de las sociedades pierden su vigencia, lo cual también ocurre con las normas.

Jakobs señala que las competencias no se ordenan sobre la base de bienes, sino de roles, a través de relaciones entre personas, por medio de determinadas expectativas normativas que no son, bienes de personas individuales, cuando una persona falta a la expectativa que la sociedad, espera y comete un delito, al sancionarse, éste reafirma la validez real de la norma, asegurando así su validez. La pena la concibe como un instrumento de aseguramiento contra fáctico y cognitivo de la vigencia de la norma: contra fáctico porque se dirige contra un

⁷⁰ JAKOBS, Günter, *El Pensamiento Filosófico...*, Op. cit., s.p.

hecho que quebranta la norma y cognitivo porque produce en la conciencia de los ciudadanos la confianza en la validez y vigencia de la norma quebrantada.⁷¹

En relación a los delitos de peligro, Jakobs precisa que el hecho de penalizar esta forma delictiva, en realidad obedece a sostener la tesis de la vigencia de las normas, que indica que cada persona tiene el rol de no lesionar a las otras, lo que significa una protección sobre los bienes de la misma, es decir, lo que se protege no son los bienes jurídicos, sino la vida de la norma como elemento regulador de los roles sociales.

Es inobjetable que el derecho penal no puede esperar para sancionar conductas, hasta que éstas produzcan una afectación real a un bien jurídico y es por ello que se crean los llamados delitos de peligro, y por lo tanto, considero que las normas sirven al derecho penal como medio para proteger aquellos bienes que le resultan relevante, es decir, a los bienes jurídicos.

Considero, que el fin primordial del derecho penal es la protección de bienes jurídicos frente a posibles formas de agresión, de tal manera que permitan el desarrollo de la vida en comunidad; esta protección, tutela o garantía jurídica que otorga la norma penal, a aquellos bienes que el derecho penal ha considerado trascendentales, como señala Polaino Navarrete, prevenir futuros injustos típicos y por tanto la protección de bienes jurídicos; es el contenido y la prevención de la comisión de delitos.

En cambio la pena sólo tiene un efecto reafirmador del ordenamiento jurídico quebrantado, sin que ese efecto constituya el fin inmediato ni el fin exclusivo de la pena. El fin perseguido por la norma según Jakobs es que la misma sea aplicada siempre que se cometa un delito, que reafirma su vigencia cada que se infrinja y sea sancionado con la pena correspondiente, por ello sería admitir que la vigencia de la norma es el fin de la propia norma.

⁷¹ POLAINOS NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, Porrúa, México, 2001, p. 120.

Contrario a la posición de Zaffaroni al señalar que el fin del derecho penal es la contención y reducción del poder punitivo, considero que en un Estado Democrático de Derecho en el que sólo deben ampararse bienes jurídicos que tengan una importancia fundamental para la sociedad, desde un punto de vista político criminal es precisamente el concepto de bien jurídico el que determina hasta donde debe llegar la intervención del derecho penal, es decir, el estado únicamente podrá ejercitar el *ius puniendi* cuando se lesione un bien jurídico protegido por el derecho penal.

CAPÍTULO 2.

DERECHO PENAL MODERNO

2.1. EL DERECHO PENAL MODERNO.

Hoy en día, el Derecho Penal dirige su estudio a una pluralidad de problemas políticos criminales y dogmáticos que se presentan, por lo que se le denomina derecho penal moderno. Sin embargo, por “moderno” no puede entenderse lo meramente actual, pues ello significaría que cada día naciera una nueva y distinta modernidad. Resulta más apropiado admitir que el derecho penal pasa por un proceso de “modernización”.

En realidad, el adjetivo “moderno” surge, cuando se considera necesario delimitar diferencias sustantivas o radicales entre el ayer y el hoy; marca el final de una etapa y el inicio de otra, una ruptura en la continuidad histórica; el derecho se da en un largo proceso histórico, en el que rompe con el feudalismo, esto es lo que marca su “modernización”.

Algunos juristas señalan que la “Historia del Derecho Penal es la historia de su desaparición”, así como la desaparición del llamado Derecho Penal clásico es solo cuestión de tiempo: desde las primeras décadas del siglo XX, Enrice Ferri apoyo esa desaparición al pronunciar un “oración fúnebre” por el derecho penal que consistía en un “responso” mientras que Radbruch, por su parte manifestaba que deseaba, “no un Derecho Penal mejor, sino algo mucho mejor que el derecho penal”.

En España, Silva Sánchez se refiere a la “crisis”, como el estado con natural al derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros

estados de derecho. Mientras que en Alemania algunos teóricos se refieren a la “insostenible” situación del derecho penal.⁷²

Contrario a lo anterior, García – Pablo expresa que “el Derecho Penal goza de buena salud”, y a su vez pronostica que dada la trascendental función que desempeña el derecho penal, asegurando la convivencia humana, disfrutara de larga vida.⁷³

En la actualidad cuando la ciencia penal utiliza el adjetivo “moderno”, se refiere al derecho penal del presente; ya no al derecho penal de la Ilustración, pues este ha dejado de ser moderno y para distinguirlo de lo actual ha sido necesario dar una distinta denominación, así, para Hassemaer, al de la Ilustración lo ha denominado derecho penal “clásico” y el actual lo ha denominado derecho penal “moderno” en relación con la institución distinta del derecho penal clásico.

Por lo cual no concuerda Gracia Martín Luis, por el sentido que pretende darle aquel autor, pues por clásico se entiende aquí un ideal, una aspiración por la que medir a donde debemos dirigirnos, cuales son los pasos que hay que dar para seguir un buen camino y evitar el malo, y cuáles son los que hay que desandar antes de llegar a las proximidades de la meta, rechaza la exigencia que sean precisamente los objetos y enunciados históricos del discurso penal de la Ilustración o un establecido entendimiento de los mismos, que tengan que tomarse como referencia y medida de los accesibles legítimamente a la intervención penal actual. También manifiesta Gracia Martín Luis, que actualmente, las legislaciones penales, así como calificados doctrinarios estrictamente respetuosos de las garantías penales del estado de derecho, expresan argumentos positivos favoreciendo la legitimidad de la aceptación por el Derecho Penal de nuevos contenidos, o de su extensión a nuevos espacios que no podrían ser atendidos por el modelo penal de la Ilustración, de acuerdo con el

⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, José María Bosch, editor, España, 1992, p.13.

⁷³ NAVARRETE POLAINO Jakobs, Miguel, *El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2006, p.65.

discurso crítico del derecho penal moderno Hassemer. Y es precisamente la validez de ese modelo del derecho penal, o una concreta forma de comprenderlo, la razón fundamental por lo que este autor niega a ese modelo el atributo de "clásico" propuesto por Hassemer.

Si se quiere utilizar una denominación precisa del modelo penal de la Ilustración para confrontarlo con el del actual derecho penal moderno, la expresión más adecuada sería la de "Derecho Penal Liberal", que han utilizado otros autores críticos del derecho penal moderno, con mejor razonamiento que Hassemer, pues inmediatamente rememora el contexto socio-político e histórico en que se presentaron las condiciones de la posibilidad de aquel modelo penal y no las de otro.⁷⁴

El citado modelo penal ha dependido, en sus formas y en su contenido, de cierto modelo histórico de sociedad, por tanto, de unas determinadas coordenadas espacio - temporales; de tal manera que su adecuación y validez dependen de la permanencia del modelo de la sociedad que lo consolida, tomando en consideración que la finalidad del Derecho Penal es la protección de las condiciones básicas para el sustento de la sociedad.

Son dos las condiciones que deben darse para que algo obtenga el calificativo de moderno: a) El surgimiento de nuevos objetos en un determinado momento de la historia del campo de que se trate o, al menos, una modificación en la forma de los preexistentes; y b) que sus nuevos objetos o formas supongan una ruptura con la situación anterior. Ante ello, para que el Derecho Penal del presente alcance la condición de modelo, es necesario que el mismo se diferencie de liberar de la Ilustración, no solo por extenderse a nuevos y distintos ámbitos o formas de los tradicionales, sino que también porque presente una ruptura sustancial con aquel, o al menos con uno de sus principios o aspectos fundamentales; condiciones que no observo se actualicen el derecho penal

⁷⁴ GRACIA MARTIN. Luis, "Derecho Penal Contemporáneo. ¿Qué es modernización de Derecho Penal?", *Revista Internacional*, No. 12. Julio-Septiembre, 2005, p.129.

vigente, razón por la que considero más apropiado que se le denomine “Derecho Penal Actual” y no “Derecho Penal Moderno”; así el Derecho está subordinado al desarrollo de la sociedad, por tanto los cambios en el acontecer social, se manifiestan en el contenido de las Leyes.

En la actualidad existe la pretensión de desarrollar una teoría del derecho con un enfoque sistemático; hay quienes aseguran que esta será la tendencia de los próximos años y, aun cuando no se quiera reconocer, existe una verdadera relación entre los distintos Sistemas Jurídicos Nacionales, los cuales se interrelacionan, interactúan y se vinculan cada vez mas sistemáticamente. Por lo que se afirma que los Sistemas Jurídicos de la modernidad, característicos de los Estados Nacionales, se encuentran en crisis al ser incapaces de resolver los problemas que plantea el mundo globalizado y la era de la información, características de la revolución del conocimiento.

Así, con los cambios que la sociedad ha experimentado como consecuencia de la industrialización, también se ha modificado el Derecho Penal, puesto que este evoluciona al mismo ritmo que la sociedad, a fin de dar respuesta a nuevas situaciones que se presentan en ella. Surgen en la realidad social problemáticas nuevas para el Derecho y la preocupación por proteger nuevos bienes jurídicos ante el reclamo social, como ejemplo de ello podemos señalar la contaminación ambiental o la economía; que se refieren a bienes jurídicos universales y no individuales, y en los que no se refiere una lesión opuesta en peligro concreta de lesión, sino que basta con un peligro abstracto, para que se tutelen los citados bienes jurídicos.⁷⁵

De lo anterior es posible deducir que la denominación “Derecho Penal Moderno”, se refiere a las nuevas regulaciones Jurídico Penales, que se amplían a nuevos ámbitos y formas de conductas diferentes de las tradicionalmente contenidas en los códigos y Leyes Penales, lo que conlleva a la denominada “Expansión del

⁷⁵ MILANESE, Pablo, “El Moderno Derecho Penal y la Quiebra del Principio de Intervención Mínima”, *Revista de Derecho Penal Online*, www.cepc.es/rap/publicaciones/revistas

Derecho Penal”, al que anteriormente nos hemos referido, este “Derecho Penal Moderno” no responde a los principios de un Derecho Penal de la Ilustración ni del Derecho Penal Liberal ni las garantías y principios básicos establecidos por este derecho están en oposición con los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* intervención mínima del derecho.

Lo cierto es que los retos del Derecho del siglo XXI, deben de desarrollar un nuevo marco conceptual, con nuevas herramientas metodológicas y epistemológicas que hagan factible la construcción del concepto de Estado de Derecho y de nuevo orden jurídico, que permita afrontar los pequeños problemas del ciudadano y los grandes problemas del mundo globalizado, y contribuir en la construcción de nuevos marcos éticos, políticos y sociales de la nueva sociedad del futuro, del nuevo Estado y del Derecho; ello con el fin de alcanzar una sociedad eficiente, pero con perfiles humanos.⁷⁶

Hoy por hoy, no se ha descubierto algo mejor que el Derecho Penal, sigue siendo este el instrumento preferido del Estado para devolver a la sociedad la confianza y la sensación de protección que parecen perdidas, de tal forma que ha tenido que evolucionar y la idea de seguridad preside las iniciativas represivas que sirven de base a la política penal de nuestro país. Se libra una batalla contra el terrorismo y la delincuencia organizada y otras formas de criminalidad, creando nuevos tipos penales, endureciendo las sanciones, su forma de cumplimiento y se registren garantías procesales.

En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva, bastante notoria, en la Política Penal, pues de la discusión entre políticas abolicionistas y reduccionistas se paso a debatir la expansión del poder punitivo lo que motivo, que el tema del enemigo de la sociedad pasara al primer plano de la discusión.⁷⁷

⁷⁶ MUÑOZ, Conde, Francisco *Las Reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español*, No. 3, Iustel, España, Mayo, 2005, p.p.138-139.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo en el Derecho Penal*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2006, p.22.

También se presentó una modificación en cuanto a los comportamientos que son sancionados por la Ley Penal, pues la protección individual se trasladó a la protección de la colectividad, constituyendo esto el objetivo de los nuevos tipos penales, como ejemplo de ello, podemos mencionar los delitos económicos, contra el medio ambiente, el tráfico de drogas y los comportamientos de criminalidad organizada; lo que se traduce en la protección de bienes jurídicos difusos, pues tiende a describir situaciones de peligro abstracto que constituyen un adelantamiento del Derecho Penal, pues se sanciona en una previa a la producción del daño.

Actualmente, bajo el argumento de que vivimos una “emergencia”, donde es necesario crear un dogma en defensa de la “seguridad”, se generan violaciones a los Derechos Humanos. Sin embargo, como, Zaffaroni, sostiene “las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo”. A lo largo de la historia encontramos que se ha recurrido a ellas para legitimar el *ius puniendi*.

En la doctrina Constitucionalista se define a la emergencia como “un accidente que de pronto surge en la vida de un individuo o de una sociedad, poniendo en peligro la estabilidad o la existencia del Sistema Institucional”.⁷⁸

La emergencia puede ser fuente de derechos y obligaciones, cuando están previstos en una norma jurídica, sin tener carácter supra legal o supra Constitucional.

Las características de un Derecho Penal de emergencia son:

- a) Fundarse en un hecho nuevo o extraordinario;
- b) La existencia de un reclamo de la opinión pública a su diligencia política para crear la solución al problema causado por ese hecho nuevo;
- c) La sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal Liberal (vulnerándose principios de

⁷⁸ PARMA, Carlos, Derecho Penal posmoderno, Ara Editores, Perú, 2005, p.24.

intervención mínima, de legalidad, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de resocialización del sentenciado, etc.);

- d) Los efectos de esa legislación, “para el caso concreto”, sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan a la sociedad una sensación de solución o reducción del problema sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente, permite así que nazca un Derecho Penal Simbólico.⁷⁹

Así, el Derecho Penal como elemento regulador de la convivencia social, se le reclama dar solución a los fenómenos negativos que se presentan en la sociedad, como consecuencia de su evolución, aún y cuando en muchas de las ocasiones la solución no depende necesariamente de él, pues rebaza las perspectivas que se le confían y conceden por grupos pertenecientes a dicha comunidad.

Ante esta problemática, hoy por hoy, se cuestiona si es posible salvaguardar los fundamentos del Derecho Penal Liberal establecido en la Ilustración, cuyos cimientos son las garantías. Los postulados de este Derecho Penal Liberal acogidos por el clásico Derecho Penal Liberal día a día se flexibilizan frente a los fenómenos que se presentan y que redundan en una paulatina expansión del Derecho Penal, misma en la que se presentan frente a los bienes jurídicos individuales y colectivos, la protección de los llamados, bienes jurídicos universales, cada vez más inaccesibles y difíciles de delimitar, de tal manera que el legislador tiene que hacer uso de los denominados tipos penales en blanco, o de los delitos de peligro abstracto o la disposición de los delitos de comisión por omisión, para esos fines particulares que llevan al riesgo de transgredir los principios que sustentan al Derecho Penal Liberal, como resultan de ser los principios de intervención mínima, de legalidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, etc. Lo que conlleva a su remplazo por el

⁷⁹ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *Los Discursos de Emergencia y la Tendencia así un Derecho Penal del Enemigo, El Estado Intervencionista, El Estado Máximo*, 2002, p.9, www.Carlosparma.com

llamado Derecho Penal Moderno, que se presenta en las sociedades post-industriales.

Este inconveniente para Hassemer presenta tres características propias que manifiestan la realidad actual:

- a) *LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS*. El Derecho Penal Moderno modifica la concepción clásica de este principio, pues considera que la protección de bienes jurídicos resulta una exigencia para la penalización de determinadas conductas; con ello a la protección de bienes jurídicos se le da un carácter negativo. de prohibición de penalización de determinadas conductas.
- b) *LA PREVENCIÓN*. El Derecho Penal Moderno convirtió a ésta, en una finalidad principal, en tanto que para el Derecho Penal Clásico era considerada una meta secundaria del mismo. Para alcanzar esta nueva meta, el Derecho Penal Moderno utiliza herramientas contundentes frente al sistema de garantías, frente al Derecho Penal Clásico, por ejemplo, la agravación de las penas y aplicación de medios coactivos en la fase instructora, como señala Hassemer, “cada vez más el fin parece justificar los medios”.
- c) *LA ORIENTACIÓN A LAS CONSECUENCIAS*. El Derecho Penal Moderno ha convertido a esta en una meta dominante en tanto que para el Derecho Penal Clásico, es un criterio complementario para la correcta legislación, con esta modificación, la igualdad y la retribución del delito, son relegadas de la política jurídico- penal, según Hassemer la orientación a las consecuencias puede significar en Derecho Penal que el legislador, la justicia penal y la administración penitenciaria no se satisfacen con la persecución del injusto criminal y con su compensación mediante la expansión de delincuente, sino que

persiguen la meta de mejorar al autor del delito y contener la delincuencia en su conjunto.⁸⁰

Aun y cuando la función del orden jurídico, generalmente aceptado, es la protección de bienes jurídicos, ello no significa que corresponde al Derecho Penal en exclusiva la realización de esa función. Pues la protección debe ser, incluso ante el propio Derecho Penal que solo debe de intervenir cuando se hayan agotado otros medios de protección, en razón de que el concepto de bien jurídico nace mas como límite que como legitimación de intervención del derecho penal.

De no acatarse lo anterior se violenta el principio de intervención mínima, porque el bien jurídico es directamente protegido por el Derecho Penal, sin haber agotado otras ramas del Derecho, sin cuestionarse la relevancia de ese bien para el Derecho Penal cuando que los principios de intervención mínima y de protección de bienes jurídicos deben de coexistir de tal manera que la intervención mínima sea un límite del de protección de bienes jurídicos.

Mientras que la prevención debe orientar al Derecho Penal pero no constituir su propia meta. Es necesario que exista un equilibrio entre la prevención general y la especial, a fin de que los intereses de la sociedad, como la de los individuos, sean compensados; para obtener el equilibrio entre la prevención general y especial hay que tomar en consideración el Derecho de la sociedad a proteger sus intereses más importantes a través del derecho penal, cuando no hay solución en otra rama del Derecho, pero sin olvidar el Derecho del delincuente a ser respetado como persona y a no ser segregado definitivamente en la sociedad sin poder reintegrarse a la misma.

Así los hechos violentos que se presentan en la sociedad actual a motivado reformas legislativas para tratar de atender el conflicto emergente que se presenta, naciendo así un discurso punitivo en el que se recurre a medidas

⁸⁰ HASSEMER, Winfried, *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*, en varios autores "Pena y Estado", Jurídica Conosur, Chile, 1995, p.p.23-36.

excepcionales como regla, corriendo el riesgo de que la excepción se transforme en norma; la legislación emergente presenta como características:

- a) Un Derecho Penal que anticipa a la caución de una afectación a un bien jurídico;
- b) Creación artificiosa de bienes jurídicos;
- c) Una técnica casuística, fundada en formulas legales flexibles e indeterminadas;
- d) Culpabilidad en función del autor y no del hecho cometido.⁸¹

Lo anterior, produce la llamada “Inflación Penal”, al crearse tipos delictivos y mayores sanciones al prescribir penas de prisión que equivaless a la llamada “cadena perpetua”, todo ello en busca de elementos para enfrentar las transformaciones de la sociedad actual, y surge así un Derecho Penal Moderno que se aparta del Derecho Penal Clásico, con instrumentos distintos y modificaciones en sus funciones, sin embargo, estas decisiones vulneran los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho.

De lo antes citado podemos concluir que el Derecho Penal Moderno debe tener como objetivo sancionar y prevenir la comisión de delitos, equilibrando las exigencias de un Estado de Derecho con la del Estado Social. El primero tiene por objetivo proteger al individuo y a la sociedad con la mayor efectividad posible; mientras que el segundo vela por que al responsable de un delito no sea expulsado de la sociedad, sino que se conserve la posibilidad de su reintegración en la comunidad, lo que permite que el Derecho Penal tenga una tarea social frente al delincuente y que la prevención especial socializadora y re socializadora estén presentes en la misma medida que la prevención general, lo que permitirá desarrollar una política criminal de rostro humana.

⁸¹ S. a., *Derecho Penal Postmoderno*, Distribuidor Especializado en Libros Jurídicos, Ana Editores, p.p.25-26.

La moderna política criminal discute aun si es correcto, que el Derecho Penal proteja bienes difusos o por el contrario, debe constituirse en un “Derecho Penal Nuclear”.

Se han presentado diversas deliberaciones en el Derecho Penal que ponen de manifiesto la vaguedad del concepto de bien jurídico.

Así, el Derecho Penal Moderno, al tratar de resolver las transformaciones dadas en la sociedad, atenta directamente contra los fundamentos de un Estado Social y Democrático de Derecho, al acudir como primera razón al Derecho Penal.

Hassemer sostiene que la “dialéctica de lo moderno”, que ha transformado el Derecho Penal en un instrumento de solución de los conflictos sociales, que no se diferencia ni en su idoneidad ni en su peligrosidad de otros instrumentos de solución social. Este teórico propone eliminar una parte de la modernidad, por ejemplo, reducir el Código Penal a un “Derecho Penal Básico”, que sólo comprenda los ataques, puestas en peligro graves y evidentes contra a los clásicos bienes jurídicos individuales, procurando proteger también los bienes jurídicos universales, a través de formulaciones típicas, claras y precisas, y siempre al servicio de los bienes jurídicos individuales. Propone eliminar del Derecho Penal los derechos que no le competen, esto es, infracciones administrativas, civiles, etc., y se pronuncian a favor de un Derecho de la intervención que se ocupe de los problemas de la sociedades modernas que han llevado al Derecho Penal a la modernidad, derecho que estaría ubicado entre el Derecho Penal y el Derecho Sancionador Administrativo, el Derecho Civil o el Derecho Público.⁸²

No coincido totalmente con este autor, dado que a mi parecer los bienes jurídicos universales deberían de ser excluidos del Derecho Penal y contemplarse dentro de ese Derecho Penal de la intervención que él propone.

⁸² GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, Op. Cit.,

Queda de manifiesto que el Derecho está supeditado al desarrollo de la sociedad, por tanto el ritmo del acontecer social se refleja en el contenido de la Leyes, el Derecho ajusta sus normas a los retos de la pos modernidad.

Se vive una etapa de transito de un modelo modernista hacía uno en construcción, al que por ubicación cronológica se le denomina posmodernidad, obviamente el Derecho no es ajeno ni está afuera de esa realidad.

La crisis contemporánea del Derecho Penal Mexicano estriba en la legitimidad del Poder del Estado y del Imperio de la Ley, como presupuesto del Estado de Derecho, no es posible mantener el gobierno de las Leyes bajo una perspectiva de corrupción y violación sistemática a los derechos fundamentales de la sociedad.

En síntesis, un Derecho Penal pos moderno debe buscar un equilibrio entre impedir la comisión de delitos y establecer los límites al empleo de la posteta punitiva, en ese sentido, el Estado de Derecho proporciona a los ciudadanos las Garantías Constitucionales como instrumento de protección.

2.1.1. LA TECNOLOGÍA, UN FACTOR DE RIESGO EN LA SOCIEDAD.

La modernización del Derecho Penal constituye, desde hace décadas, un tema polémico, pues un sector defiende la legitimidad de la intervención penal en los nuevos espacios de la actividad social para la protección de los bienes jurídicos supra individuales o colectivos; y otro sector defiende la aplicación de un Derecho Penal dirigido a la protección de los bienes jurídicos personales.⁸³ En la década de los sesenta del siglo XX, el pensamiento crítico penal se desarrollo bajo la idea de que el Derecho Penal había perdido toda legitimidad política por la disfunción del sistema. Los cuestionamientos se dirigían a la selectividad de la Política

⁸³ MARQUEZ, María Julia "Hacia un Derecho Penal Moderno. Alcances". *XV Congreso Latinoamericano. VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Tomo I, Córdoba, Argentina, 2003.

Criminal, la reproducción de las desigualdades sociales del modelo económico y la falta de eficiencia limitadora de la legalidad. Lo que daba sustento a los planteamientos encaminados a la abolición del orden penal o las propuestas de un Derecho Penal mínimo, como lo planteaba Alessandro Baratta. Sin embargo, en los años siguientes se fue intensificando la decisión política de valerse por la Ley Penal para enfrentar los nuevos conflictos sociales. El interés de la política criminal por bienes de orden macro social, alejados en su configuración de los bienes jurídicos individuales desarrollo ese proceso; incluso sectores de pensamiento y representación social que en su momento propiciaban la crítica del instrumento penal, fueron admitiendo su importancia dentro del debate político y la defensa de nuevos intereses.⁸⁴

Los avances tecnológicos que ha vivido la sociedad desde mediados del siglo pasado, hasta nuestros días, nos llevan a considerar a la sociedad moderna como una sociedad de riesgo, lo que propicio la modificación de los modelos tradicionales de la teoría penal a partir de la asignación de nuevos objetivos y funciones que se le asignaron a la Legislación Penal. Avances que conllevan al bienestar individual; pero, por otra parte, ese avance ha supuesto el surgimiento de nuevos riesgos, mismos de los que no es posible escapar dada la modernidad, como se constata en el campo de la informática de la genética, del medio ambiente y de las comunicaciones, entre otras.

Estos avances tecnológicos han hecho a la sociedad compleja, de tal manera que el que no se lesione bienes jurídicos, depende de la realización de conductas positivas de los terceros.⁸⁵

Ulrich Beck, en su obra "*La Sociedad del Riesgo*", señala que la moderna convivencia social acarrea la existencia de riesgos ineludibles para sus integrantes, como consecuencia de sus propias actividades; que la sociedad se

⁸⁴ YACOBUCCI, Guillermo Jorge, Op, cit., p. 631.

⁸⁵ GONZALEZ-SALAS Campos, "Reducción de Garantías Individuales y Expansión del Derecho Penal. La ciencia Penal en el umbral del siglo XXI". *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Ius poenale, México, 2001.

pone en peligro a sí misma mediante el mercado de la comunicación. Peligros y riesgos que se encuentran estrechamente relacionados con la globalización y la expansión penal.⁸⁶

Señala este autor que en las sociedades Post-industriales desarrolladas, las implicaciones negativas de desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo, adquieren entidad propia y amenazan en forma masiva a los ciudadanos, ya que ello propicia la aparición de <<nuevos>> riesgos de tal magnitud, especialmente de origen tecnológico, que determinan un cambio de época desde la sociedad industrial a un nuevo tipo de macro sociológico: el de la sociedad del riesgo.

Efectivamente, los riesgos son consecuencia de vivir en una sociedad moderna o Post- industrial, que se organiza alrededor del concepto de peligro y tramita sus conflictos en términos discursivos y tecnológicos igualmente de riesgo.⁸⁷

La “sociedad del riesgo” representa la agonía de una civilización que se ha puesto en peligro a sí misma, pues sus progresos originan la producción de nuevos riesgos, y por ello, enfrenta amenazas de catástrofe ecológicas que generan temor a la sociedad y, por lo tanto, se ve obsesionada por la seguridad.⁸⁸

Podemos entender el curso de la historia como un proceso cambiante, aunque quizás, establece en algunos aspectos, como la libertad y la seguridad, elementos siempre anhelados e indispensables, difícilmente reconciliables sin fricciones, ambos son complementarios e incompatibles, con un alta probabilidad de que entren en conflicto, así como la necesidad de que se reconcilien, dado que promover la seguridad siempre exige el sacrificio de la libertad, pues esta solo puede ampliarse a expensas de la seguridad. Seguridad sin libertad equivale a esclavitud y libertad sin seguridad equivale a estar abandonando y perdido. La

⁸⁶ BECK, Ulrich, La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad, Paidós, España, 1998.

⁸⁷ RIVERA BEIRA, Iñaki; Nicolos Lazo, Gemma, Política Criminal y Sistema Penal, Anthropos, España, 2005, p.226.

⁸⁸ Ibidem, p. 200; 227.

seguridad sacrificada en aras de la libertad se convierte en la libertad de otra gente.⁸⁹

Todo lo anterior nos lleva a afirmar que atinadamente Ulrich Beck calificó a la etapa del industrialismo como “sociedad de riesgo”, entendida esta como modelo social que ha superado en lo económico a la sociedad industrial, cuando la tecnología se ha convertido en la base del funcionamiento social, en la que los hombres han de enfrentarse al desafío que presenta la industria por su capacidad de destruir todo tipo de vida sobre la tierra.⁹⁰

Una sociedad tecnológica es más compleja, como se ha señalado, en la que los riesgos surgen como consecuencia del desarrollo y ello conlleva a replantear el Derecho Penal para enfrentar nuevos fenómenos sociales que requieren de su atención, pues surgen peligros hasta antes desconocidos, como por ejemplo: los que pueden derivar de la manipulación de genes, el uso de la informática y la instalación de plantas de energía nuclear, entre otras. La sociedad industrial clásica con sus nociones de Estado Nacional Soberano, de confianza en el progreso de clases, de conocimiento científico y de bienestar, se transforma en esta nueva figura: “La Sociedad del riesgo”.⁹¹

Se presenta una doble problemática, los riesgos o peligros a que se enfrenta el ciudadano de manera individual en cuanto a su salud y a su vida, como señala González Salas - Campos, por la intervención de terceros, situaciones que se globalizan y eliminan las fronteras, dado que dichos riesgos surgen para todas las naciones por igual, sin importar su potencial económico.

En la década de los ochentas del siglo pasado, los problemas político - criminales se habían convertido, no solo para los políticos encargados de la creación de las Leyes Penales comprometidos para responder ante sus electores y la opinión

⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad, En busca de seguridad en un mundo hostil*, siglo XXI de España Editores, España, 2003, p.27

⁹⁰ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Sociedad del riesgo y Derecho Penal. Nuevas tendencias del Derecho Penal económico y de la empresa*, Ara Editores, Peru, 2005, p. 161.

⁹¹ RIVERA BEIRA, Iñaki; Nicolás Lazo, Gemma, Op. Cit., p. 226.

pública de la eficacia de su gestión, sino también para los teóricos, profesores y asesores de los políticos en estas cuestiones, en los problemas fundamentales del moderno Derecho Penal. Sin embargo, la dogmática seguía manteniendo los clásicos principios de la imputación a partir de una estricta interpretación de los tipos delictivos previstos en las Leyes Penales, determinando con precisión sistemática los presupuestos tanto objetivos de la responsabilidad penal.

Dogmática que se encuentra indiferente o ajena a las necesidades político – criminales que se pretendían conseguir con el Derecho Penal, contradictoria para una política - criminal pragmática decidida a hacer del Derecho Penal un instrumento destacado de configuración de la vida social y de solución de los problemas que el progreso tecnológico y el desarrollo económico planteaban a las modernas sociedades.⁹²

Surge entonces un Derecho Penal caracterizado por la tipificación de delitos de peligro, aumento en la tipificación de la imprudencia y la creación de bienes jurídicos macro sociales o colectivos. Buscando en el Derecho Penal un efecto preventivo, aun en realidad, en estos casos, cumple con una función simbólica, por su poca aplicación, sea porque las instancias correspondientes no lo aplican o porque no existe un bien jurídico definible.

De tal modo, que la política criminal se desenvuelve en un ámbito protector y asistencial, en el que el Derecho Penal se convierte en un instrumento para enfrentar a estos modernos problemas.

María Julia Márquez, entiende al Derecho Penal Moderno como al conjunto integrado por nuevas figuras delictivas incrementadas a las Legislaciones Penales, o bien, las decisiones de modificar o agravar las existentes, con el fin de extender la intervención penal a conductas y ámbitos de la realidad social que antes estaban excluidos de punibilidad.

⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Las reformas de ...*, Op, cit.,
[80]

El Derecho Penal Moderno es un fenómeno cuantitativo que tiene lugar y se desarrolla inicial y principalmente, en la parte especial de los Códigos Penales o en las Leyes Penales Especiales.⁹³

Esto es precisamente lo que lleva a una expansión del Derecho Penal, con el fin de dar respuesta a las nuevas estructuras sociales democráticas de bienestar, en las que las mesas adquieren poder político y tratan de proteger su nuevo *status* y sus intereses a través del Derecho Penal: *“La aparición de riesgos globales exige profundizar en la tipificación de la imprudencia y en el reconocimiento de posiciones de garantes como, criterios de imputación y el resarcimiento de las víctimas”*.⁹⁴

Entre los aspectos más definitorios de lo que se ha dado en denominar sociedad del riesgo, se pueden destacar los tres siguientes:

- a) El cambio en el potencial de los peligros actuales, en relación con los de otras épocas: a partir de los rasgos distintivos apuntados por Ulrich Beck, la sociedad actual se caracteriza por la existencia de riesgos que, a diferencia de los peligros que amenazan con desastres naturales o plagas de otras épocas, son “artificiales”, en el sentido que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de este. Mismos que no son de un magnitud creciente frente a los peligros naturales, sino que son de grandes dimensiones, amenazan a un número indeterminado de personas e, incluso, amenazan la existencia de la humanidad, pues se trata de “grandes riesgos tecnológicos”, como la explotación y manejo de la energía nuclear, de productos químicos, de recursos alimenticios, de riesgos ecológicos, o de los que pueda llevar consigo la tecnología genética, suponen posibilidades de autodestrucción colectiva.

⁹³ MÁRQUEZ, María Julia, Op. Cit., p. 84.

⁹⁴ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., cit., p. 167.

Un aspecto que resalta Ulrich Beck, es que al contrario de lo que ocurría con los riesgos “tradicionales”, de la sociedad industrial primaria, no sería imputable según las reglas vigentes de la causalidad, la culpabilidad y la responsabilidad, ni serían susceptibles de ser objeto de seguro.

b) El segundo elemento caracterizador de la sociedad del riesgo se presenta; en la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad. En el ámbito penal se destaca lo que se podría denominar un “Derecho Penal de la Seguridad”, que asume el carácter del tipo de sociedad de la que se ha hablado y de la que existiría una vaga o difusa culpabilidad por el hecho individual. Solo con dificultades puede ponerse en relación la producción del daño o del peligro y la culpabilidad.

El desconocimiento acerca de los peligros, o de los mecanismos que puedan producir daños, es central en el concepto de la sociedad del riesgo, pues esta, a grandes rasgos, supone que en la sociedad moderna las personas están produciendo su propia inseguridad, en muchos casos a través de las ciencias avanzadas, de manera que los riesgos son desconocidos e, incluso, no cognoscibles. El actual nivel de desarrollo tecnológico de nuestra sociedad no es comprendido por nadie de manera completa, y ello hace que el futuro sea impredecible.

c) Los dos aspectos anteriores condicionan el tercero de los rasgos definitorios de la sociedad, del riesgo esto es, una sensación de inseguridad subjetiva que, como se ha destacado, incluso, puede existir independientemente a la presencia de peligros reales. La caracterización de la sociedad del riesgo que propone el sociólogo Franz- Xaver Kaufmann, basada en las reflexiones de los investigadores científicos, es que se parte de una sociedad cuyos miembros viven más seguros que nunca, pero que paradójicamente, tiene una creciente sensación subjetiva de inseguridad. Que se transforma en una demanda de seguridad siempre en ascenso. Lo que hace que los individuos reclamen de manera creciente

del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad. Sin embargo, se convierte en algo problemático cuando el destinatario de todas las exigencias de seguridad por parte de la opinión pública, de los medios y de las propias autoridades es, sobre todo, El Derecho Penal, incluyendo el Derecho Procesal Penal, que se ven así forzados en un continuo proceso de expansión, destinado al control de nuevos peligros. Esto puede suponer una intervención penal excesiva que abocaría según algunos al desarrollo de un Estado de prevención, o Estado preventivo, que frente al modelo clásico liberal, muestra una inclinación, que partiendo de la seguridad jurídica tiende más bien hacia la seguridad de los bienes jurídicos, convirtiéndose así en un Estado de Seguridad. Con ello se abriría un frente por el que pueden surgir fisuras en aspectos garantistas del Derecho Penal.⁹⁵

En la modernidad, la producción social de riqueza va unida sistemáticamente por la producción social de inseguridades. Y sostiene que en la lógica del reparto de la riqueza que imperaba en la sociedad industrial de clases es desplazada, dando lugar, a la lógica del reparto de los riesgos.⁹⁶

Así mismo, se cuestionan ¿Quiénes deben de hacerse cargo del control y la regulación del riesgo generado por la aplicación del conocimiento científico – tecnológico?, ¿Debe este quedar en manos de los expertos?, Para dar respuesta a estas interrogantes propone la regulación democrática del riesgo, que supone acortar la distancia entre expertos y no expertos, lo que significa romper con el monopolio de la racionalidad científica, siempre subordinada a la autoridad experta. Ante este monopolio de la racionalidad científica, las discrepancias que se originan en la sociedad son consideradas por los expertos como “percepciones” erróneas productos de la carencia de la información. Desde la visión de los expertos: la ciencia fija los peligros, determina; mientras la sociedad los percibe.

⁹⁵ MENDOZA BURGUEO, Blanca, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Civitas, España, 2001, p.p.30-32.

⁹⁶ ULRICH, Beck, op. cit., p. 60.

De acuerdo con Ulrich Beck, el control de los riesgos no puede quedar en manos exclusivamente de la autoridad de los expertos, como únicos dueños de la información y la racionalidad.

Estos aspectos tan claramente plasmados por Blanca Mendoza, que de origen son estrictamente sociales, se trasladan al ámbito jurídico en razón de que los nuevos riesgos se derivan de decisiones y actuaciones humanas individuales o colectivas, y se buscan en el Derecho Penal un medio para contrarrestar y preservar a la sociedad de los nuevos riesgos.

Es importante señalar que esta tendencia no debe abandonar el principio fundamental sobre el que descansa el Derecho Penal, de *ultima ratio*, de ahí que los problemas sociales deben tratar de solucionarse desde todas las posibilidades viables y solo cuando estas no puedan solucionarlos, como última posibilidad, se aplicara el Derecho Penal y no adopta a este como su única solución al problema olvidando su carácter de *ultima ratio*.

Los avances tecnológicos han introducido la aparición de nuevos riesgos que dan lugar a nuevas respuestas penales que amplían el Derecho Penal. Surgen apuros en el transporte, en la fabricación masiva de productos, en la energía nuclear, en la tecnología, en la genética, etc. Peligros que no afectan a individuos determinados, como los delitos más clásicos robo, homicidio, etc., sino a la población en general o a grandes colectivos participes en el tráfico de automóviles, consumidores, trabajadores, o a bienes colectivos, como al medio ambiente. Esta producción de nuevas inseguridades, es vista como una característica de nuestra sociedad, una “sociedad del riesgo”, como lo expresa Ulrich Beck. Ante la proliferación de los peligros, la sociedad reclama mayor protección y exige que el Derecho Penal extienda su alcance al control de los nuevos riesgos.⁹⁷

⁹⁷ MIR PUIG, Santiago, *Globalización, Estado Constitucional y Derecho Penal. Globalización e Internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones Político Criminales y Dogmáticas*, CEPOLCRIM, México. 2003, p.60.

Afirmación con la que coincidimos, pero creemos importante que las nuevas técnicas penales deben respetar el sistema de garantías y libertades de un Derecho Social y Democrático. Porque el problema no es admitir en “Derecho Penal del Riesgo”, sino cuales son las consecuencias que para el propio Derecho Penal conlleva, y hasta qué punto estas pueden presentar una autentica crisis para el Derecho Penal y la Política Criminal.

En aras de legitimar un Derecho Penal de la seguridad, se corre el riesgo de caer en la destrucción del sistema de garantías que se sustenta tanto en los principios político – criminales liberales, como sobre el sistema clásico de imputación.⁹⁸

En resumen, la sociedad de riesgo es un fenómeno que se presenta cuando el ciudadano se siente en una situación continua de inminente peligro, por ejemplo, de ser atacado por una persona, de ser víctima de algún delito , situación que no es exclusiva de nuestro País, en Países Europeos en el fenómeno migratorio lo que propicia el fenómeno de la inseguridad, ante ello la sociedad solicita al Estado cada vez mayor intervención para alejar esa sensación de inseguridad y de riesgo en la que viven permanentemente, lo cual, aumenta la posibilidad de adoptar políticas equivocadas e inconstitucionales en aras de la prevención general.

Insisto, la solución adecuada solo puede venir a través de reconocer y aceptar el carácter subsidiario y de *ultima ratio* del Derecho Penal, en la solución de los conflictos sociales.

2.2. EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO

En la sociedad del riesgo se presenta una creciente demanda de prevención penal ante la cotidiana percepción de inseguridad, lo que se traduce en la creación de tipos penales de improbable aplicación con el único propósito de satisfacer las demandas sociales, esto lleva a una política criminal simbólica,

⁹⁸ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Delincuencia Global*, M.E.L. Editor, Argentina, 2005, p. 60.

dado que la sensación de inseguridad no corresponde a la dimensión de los riesgos reales.

En este contexto una de las críticas que con mayor frecuencia se hace al legislador es la utilización ilegítima del Derecho Penal para causar consecuencias simbólicas en la sociedad, pues toma decisiones legislativas criminalizadoras, no solo sin soporte material que justifique su amparo, sino también utiliza de manera provechosa el Derecho Penal para fines que no le corresponden cumpliendo así una función meramente simbólica mediante un proceso de expansión continua.

Existen diversos conceptos de Derecho Penal simbólico, teniendo como característica común la supremacía que se origina en él, de las consecuencias simbólicas sobre las consecuencias instrumentales, sin embargo, observamos dos perspectivas diversas.

Una señala que es determinante, es mantener la intervención penal a pesar de no ser factibles las consecuencias instrumentales se conserva o se parte de la utopía de que si lo son, de tal manera que se mantengan los efectos simbólicos, para sí mantener la conquista de las consecuencias simbólicas. De tal manera, que se simula perseguir fines diversos de los que efectivamente se persigue, o el mito, de que se verifican determinadas funciones, las que se afirman cuando en realidad las que se cumplen son otras: las potenciales.

Por el contrario, otra perspectiva manifiesta que lo fundamental es la modificación de la injerencia penal en virtud de lo ilegítimo de las consecuencias simbólicas. De donde se deriva que lo fundamental de las consecuencias simbólicas es la intervención penal.

A este respecto, Díez Ripolles, expresa que el Derecho Penal Simbólico no puede entenderse como un problema de desajuste entre los efectos que se pretende (fin) o se creen (función) conseguir, y lo que realmente se pretenden u obtienen. El Derecho Penal Simbólico señala, no nace de la pretensión de garantizar la coherencia entre los programas de decisión, por lo general legislativos y los

resultados logrados, sino de las dudas sobre la legitimidad de la producción de ciertos efectos socio personales. De tal manera que si una intervención penal produce efectos que provienen comportamientos negativos de bienes jurídicos, no se le calificara como “simbólica”, por más que ese efecto o efectos producidos no se hubieren querido o previsto. El énfasis en el engaño o en la ficción, supone, en el mejor de los casos, fijarse en lo adjetivo y en lo más sustantivo, afirma que es más acertado verlo como un problema de deslegitimación de la intervención penal, por carecer de tal legitimidad una buena parte de los efectos producidos, o los más significativos entre ellos. Ni tampoco se trata de una situación de desequilibrio entre los efectos legítimos, los materiales e instrumentales y otros ilegítimos o secundariamente legitimados. El fenómeno lo considera de distinta naturaleza. Se caracteriza porque se originan por medio de la pena consecuencia socio personales, expresivo – integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino que no corresponden a las decisiones político - criminales, que fundamentan la pena.⁹⁹

Hassemer Winfried, expresa que el término derecho simbólico no ha sido objeto de estudio por la doctrina y que él no ha encontrado un concepto preciso y apto de “simbólico” o “legislación simbólica”. Existe un acuerdo global en torno de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho Simbólico; resulta de una oposición entre “realidad” y “apariencia”, entre “manifiesto” y “latente”, entre lo “verdaderamente querido” y lo “distintamente aplicado”; y a los efectos reales de las Leyes Penales. “Simbólico” se relaciona con “engaño”, tanto en sentido transitivo como flexivo.¹⁰⁰

Zaffaroni Eugenio al respecto ha señalado que el Derecho Penal Simbólico es un fenómeno mundial que se presenta cuando el Estado no puede resolver los problemas y toma decisiones para aparentar el poder que no tiene y esas

⁹⁹ DIEZ RIPOLLES, José Luis, “El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena”, *Revista Jurídica Boletín Mexicano del Derecho Comparado*, no. 103, Biblioteca Jurídica Virtual. UNAM, 2011, p.14, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>

¹⁰⁰ HASSEMER, Winfried, *Derecho Penal Simbólico...*, *op.cit.*, p.27.

decisiones se convierten en las Leyes Penales. Y advierte sobre el peligro que presentan las encuestas y sobre todo los políticos que deciden a base de encuestas, pues el político efectivamente ya no debate, sino que actúa frente a las cámaras de televisión y reporteros con base en lo que la mayoría reclama.¹⁰¹

Es así que con el concepto de Derecho Penal Simbólico se denominan normas penales que no tienen como objetivo principal efectos concretos de protección, sino que se emplean como autoproclamación de grupos políticos o ideológicos, al manifestarse a favor de determinados valores u objetar con vehemencia conductas consideradas nocivas, porque cumplen una función que no tiene lugar en la realidad exterior, sino solo en la mente de los políticos, con lo cual se pretende contener al lector, haciéndole creer que a través de nuevas Leyes, notoriamente inefectivas, se están enfrentando aquellas conductas u actos no deseados que dañan a la sociedad en general.

Claus Roxin cuestiona, “¿Son legítimas las Leyes Penales Simbólicas?. Y señala que no es posible dar una respuesta clara al respecto, puesto que todas las disposiciones penales no solo tiene como objetivo evitar y sancionar delitos concretos, sino que también buscan incidir en la conciencia jurídica general, lo que se traduce en la denominada prevención general positiva que forma parte de los fines reconocidos del Derecho Penal. Por lo tanto, manifiesta que la legitimidad o ilegitimidad de los elementos legislativos “simbólicos”, deberá si una disposición con sus objetivos de formar conciencia y de la profesión de fe en convicciones, es verdaderamente necesaria para la protección real de la coexistencia pacífica.¹⁰²

La situación que plantea Roxin se presenta en la realidad de nuestro país, como ejemplo de ello podemos señalar la creciente ola de violencia que se presenta con motivo de la llamada “guerra contra la delincuencia organizada”, nuestro país vive a diario ejecuciones relacionadas con este tipo de delincuencia, lo que origina una

¹⁰¹ ZAFFARONI Eugenio Raúl., *Alagia, et alii, Derecho Penal...*, op.cit., p.467-468

¹⁰² S. a., “El Legislador no lo puede todo”, *Revista de ciencias Penales*, 2004, www.iupuebla.com, p. 337.

creciente denuncia por parte de los medios de comunicación; como respuesta de ello, las autoridades deciden brindar una respuesta comunicacional, agravando los tipos penales relacionados con la delincuencia organizada, mediante la imposición de penas de prisión que equivalen a una reclusión perpetua a la persona que incurra a este tipo delictivo, respuesta que intenta brindar una aparente solución al conflicto, recurriendo al “simbolismo”, con lo cual se envía un mensaje a la sociedad de que el problema será atenuado, sin embargo, ello solo tiene un carácter meramente mediático, que resulta un virtual engaño colectivo, puesto que no se ataca el origen del problema sino que solo se busca acallar la denuncia comunicacional mostrando la preocupación del Estado, y en espera de que surja un nuevo fenómeno emergente en el cual se centre la comunicación, y de esta manera se pierda el interés si se alcanza o no alguna solución al problema anterior.

Como se puede observar todo se sintetiza a un fenómeno comunicativo en donde lo simbólico ocupa un lugar preferente.

Así, en la sociedad actual, denominada sociedad de la inseguridad, se presenta una política criminal orientada hacia el incremento de las sanciones, y a su ejecución rigurosa. Así mismo, se tiende a abandonar la tesis re socializadora y la primacía de los aspectos de prevención especial negativa, ó sea, la intimidad individual. Ello en una expresión del claro asentamiento de políticas de “Ley y Orden”.

Los tipos penales también han sufrido modificaciones, pues se introducen en ellos nuevos objetos de protección, con la anticipación de las fronteras de la protección penal con lo que se ha presentado una modificación del modelo “delito de lesión de bienes individuales” al modelo “delito de peligro (presunto) para bienes supra individuales”, transitando por todas las modalidades intermedias. Por estas razones los legisladores han promulgado numerosas Leyes Penales, que no dejan de guardar relación con el contexto o con las condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales más clásicos.

Aparecen así junto a los delitos clásicos otros en el ámbito socioeconómico. La protección penal del medio es un ejemplo de esta tendencia.

Efectivamente; el medio ambiente constituye el “contexto” por excelencia de bienes personales de máximo valor, por lo cual, el ordenamiento jurídico tiene ante sí un reto, el de garantizar lo que algunos caracterizan como “desarrollo sostenible”.

A pesar de ello, resulta aventurado colocar al Derecho Penal en la vanguardia de la gestión del problema ecológico de su globalidad, aún y cuando el bien jurídico medio ambiente se entiende como el conjunto de fundamentos naturales elementales de la vida del hombre, y que no se pueden proteger por sí mismos, y que son condición necesaria para la vida humana.

En el medio ambiente, como otros bienes supra individuales, lo que se protege es, sencillamente, el contexto con lo que se afirma la tendencia a provocar la intervención del Derecho Penal tan pronto como se afecta un cierto ecosistema en términos que superan los estándares administrativos establecidos.

Esta protección de contextos cada vez más genéricos del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, llevan al Derecho Penal a entrar en relaciones con los fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente contempladas son por el contrario de “intensidad baja”.¹⁰³

Lo anterior, nace como consecuencia del reclamo de la opinión pública estimulada por los medios de comunicación social que presionan al órgano legislativo para que realice reformas que permitan al Derecho Penal ocuparse de aquellas problemáticas que surgen en los debates públicos en relación con los problemas sociales extraordinarios, ante esta situación, las autoridades del Estado Mexicano, por intereses socio - político - económicos abanderan y fomentan dichas demandas.

¹⁰³ ROXIN Clause, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Traf. Thomson, Civitas, España 2006. P.61.

Así, el Poder Legislativo actúa creando normas legales menos orientadas a la protección de bienes jurídicos, apegadas a demandas colectivas sobre cierta realidad social conflictiva, aun y cuando la norma que cree no ayude a la solución del problema, a esto se denomina “comportamiento legislativo declarativo-formal”, por lo que resulta necesario elaborar una teoría y una técnica de la legislación penal que razone los presupuestos materiales, no solo formales de toda determinación legislativa penal, a fin de identificar el bien jurídico a proteger y presentar el principio de intervención mínima, así como determinar los límites dentro de los cuales el Derecho Penal puede utilizar los denominados efectos simbólicos de la sanción y de las normas penales, con sustanciales al Derecho Penal, consciente de su legitimidad, para la obtención de sus fines.

Si admitimos que el Derecho Penal Moderno ya no sea considerado como un instrumento de reacción frente a la violación de los bienes jurídicos más relevantes, y que se convierta en un instrumento de política de seguridad, adquiriendo funciones del Derecho Civil o Administrativa, ocasiona varios problemas, por ejemplo, el llamado “déficit de realización”, que significa que algunas Leyes del moderno Derecho Penal no son aplicadas como deberían y muchas veces, cuando son correctamente aplicadas, generan resultados injustos o arbitrarios, de esos deriva el riesgo de que el Derecho Penal queda reducido a una función simplemente simbólica, apartándose de sus diferentes funciones, cuando en realidad los efectos simbólicos de la intervención estatal solo son admisibles como efectos secundarios, y no como los vitales. Los efectos simbólicos están vinculados al fin o a la función de transmitir a la sociedad determinados mensajes o contenidos valorativos desde el poder, y su capacidad de influencia, quedaría limitada a las mentes o a las conciencias, en las que se generarían emociones, o meras representaciones mentales, y en consecuencia, no deben de predominar sobre la función de protección de los bienes jurídicos.

El Derecho Penal Simbólico resulta un fenómeno de la crisis de la política criminal actual dirigida a las consecuencias, lo que transforma de manera progresiva, al

Derecho Penal con un instrumento político protector de bienes jurídicos universales como de delitos de peligro abstracto, que responde a la percepción de inseguridad y de una “sociedad de riesgo”; en consecuencia al Derecho Penal se le está asignando tareas que no puede cumplir porque no corresponden a su función por lo tanto, aquel que no cumpla los propósitos de una política criminal y engendra la desconfianza entre la población sobre los órganos encargados de administrar la justicia, pues al no lograrse los fines que la sociedad espera de la legislación, pone en duda las tareas encomendadas a estos órganos de justicia.

La función simbólica atribuida a las Leyes Penales, de acuerdo a algunos autores, llega a legitimar por si sola al Sistema Penal, así se señala que ejerce sobre los ciudadanos un efecto psicológico que genera diversos sentimientos, a veces contradictorios, pues mientras en el legislador puede producir sentimientos de tranquilidad, congratulación, esperanza, etc.; en los ciudadanos puede producir un sentimiento de desconfianza, desesperanza, desilusión, etc.; pero, en general, pretende que la sociedad se convenza de que las normas que se aplican son eficaces y, en consecuencia, protegen los bienes jurídicos más preciados por los ciudadanos.

Esta postura parte de la distinción entre “función instrumental” y “función simbólica” del Derecho Penal; para la primera el ordenamiento penal resulta un mecanismo o instrumento de protección y prevención de bienes jurídicos; en tanto que para la segunda es el resultado del efecto psicológico que en la sociedad provoca la actuación del Estado en materia penal.

Sin embargo, se puede afirmar de manera categórica que el Derecho Penal cause un efecto psicológico en los ciudadanos, y aún afirmando que lo causase, surge la interrogante de si ese efecto sirve realmente para manifestar de este una función

de Derecho Penal, máxime que tal efecto psicológico puede ser de muy variadas facetas y, aun más, contradictorias.¹⁰⁴

Observamos que en “la sociedad de riesgo” surge una contradicción: por un lado la pretensión expansionista de un Derecho Penal que para atender a los problemas políticos y económicos utiliza a este mas allá de la función de protección de bienes jurídicos, condiciones con restricción de las garantías esenciales al Estado de Derecho, y por otro, la despenalización de conductas lo que se traduce en otorgar al Derecho Penal una función simbólica que vulnera al principio de intervención mínima.

2.3. EL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVIZADO.

La precipitada expansión legislativa en materia penal da como resultado mezclas legislativas de sanciones reconstruidas y reparadoras de medidas de coacción directa y de penas que tienen su origen en diversos motivos, algunos de sistematización imposible, porque corresponden a defectos técnicos o a la necesidad política de componer criterios incompatibles o de impactar a la opinión pública con una respuesta desde el poder legislativo.

La expansión del Derecho Penal que se ha presentado en las últimas décadas, ha llevado a una transición rápida del modelo del delito de lesión de bienes individuales a un modelo de delitos de peligro para bienes supra individuales. Ello mismo genera, a nivel legislativo, la elaboración y promulgación de nuevas Leyes Penales que no corresponden con las condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales clásicos, surgiendo nuevos delitos, sobre todo en el ámbito socioeconómico, que se alejan de la protección de los bienes jurídicos individuales.

¹⁰⁴ POLAINO NAVARRETE. Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Porrúa, México, 2001.

El Derecho Penal Moderno no solo protege los bienes jurídicos, sino que además salvaguarda la correcta gestión de los riesgos generales, con lo cual es indudable que se presenta una administrativización del Derecho Penal.

Muestra de ello son los delitos ambientales, que se encuentran regulados en el Derecho Administrativo a través de la Ley correspondiente, de forma más extensa que la Legislación Penal, sancionado con diversas infracciones administrativas de multa y otras medidas accesorias, por tanto, el incluirlas en el Código Penal no tiene otra finalidad que la amenaza, que sería un claro ejemplo del Derecho Penal Simbólico, pues en la práctica, al estar sancionados con penas alternativas de prisión y multa, los jueces generalmente optan por la pena de multa y, desde luego, que al incluir a estas conductas como delitos, se transgreden los principios de *ultima ratio* e intervención mínima, principios rectores del Derecho Penal. La misma suerte corren los delitos, del orden económico, empresarial o de negocios.

Silvia Sánchez, al referirse a la protección penal del medio ambiente, afirma que no es posible negar que su protección deba constituir uno de los principios organizativos fundamentales de nuestra civilización, sino que deben ser básicos, ya que establecen el tenor, por excelencia de protección de los bienes personales y sociales del máximo valor.

Resultando así un reto para el ordenamiento jurídico: proteger el denominado “desarrollo sostenible”. A pesar de ello, resulta insensato colocar al Derecho Penal en el primer plano de la “gestión” del problema ecológico en su globalidad. Sin que ello signifique negar la importancia de proteger al medio ambiente, dada su condición necesaria para el desarrollo de la vida humana. Al protegerse bienes jurídicos supra individuales lo que se protege es el contexto, aumentando la tendencia de inducir la intervención del Derecho Penal, apenas se afecte un ecosistema en la medida que se supere los estándares administrativos establecidos.

Así se produce seguramente el apogeo de proceso; el Derecho Penal, que reaccionaba a *posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado, se ha convertido en un Derecho de Gestión, punitiva de riesgos generales y, en esa medida se ha “administrativizado”.¹⁰⁵

Por otra parte las agencias administrativas de control carecen de un adecuada capacidad de gestión del riesgo, aunada a una desconfianza en el Sistema Administrativo al que se le considera responsable de la situación y no como instrumento del control, por parte de la sociedad, situaciones que son el sustento de la criminalización de alguno de los comportamientos de riesgo. Para esto se utiliza la técnica legislativa denominada “administrativización” del Derecho Penal que reside en que “la norma penal contenga un injusto administrativo o de una disciplina extra penal, con algún elemento adicional o selectivo, aplicando una sanción penal”.¹⁰⁶

Las tesis clásicas distinguían entre ilícito penal e ilícito administrativo, el primero es aquel que lesiona un bien jurídico, en tanto que el segundo, es un acto de desobediencia ético- valorativamente neutro. Más adelante fue vigorizándose la tesis de la diferenciación meramente cualitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual, la característica de este último es un menor contenido de injusto. A este respecto, Welzel señala: “a partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta lo más lejano ilícito de vágatela, e incluso las infracciones administrativas (Ordnungswidrigkeiten), están (...) vinculadas con ellas”.¹⁰⁷

Silva Sánchez considera erróneo la perspectiva que solo se centre en lo injusto y su conformación para distinguir el ámbito de lo penal y lo administrativo, razón por

¹⁰⁵ PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, *La Seguridad como Fundamento se la deriva del Derecho Penal postmoderno*, Lustel, España, 2007, p.309.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 322.

¹⁰⁷ SILVA SANCHEZ, José María *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2^a, Editorial IB, Argentina, 2006, p.135-136

lo que califica de esa manera, a la teoría clásica de base ética; también considera incompleta la moderna teoría de la diferenciación cuantitativa; pues lo trascendental de la llamada diferenciación no es solo la configuración de lo injusto, sino los criterios desde los que se contempla, así como los criterios de imputación de ese injusto y las garantías de diversos signos formales y materiales que circundan la imposición de sanciones al mismo, y califica el sometimiento a un Juez como diferencia cualitativa, como lo es la imposibilidad de que la administración imponga sanciones privativa de la libertad y que tiene relación con la repercusión comunicativo-simbólica de la afirmación de que se concurre en una infracción penal; plantea la idea de que procede introducir una perspectiva de diferenciación cualitativa que ha de incidir ante todo, en la forma de entender la lesividad de una y otra clase de infracciones, así como en los criterios utilizados para su imputación.

La postura anterior retorna el criterio tecnológico, esto es, la finalidad que persiguen respectivamente, el Derecho Penal y Administrativo Sancionador. El primero protege bienes concretos a casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. En tanto que el segundo, persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad, reforzar mediante sanciones un determinado modelo de gestión sectorial, razón por la que no tiene porque seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que atiende a consideraciones de afectación general estadística, y no tiene que ser tan estricto en la imputación ni en la persecución; se rige por criterios de oportunidad, y no de legalidad.

Efectivamente, como señala este autor, es necesario introducir un género de diferenciación cualitativa entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, pues es precisamente la lesividad de una y otra clase de infracciones, los criterios utilizados para su imputación.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Ibidem, p. 137.

Cuando se legisla en materia penal, en general, se hace junto a disposiciones relativas a coerción administrativa, como resulta ser la ejecución subsidiaria, multas administrativas, entre otras, y en muchas de ellas junto a sanciones reparadoras y restituidas, lo que desde luego no es censurable, lo que si resulta grave es que la doctrina se confunda y que quien pretende abarcar la totalidad, deje de hacerlo interdisciplinariamente y aplique a todas las disposiciones legales criterios administrativos y, sobre todo, que la administración, aprovechando esta confusión, se atribuya la facultad de ejercer poder punitivo, cuando en realidad su poder legitimo no puede exceder del marco de coacción directa. Es necesario evitar que los poderes ejecutivos aprovechen una con función para violar la prohibición Constitucional de imponer penas pues el Juez Penal tiene competencia para aplicar sanciones administrativas, pero la administración no puede imponer penas.¹⁰⁹

El artículo 21 Constitucional establece, que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, por lo tanto, es esta la única facultad para aplicar penas y como bien señala Zaffaroni, dentro de esta facultad puede aplicar también sanciones administrativas, mientras que la autoridad administrativa solo es competente para aplicar sanciones dentro de su materia.

Es cierto que el derecho penal tiene como característica principal la pena como sanción jurídica y que este es, básicamente, una argumento formal y no sustantivo, sin embargo en el Derecho Administrativo Sancionador, existen sanciones que, dada su gravedad, son equiparables a las penas impuestas en el Sistema Penal, como así lo expone Polaino Navarrete; sin embargo, contrario a lo que señala este autor, considero que la pena de prisión, facultad exclusiva de los órganos jurisdiccionales, es lo que diferencia al Derecho Penal del Derecho Administrativo, dado que no observo sanción administrativa que pueda equiparse

¹⁰⁹ ZAFFARONI, E. Raúl., Alagia, A; et alii, Derecho..., op. Cit; p.215.

a la restricción de la libertad de un ciudadano, como resulta ser la pena de prisión.¹¹⁰

El Derecho Administrativo es definido como “un derecho especial formado por un equilibrio entre los privilegios de la administración y las garantías de los ciudadanos”; es decir, por una serie de “privilegios en mas y en menos”, según la clásica expresión francesa.¹¹¹ Dentro de esos poderes y privilegios destaca la potestad sancionadora de la administración; quien en ejercicio de ello puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracción administrativa; por una norma en aquellos ámbitos de la realidad cuya intervención y cuidado le han sido previamente encomendados.¹¹²

Como modelo de Derecho Administrativizado, podemos señalar el Derecho Penal Europeo, por lo siguiente: a) desde el punto de vista del sujeto competente y dada la inexistencia de una competencia directa del parlamento para legislar, es una instancia burocrática, el Consejo asume el impulso de proceso de creación de un Derecho Penal Europeo; b) este impulso corresponde ante todo a motivaciones tecnocráticas y a los déficits constatados en la gestión de los ingresos y egresos de la Unión Europea; c) Por lo anterior las propuestas de derecho penal, criminal europeo, toman como punto fundamental de referencia el derecho administrativo sancionador europeo ya existente.¹¹³

El derecho administrativo sanciona conductas perturbadoras de los modelos sectoriales de gestión, su interés se centra en la globalización del modelo, en el sector, en su integridad, por eso tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales. No se trata del riesgo concreto como riesgo en sí mismo, relevante es imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo

¹¹⁰ POILANO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, 2001, S.I., edic., p. 260.

¹¹¹ RIVERA LLANO, Abelardo, *op.cit.*, s.p.

¹¹² CANO CAMPOS, Tomas, “Derecho Administrativo Sancionador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, no. 43, enero-abril 1995, www.cepc.es/rap/publicaciones/revistas

¹¹³ PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, *op.cit.*, p.323.

determinante es la visión macroeconómica o macro social, las “grandes cifras”; “el problema estructural” o “sistémico”.

Por tanto, el Derecho Administrativo Sancionador no requiere para sancionar que la conducta específica en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico y, en consecuencia, tampoco se requiere un análisis de lesividad en el caso concreto. Tampoco se rige por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino por puros criterios de oportunidad, lo que es necesario, mas bien, es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el buen orden del sector de una actividad determinada.

A este derecho se le ha considerado esencialmente como el derecho del daño cumulativo o del daño derivado de la repetición, que exime de una valoración del hecho específico, requiriendo solo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que este se estimara lícito.

La tipificación de infracciones administrativas, aunque pretenda cumplir funciones de protección social y de hecho las cumpla desde la perspectiva global, macroeconómica o macro social, muchas veces sólo adquiere ese aspecto material si se contemplan en conjunto, pues vistas una a una, resultan ciertamente, formales, muchas veces ni siquiera de peligro abstracto, sino de mero peligro global, estadístico, etc. Por tanto, tiene razón Torio López cuando propone la discriminación de los delitos de peligro abstracto, en los que se hace abstracción del peligro, siendo este un dato meramente estadístico.

El planteamiento anterior nos lleva a concluir que la solución de los problemas que presenta la sociedad de riesgo de la protección de seguridad, es el Derecho Administrativo sancionador a los que pertenecen, en propiedad, los tipos de peligro abstracto que no deberían de formar parte del derecho penal, con mayor razón cuando están referidos a bienes jurídicos universales o colectivos, estos tipos deben ser incluidos en el Derecho Administrativo, pues su criminalización

nos llevaría a una administrativización del Derecho Penal, lo que implicaría que este despoje al derecho administrativo de funciones que le son propias. Dado que el Derecho administrativo tiene como finalidad la ordenación de la actividad de determinados sectores de la vida social que se presentan en diversos ámbitos y que afectan a la organización administrativa estatal. A fin de detener el proceso expansivo, en el ámbito de los riesgos tecnológicos, Romeo Casabona propone una gestión democrática del riesgo, para lograr un equilibrio entre los diversos intereses presentes en la sociedad.

En esta función de análisis y gestión de riesgos resulta transcendental el papel que puede desempeñar el principio de precaución, que se genera cuando se presenta una incertidumbre científica, que crea la necesidad de adoptar medidas para protegerse de problemas consecuencias nocivas potencialmente graves de una actividad, esto aún no existen pruebas científicas en la relación causa-efecto. Pues interpretar este principio exigiendo prueba absoluta de seguridad de una nueva técnica o tecnología, llevaría a paralizar a la sociedad porque ninguna de ellas podría cumplir dicha exigencia, otras enunciaciones, en la lógica del coste - beneficio, realizan una evaluación discrecional en las que sobresalen las consideraciones económicas sobre las consecuencias graves, irreversibles o previsiblemente catastrófica, de estas concepciones del principio de precaución encontramos en común tres elementos esenciales: a) la seria creencia de que una tecnología o actividad puede conllevar un peligro grave de alcance colectivo; b) la falta de evidencia plena o incertidumbre científica respecto a la naturaleza y dimensión del daño; c) se toman las medidas para anticiparse y prevenir el eventual daño.

Si optamos por el elemento, c) esto implica que se fundamente la intervención penal partiendo del principio de precaución. Si mediante el principio de prevención se entiende a adoptar aquellas medidas que sean adecuadas para eliminar o reducir los efectos negativos para intereses protegidos, fundándonos para ello en

conocimientos científicos ya adquiridos, se presenta como consecuencia generalizar la utilización en ese ámbito de Leyes Penales en blanco.

Cuando los conocimientos científicos o técnicos no hacen posible conocer con certeza la relación causa – efecto, surge el principio de precaución actuando sobre riesgos que no se han convertido en peligro. De tal manera que en el primer ejemplo la exaltación del riesgo – beneficio llevaba a enfrentar el concepto de riesgo permitido, mientras que en el segundo, actualmente, frente a la inseguridad e incertidumbre se adopta el principio de precaución, que es utilizado para legitimar la intervención penal cuando no sabemos si determinado proceso tecnológico, e incluso situación social, pueden llegar a producir un resultado dañoso u ocasionar perjuicios, lo que equivale a establecer una medida cautelar en el desarrollo de una actividad.

En conclusión, al principio de precaución se le atribuye la cualidad de construir una especie de barrera de seguridad en la sociedad del riesgo, el castigar conductas cuya lesividad no está probada, se legitima por la necesidad de ejercer una protección efectiva frente al riesgo. Aunque se afecte el principio de subsidiariedad al prescindir totalmente del filtro que representan los sistemas de control social de carácter extrapenal.

El principio de precaución indica un acercamiento hacia la administrativización del Derecho Penal en el ámbito de los nuevos riesgos, lo que se interpreta como una aproximación del Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Penal en el escenario de las garantías, y no como una deformalización del Derecho Penal acompañada de la pérdida de garantías. Actualmente, con el principio de precaución se da una de formalización del Derecho Penal al incriminarse de forma anticipada hechos de nueva tipificación en el ámbito penal, lo que lleva a afirmar que se utiliza el Derecho Penal para gestionar los riesgos, sin tomar en cuenta otros medios de control social.

El adelantamiento de la intervención penal se presenta en los delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico en detrimento de los que requieren un resultado material lesivo, el problema se presenta en que la utilización de esta técnica depende de la decisión del legislador que no solo tiene en cuenta valoraciones del bien, sino también criterios de oportunidad política y convivencia para la actividad de la policía. De ahí que cuando se trate de conductas que ponga en peligro abstracto bienes jurídicos supra individuales, sea indispensable distinguir entre los comportamientos típicamente relevantes y los que no lo son, pues aquellos alcanzaran la calificación de delitos y los otros de infracción administrativa. La descripción típica deberá darse con claridad sin recurrir a la técnica de Leyes Penales en blanco, mientras que los tipos de peligro abstracto pueden conservarse como ilícitos penales, sin riesgo de ser confundidos con infracciones administrativas.¹¹⁴

No nos oponemos a la extensión del poder punitivo de la administración, aunque se produzca un detrimento del orden punitivo de los órganos jurisdiccionales, siempre que se respeten las garantías fundamentales, pues de esta manera se afirmaría el principio de “intervención mínima del derecho penal”.

2.4. LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS FINES DEL DERECHO PENAL.

Existen consensos en la dogmática Penal contemporánea para afirmar que el Derecho Penal cumple una función de tutela o protección de los bienes o valores fundamentales necesarios para el pacífico desarrollo de la vida en sociedad frente a las conductas delictivas. Estos bienes y valores del individuo o de la comunidad, esenciales a la sociedad pluralista y liberal se denominan “bienes jurídicos”.¹¹⁵

En un Estado Social y Democrático de Derecho, sólo deben protegerse como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en que afecten las

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Idem.

posibilidades de participación de individuos en el sistema social, y para que estos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídicos - penales, es preciso que tengan una importancia fundamental. Bajo la exigencia de que sean los propios ciudadanos quienes decidan que objetos reúnen las condiciones requeridas para constituir esos bienes jurídicos.¹¹⁶

Lo anterior presupone que no entendamos al derecho como un sistema normativo cuyo sentido se agota en el mantenimiento de sus propias normas, al estilo de Luhmann y Jakobs, sino con un sistema al servicio de las necesidades de los seres humanos, como un sistema normativo en pro de los sistemas biológicos representados por los individuos.

En este orden de ideas, es preciso recordar que para el normativismo radical la pena tiene por finalidad la confirmación de la configuración normativa de la sociedad, en tanto que el delito vendría a ser el quebrantamiento de la norma la expresión o manifestación del autor del hecho de que no se rige por la misma, lo cual envía un mensaje a la sociedad de pérdida de vigencia de la norma. En este sentido, el fin último de la pena sería el restablecimiento del sistema de comunicación que ha sido alterado.

Una crítica a lo anterior, es que se extrae el contenido material al injusto penal que se actualizaría de manera total al remitir únicamente a la desobediencia o infidelidad hacia la norma, esto conlleva a desaparecer los límites entre injusto y culpable e incluso, entre tales elementos y la propia tipicidad, si aceptamos esta postura de Jakobs, se corre el grave riesgo de legitimar cualquier actuación del Estado en el ejercicio de su potestad punitiva, por muy arbitraria que sea bajo la justificación de reafirmar la vigencia de la norma o algo más grave, resulta ser el

¹¹⁶ LASCANO, Carlos J; *et alii*, *op. Cit*; p.18.

mantenimiento de regímenes autoritarios o manifestaciones como el Derecho Penal del enemigo.¹¹⁷

Se ha dado un proceso de expansión inflacionaria del Derecho Penal hasta el extremo que se dudaría su constitucionalidad. El incremento de tipos de peligro abstracto, la aplicación de los ámbitos jurídicamente relevantes, la multiplicación de los tipos omisivos, el acuñar tipos con bienes jurídicos “difusos”, etc.; que dudosamente pueden soportar el tamiz del principio de lesividad y de reserva entre otros situación que asemeja el ejercicio del poder punitivo de los Estados totalitarios, en los que la finalidad de este ejercicio desordenado del poder responde al mantenimiento de ideologías; mientras que en los Estados post modernos difícilmente encontramos una causa o fin que oriente el ejercicio del poder punitivo, en general, podemos afirmar que se limita a utilizar al delito como una herramienta política para demostrar las bondades de la paz social con un valor fundamental para la sociedad, o sea, se resuelve todo en el plano simbólico y no en el instrumental. Con esto no pretendemos deslegitimar todo poder punitivo, sino sólo aquel al que nos hemos referido. Considero que será legítimo aquel que por un Estado de paz pretenda reprimir conductas que naturalmente constituyan delitos.

La solución para frenar esta “inflación” presente en el Derecho Penal se daría respetando los Principios de Subsidiariedad, Lesividad y Proporcionalidad. Principios que tienen su origen en los postulados que rigen la potestad punitiva consagrada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Fundamental la teoría jurídica en el reconocimiento de que en el Derecho a de servir al ciudadano, me parece obligado para una concepción democrática del derecho; ello supone renunciar a una teoría jurídica penal válida para cualquier contexto político.

¹¹⁷ RODRIGUEZ MORALES, Alejandro, “El bien Jurídico en el Derecho Penal de hoy. Técnica legislativa, Big Crunch e Injusto Penal”. En “Sistema Penal”, *Revista de Ciencias Penales*, No. 2, Ubijus, México, abril- junio, 2008, p.151.

Si el Derecho a de estar al servicio de los Derechos Humanos, abra de proteger los intereses reales de estos, ya sea directamente vinculados a su individualidad, como la vida, la integridad física, la libertad sexual, etc., o mediado por las instituciones de las que dependen los intereses individuales, como la administración de justicia u otras instituciones estatales. Los bienes jurídico - penales, han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen, por su importancia fundamental, la máxima protección que supone el Derecho Penal, así entendidos han de constituir la referencia básica para determinar la función del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Como señala Ferrajoli, los fines de Derecho Penal no son distintos de la del bien jurídico lesionando, se trata de la esencia misma del problema, de la justificación del Derecho Penal, no ya desde los costes de la pena, sino desde los beneficios cuyos logros pretende.¹¹⁸

De tal manera que el problema del bien jurídico es el problema de los fines del derecho penal y la función que se le atribuye a este, ya sea en el plano del ser, efectos comprobados empíricamente o al nivel del debe ser, resultados que se pretenden lograr con el derecho penal, quienes determinaran la concepción del bien jurídico. Pues, cabe mencionar que son diferentes las nociones del bien jurídico según se atribuya al Derecho Penal, o a las normas penales, la misión de protección de valores esenciales de la comunidad, la cohesión social frente a la ruptura del sistema o la de minimización de las reacciones plenas, formales o informales, vinculadas a los delitos.

El concepto de bien jurídico debe aplicarse con dos elementos que caracterizan una orientación garantista, el carácter fragmentario y subsidiario de la tutela que ha de procurar el Derecho Penal a dichos bien jurídicos, a este respecto, Puig señala que no pueden identificarse los bien jurídicos con los bienes jurídico – Penales, pues son estos los que corresponden al Derecho Penal. El bien jurídico

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y ...*, op. Cit., p.467.

sería la condición que asegura la convivencia en sociedad, mientras que el bien jurídico – Penal, sería solo aquella condición que tiene suficiente importancia social y que requiere de protección por parte del Derecho Penal. Esto nos lleva a considerar que la afectación del bien jurídico debe ser grave, como grave es la consecuencia jurídica que se atribuye a los delitos; esto equivale a protección fragmentaria y por otra, a que la protección del bien no puede ser relacionada por otro medio más que por el punitivo, lo que equivale a la protección subsidiaria.¹¹⁹

Es ampliamente aceptada la idea de que el Derecho Penal regula conductas humanas con el bien común como meta principal, sin embargo, aún no se logra el concepto general para dar respuesta a la interrogante de cuál es la finalidad de añadir una previsión punitiva a las disposiciones normativas, las respuestas posibles la encontraremos en la teorías de las penas, y de ellas dependerá la visión global del Sistema Penal.

Podemos señalar que el bien jurídico nos indica cuáles son los principales intereses al interior de una sociedad y es esta la razón por lo que deben ser protegidos por el Estado, por medio de la pena pública.

El concepto de derecho penal, como una herramienta para limitar el poder punitivo del Estado, es sostenido por Zaffaroni, quien señala que el Derecho Penal tutela los bienes jurídicos de todos los habitantes en la medida que neutraliza la amenaza de los elementos del Estado Policiaco; y propone que el fin del Derecho Penal sea la protección de los bienes jurídicos, la seguridad jurídica, pero en vez de proteger los de las víctimas, eventuales o futuras víctimas, que asuma el compromiso real de proteger los bienes jurídicos que efectivamente son amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo.

Pablo Salazar, expone que la teoría funcionalista, señala que el derecho penal sirve para mantener la confianza en el Derecho, por tanto, la tutela recae sobre la norma en lugar de sobre los bienes. Esto conlleva a que en el derecho penal

¹¹⁹ RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro, Op. cit., s.p.

pierda su poder de control sobre una política - criminal deseosa de mayor efectividad. Complicándose cuando los medios para lograr dicho fin quebrantan conquistas humanas y olvidan el concepto de persona.

Esta teoría vacía el contenido de la idea de bien jurídico y posibilita la introducción de cualquier elemento que quiera adaptar el derecho penal a los complejos cambios sociales. Una moderna doctrina del bien jurídico impone límites precisos al legislador pues los bienes fundamentales que deben de proteger el Derecho Penal son derivados de la Constitución, de lo contrario pudiéramos caer en un Derecho Penal Autoritario, pues también este tipo de Estados poseen Constituciones. Además se hacen necesarios atender a los modernos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que proporcionan un Catálogo de derechos fundamentales que deben de proteger todos los Estados Contemporáneos.

Otro inconveniente de la teoría funcionalista es que su principio de protección de normas implica la negación de una garantía de racionalidad, como resulta la atipicidad en los casos de afectaciones de poca importancia al bien jurídico. Si la norma no se compone de ningún juicio de valor en relación con los bienes esenciales de la sociedad, el Juez únicamente se limitaría a constatar la adecuación de la conducta al tipo y la infracción a la norma, sin realizar análisis algunos en relación con el grado de lesión en el caso concreto.

A su vez, el derecho penal mínimo establece la intervención punitiva sólo para los conflictos más graves. Esto nos permite identificar el fin proteccionista del Derecho Penal en dos vertientes: la pena sirve para prevenir los delitos y también los castigos injustos; no tutela solo a la víctima, sino también al delincuente frente a las relaciones informales públicas o privadas; estos fines preventivos descansan sobre la base de legitimar conjuntamente la necesidad política del derecho penal, como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites del Derecho Penal en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con las penas.

Para la perspectiva Minimalista, el Derecho Penal no protege bienes jurídicos, a excepción de los del ofensor frente al poder punitivo Estatal, mientras que si protege o pretenden proteger las normas penales; la función dentro de este enfoque del Derecho Penal, es ser un límite del poder punitivo estatal, se constituye en guardián de los bienes jurídicos del infractor y las normas jurídicas penales tienen una función preventivo general negativa, de tal forma, que el poder penal del Estado aplicado racionalmente, resguarda ciertos valores esenciales para la vida de una comunidad, por tanto, lo que protege al bien jurídico es la norma al establecer una prohibición, bajo la amenaza de una pena.

Es cierto que no es posible lograr evitar toda lesión de bienes jurídicos sólo porque exista una norma que enuncie protegerlos por medio de la prohibición de ciertas formas de toda lesión de bienes jurídicos, cuando exista posibilidad de comprensión de antijuricidad, como la aptitud de comportarse en el sentido de dicha comprensión, la amenaza de pena será en sí misma la única protección que puede ofrecer el poder punitivo, capaz de motivar al sujeto en el sentido de la no lesión.¹²⁰

Juan Bustos, señala que el delito se constituiría sobre los bienes jurídicos, en consecuencia, la determinación material de los tipos penales solo puede surgir a partir del bien jurídico.¹²¹

Esto ratifica que los tipos penales se configuran para la protección de los bienes jurídicos y no de tendencias políticas, éticas, religiosas o culturales, solo así se puede garantizar la función garantista del tipo penal dentro de un Estado Democrático de Derecho.

De manera personal considero que el Derecho Penal tutela bienes jurídicos y es precisamente esto lo que asigna un límite racional a la aspiración ética del Derecho Penal al pretender que no se afecten bienes jurídicos ajenos.

¹²⁰ SALAZAR, Pablo A; *Bien Jurídico, Derecho Penal...*, op.cit; p. 123-124

¹²¹ BUSTOS RAMIREZ, *Bases Criticas de un Nuevo Derecho Penal*, Jurídica Cono sur, Chile, 1994, p.73.

Y si bien es cierto que la realidad social ha llevado a la doctrina a plantear la necesidad de proteger bienes jurídicos colectivos, y esto conlleva a establecer nuevas estructuras de imputación, como en el caso de las personas jurídicas y medio ambiente, entre otros, no debe concentrarse toda esta problemática dentro del derecho penal, pues aun en la modernidad debe seguir prevaleciendo el principio de subsidiariedad.

Resulta una realidad que el Derecho Penal es una herramienta de control social del Estado para proteger la convivencia ordenada en comunidad, sin embargo, se ha acudido a él de manera reiterada, para tratar de dar solución a todos los reclamos sociales, en lugar de hacer uso de otras alternativas político – criminales más funcionales y menos dañinas, como podrían ser las medidas de prevención general, olvidando que un Estado Democrático Moderno, es aquel que cuenta con diversas alternativas político - criminales para garantizar a la sociedad sus intereses y no solo las medidas represivas, como lo son el incremento de las figuras delictivas, el endurecimiento de las penas y medidas, sino la flexibilización de mecanismos que permitan al órgano investigador lograr con el menor esfuerzo su objetivo, sin importar que con ellos se violenten Derechos fundamentales y no se logre garantizar, de mejor manera, los bienes jurídicos de los individuos y de la colectividad.

CAPÍTULO 3

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

3.1. LA GLOBALIZACIÓN

El mundo actual vive profundas y violentas transformaciones que impactan aspectos de la vida socioeconómica, política, cultural, tecnológica, científica y jurídica que impulsan cambios sociales y estatales para adecuarnos a ellos.¹²²

Ante este panorama el fenómeno de la globalización ha invadido nuestro mundo, lo ha modificado en todos los aspectos, las fronteras desaparecen, aparecen los mercados comunes, las monedas se unifican, los medios de comunicación nos llevan a concluir que los límites espacio – temporales también han desaparecido, la tecnología nos permite realizar actividades antes inimaginables.¹²³

En este aspecto, Zygmunt Bauman, señala que las distancias ya no importan y la idea del límite geofísico es cada vez más difícil de sustentar “en el mundo real”, que aparecen un poder extraterritorial cuya esencia es la libertad de explotar para evadir impuestos y obtener grandes ganancias. La “distancia”, lejos de ser objetiva impersonal, físico, es un producto social su grandeza varía en función de la velocidad empleada para superarla, y en una economía monetaria, en función del coste de alcanzar esa velocidad. De tal manera que la historia moderna se ha caracterizado por el progreso constante de los medios de transporta.

Esta situación, lejos de homogenizar a la condición humana, la paraliza, ya que hace independiente a ciertos humanos de las restricciones territoriales mientras que a otros permanecen confinados ante las escasas posibilidades de liberarse,

¹²² MORENO HERNANDEZ Moisés, *Globalización e Internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, CEPOLCRIM, México, 2003, p. 375.

¹²³ RODRIGUEZ MANSANERA, Luis, *Internacionalización del Crimen y Política Criminal. Globalización e Internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones Político – Criminales y Dogmáticas*, CEPOLCRIM, México, 2003, p.23.

para ir a otra parte, la nueva “incorporeidad” del poder sobre todo en su forma financiera convierte a sus dueños en extraterritoriales, aunque sus cuerpos permanezcan *in situ* o esta vivencia del poder sin territorio queda registrado en el conocido elogio de la “nueva libertad” corporizada en el “ciberespacio”, sustentada en electrónica.¹²⁴

Si se define a la globalización como la imposición de las estructuras organizadas de unos a otros, la historia ha conocido muchos procesos de globalización, pero la nota fundamental del proceso de globalización actual, al que nos estamos refiriendo, radica en que se ha desarrollado fundamentalmente sobre la adopción de un modelo económico determinado, el capitalismo neoliberal, y la consolidación de los intereses de países y grupos económicos que poseen una posición dominante en el orden de esta economía globalizada.¹²⁵

El mundo presenta un proceso de globalización en el que todos somos interdependientes y debido a ello nadie puede ser dueño de su destino por sí solo.

Hay situaciones a las que se enfrenta cada individuo que no pueden abordarse ni tratarse individualmente. Todo lo que nos separa y nos impulse a mantener nuestra distancia mutua, a trazar esas fronteras y a construir barricadas, hace el cumplimiento de esas tareas aun más difícil. Necesitamos tomar el control sobre las condiciones en que luchamos con los retos de la vida, pero para la mayoría ese control sólo puede lograrse colectivamente.¹²⁶

La globalización es un fenómeno económico, que se distingue por crear redes de intercambio, no solo internacional sino mundial, originando una nueva comprensión de las dimensiones temporales y espaciales. Si bien es cierto que siempre han existido estos intercambios lo nuevo es la cantidad, calidad y escala

¹²⁴ BAUMAN, Zygmunt, *La Globalización: Consecuencias Humanas*, Fondo de Cultura Económica, 2006, p.28 y ss.

¹²⁵ NAVARRO DOLMETSCH, “Reconfiguración’ del Sistema de fuentes del Derecho Penal y ‘amenaza’ de crisis del principio de legalidad: la incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización”, España, 2004, p. 123-178, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=6367>

¹²⁶ BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad: En Busca de Seguridad en un Mundo Hostil*, Trad. Jesús Albores, siglo XXI, de España Editores, España 2003, p.23.

de estos que ya no solo se presentan sobre bienes tangibles sino también sobre personas, capitales y servicios.

Esto en ocasiones puede causar problemas de funcionamiento a las instituciones tradicionales, que no logran una cohesión y coherencia para ajustar automáticamente a los cambios, lo que puede generar un estado de crisis. Esto se constata en el Derecho Penal, donde la crisis es innegable y existe un reclamo social para que la Justicia Penal se adecue a las exigencias del Estado actual de Derecho, pues se percibe que las instituciones tradicionales no dan respuesta a la criminalidad de hoy, por lo tanto, se demandan nuevas instituciones que pueden encausar en forma más justa y equitativa a la sociedad, y a la vez enfrentar los nuevos retos internacionales que presenta nuestro país ante el proceso inevitable de globalización que genera vínculos supranacionales que superan la dimensión intranacional que conduce a una interdependencia entre los estados, las organizaciones y los hombres.¹²⁷

Uno de los efectos perversos de la globalizaciones, sin duda, el desarrollo que no tiene precedente de una criminalidad internacional o global. En el mismo sentido que hablamos de la globalización de la economía, es decir, en el sentido de que la misma, por los actos realizados o por los sujetos implicados, no se desarrolla solamente en un único país o territorio estatal, sino a la par de las actividades económicas de las grandes corporaciones multinacionales, a escala trasnacional o planetario.¹²⁸

Lo antes expuesto nos permite concluir que la globalización y la integración económica plantean retos que deben ser vencidos, sobre todo por los países en vía de desarrollo, puesto que sus desigualdades con los países en desarrollo tendrían que tomarse en cuenta en las nuevas formas de organización que se propongan, pues de lo contrario no podrían enfrentar proyectos económicos o culturales que derivan precisamente del fenómeno de la globalización.

¹²⁷ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Globalización e...*, Op. Cit., p. 381.

¹²⁸ MORENO HERNÁNDEZ, *Razones Jurídicas del Pacifismo*, Trotta, España, 2004, p. 137.

La globalización exige repensar el Estado dentro del nuevo orden internacional y este sobre la base de la crisis del estado. Pues el principal efecto de la crisis del Estado, en el plano internacional, ha sido la producción de un vacío del Derecho público. O sea, la ausencia de reglas, de límites y vínculos que garanticen la paz y los Derechos Humanos frente a nuevos poderes transnacionales, públicos y privados.¹²⁹

Afirma Ferrajoli, que las nuevas formas de criminalidad transnacional son el efecto de una situación de general anónima (ausencia de Ley), en un mundo cada vez más integrado e independiente y confiado a la ley salvaje del más fuerte; un mundo atravesado por desigualdades crecientes; la brecha de riqueza entre los países más pobres y los más ricos se ha ensanchado, como lo señala el informe de la ONU sobre Derechos Humanos de 2000.¹³⁰

El impacto de la globalización se ha producido también en el ámbito del Derecho, de tal manera que ha surgido la necesidad de realizar un análisis del Derecho desde la perspectiva económica, ello como consecuencia del acelerado desenvolvimiento de las políticas del libre mercado y la aparición de la criminalidad económica:¹³¹ “ El delito ya no es la entidad científica elaborado por destacados criminólogos, sino un fenómeno sociopolítico en proceso de rápida expansión, estrechamente relacionado con la estructura global de la sociedad, que no puede identificarse con la imagen de un *establishment* determinado, sea capitalista o socialista”.¹³²

Actualmente la criminalidad entendida no como la manifestación de comportamientos desviados, sino como un complejo fenómeno que se relaciona estrechamente con el desarrollo integral nacional e internacional, que por ello

¹²⁹ Ibidem, p.142.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Criminalidad y Globalización”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Trad. Miguel CARBONELL, Redalyc, Universidad Autónoma del Estado de México, México; Año XXXIX, núm. 115, enero-abril, 2006, p. 301-315.

¹³¹ MARQUEZ PIÑERO, Rafael, “Problemas jurídicos de la Globalización”, *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Ius Poenale, México, 2001, p. 283.

¹³² MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op. Cit., p. 52.

tiene características cambiantes como la sociedad misma, hace necesario replantear el Derecho Penal para enfrentar la prevención de los delitos transnacionales se hace necesario implementar una política criminal coordinada internacionalmente, basada en la realidad social con problemas graves, que trastocan el progreso de nuestro país, como la corrupción, la política y la economía, el tráfico internacional de drogas, de armas y de seres humanos, la criminalidad ecológica, económica y la delincuencia organizada en general, el lavado de dinero, el enriquecimiento ilícito, los delitos electrónicos y el terrorismo, entre otros.

Silva Sánchez pronostica que el Derecho Penal de la globalización económica y de la integración supranacional será un Derecho creciente unificado, pero por lo mismo menos garantista, en el que se flexibilizan las reglas de imputación y en el que se relativizaran las garantías político- criminales, sustantivas y procesales.¹³³

Es precisamente ello lo que hay que evitar al enfrentar el problema de la globalización en nuestro país.

No parece posible darle respuesta a la delincuencia transnacional si el Derecho Penal incluyendo la tradición jurídica - penal anglosajona, el *Common law*, también debe tomarse en cuenta las resistencias psicológicas de cada cultura jurídico penal a renunciar a instrumentos represivos asentados en la misma, por tanto, es muy posible que el Derecho Penal Global resulte en conjunto más represivo que cualquiera de los sistemas que hayan contribuido a su origen.¹³⁴

Al ser esto una problemática internacional, es necesario atender a las medidas adoptadas en la lucha contra el crimen en el ámbito de la cooperación internacional, principios rectores en materia de prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo y un nuevo orden económico internacional,

¹³³ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal, aspectos de la Política Criminal en las sociedades Postindustriales*, 2ª, B de F, Argentina, 2006, p.83-84.

¹³⁴ *Ibidem*, p.87-88.

resultando del Séptimo Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en la ONU.¹³⁵

Todo esto es para Ferrajoli efecto y causa de una crisis profunda del Derecho, vista desde dos aspectos: primero la credibilidad del Derecho: contamos con un mayor cantidad de Cartas, Constituciones y Declaraciones de Derechos Estatales, Continentales e Internacionales, que permiten afirmar que los hombres son, hoy más iguales en Derecho, que en el pasado, pero en realidad, no son más desiguales, a consecuencia de las condiciones de pobreza de las que son víctimas millones de seres humanos. Y en segundo lugar; la incapacidad del Derecho para producir normas para enfrentar los nuevos desafíos abiertos por la globalización. Y si fuera necesario definirla señala Ferrajoli la definía como un vacío en el Derecho Público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública - internacional, esto es, de un Derecho y un Sistema de Garantías y de Instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes, tanto del mercado como de la política.

La globalización, indudablemente, crea una crisis en el Derecho Penal, que consiste en el rompimiento de sus dos funciones garantistas: la prevención del delito y la prevención de las penas arbitraria; las funciones de defensa social y al mismo tiempo, el Sistema de las Garantías Penales y Procesales.

La globalización, continua diciendo, ha provocado un doble cambio en la fenología de los delitos y de las penas, cambios que se refieren por una parte, en la cuestión criminal, esto es, la naturaleza económico, social y política de la criminalidad; y por otra a la que denomina cuestión penal; es decir, las formas de la intervención punitiva, y las causas de la impunidad.

Así señala, al referirse a la primera que la criminalidad que hoy atenta contra los Derechos y los bienes fundamentales, ya no es la vieja criminalidad de subsistencia, realizada por sujetos individuales, generalmente marginados, hoy

¹³⁵ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op.cit., 2001, s.p.

por hoy, la criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro de mundo es la criminalidad del poder, fenómeno no marginal, ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino incierto en el funcionamiento normal de nuestra sociedad.

Y distingue tres formas de criminalidad del poder, unificadas por su carácter de criminalidad organizada; a) Primera, la de los poderes abiertamente criminales, que corresponde al crimen organizado, terrorismo, mafias, etc.; que si bien siempre ha existido, actualmente ha adquirido un desarrollo trasnacional y una importancia y un peso financiero sin precedente, al grado de conformar uno de los sectores más rentables de la economía internacional. La criminalidad organizada emplea y explota a la primera criminalidad, se aprovecha de la necesidad y pobreza de los marginados, b) Segunda, la de los crímenes de los grandes poderes económicos trasnacionales se presente en diversas formas de corrupción, de apropiación de los recursos naturales y de la devastación del ambiente; en ella observamos el efecto más directo de la globalización, que es un vacío de desarrollo público y, especialmente, del Derecho Internacional. Se instituye en la máxima explotación de la pobreza originada o acentuada por la globalización. Pues en ausencia de límites y reglas, la relación de los estados y mercados se invierten, ya no es el estado quien pone a competir a sus empresas sino las empresas quienes ponen a competir a los Estados, de tal forma que las intervenciones se lleva a países indigentes o en aquello en que por la corrupción de sus dirigentes se admiten devastaciones ambientales, daños a la salud, etc., además de que en esos países, se presenta una ausencia de Derechos y de garantías en materia laboral y ambiental., Y la tercera, forma de criminalidad del poder, c) es la que entra en operación a través de los poderes públicos, a su juicio, esta la representa una fenomenología compleja y heterogénea. El vínculo con la criminalidad de los poderes económicos es estrechísimo. Los delitos más específicamente públicos son: en primer lugar, los crímenes contra la humanidad, detenciones arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas cometidas por fuerzas policiales armadas, y servicios secretos que operan desde dentro y fuera de los

ordenamientos específicos; en segundo lugar, la variada fenomenología de las subversiones desde arriba por obra de organizaciones ocultas, internas o internacionales; y por último las guerras y los crímenes de guerra. Como puede observarse, este tipo de criminalidad es una manifestación no sólo de desviaciones sociales, sino institucionales. Es un signo de la patología del ordenamiento y por su carácter prevalentemente oculto, expresión degenerada de una crisis del Estado de Derecho y de la Democracia misma. Lo que significa que la criminalidad se ha invertido, las “clases peligrosas”, ya no son las de clases pobres, sino las elites dirigentes, tanto económicas, como políticas.

Señalamiento duro de Ferrajoli, pero que desde luego al analizarlo, no nos queda más que darle la razón, es que la globalización nos ha llevado a una criminalidad de poder. Cuando nos referimos a la criminalidad organizada, comúnmente pensamos en grupos terroristas, narcotráfico, etc.; pero pocas veces pensamos en quienes se encuentran al frente de las instituciones que se han creado para nuestra protección y beneficio colectivo y que con su actuar atentan contra bienes fundamentales, individuales y colectivos y en ocasiones, hasta en contra de la paz social y de la democracia.

Al hablar de la nueva cuestión penal, Ferrajoli expone que esta debería replantarse desde dos puntos de vista: primero, el de la efectividad y el segundo, el de las técnicas de tutela y garantía. Para lo cual habrá que cuestionar, ¿Cómo ha enfrentado el Sistema Penal a la nueva carga de funciones y responsabilidades que derivan, precisamente, del cargo de la cuestión criminal? ¿Cómo se encuentra la función penal hoy en día?, A esta última pregunta responde que indudablemente el balance es negativo; si nos referimos a nuestro país, la respuesta tendría que ser la misma.

Para que el Derecho Penal pueda hacer frente a los retos de la globalización, es necesario un cambio de paradigma del mismo, que le permita enfrentar a la criminalidad del poder y a los peligros y que atentan contra los bienes y los derechos fundamentales que dicha criminalidad produce. Pero contra ello, con el

crecimiento de las desigualdades económicas, se presenta un aumento de la criminalidad callejera y con ello un endurecimiento de las características selectivas y anti-garantistas de la represión penal, que impacta más que lo que el pasado impactaba a los marginados y pobres; ello aunado a la corriente inflacionista del Derecho Penal, que origina el colapso de su capacidad regulativa, precisamente en un momento en que se presenta un desarrollo de la criminalidad organizada, que requiere una reducción penal al máximo, para concentrar energías para su combate. Reitera Ferrajoli que la industrialización, se caracteriza, en el plano jurídico, como un vacío del Derecho público dentro del que tienen espacio libre de formas de poder neo – absolutista, cuya única regla es la Ley del más fuerte.¹³⁶

Efectivamente como señala Ferrajoli, el Derecho Penal tendrá que adaptarse a una cultura de la violencia, de la criminalidad económica organizada, y del terrorismo internacional, que requiere de una respuesta efectiva por parte de una organización social actual. Sin olvidar que el Derecho Penal no es el llamado a solucionar los conflictos sociales; la paz social solo surge del entendimiento de los diversos sectores sociales y no de penas desmesuradas o draconianas y de procesos penales que no respeten la dignidad del ser humano.

La crisis actual del Derecho Penal producida, por la globalización, consiste en la separación de dos funciones garantistas: la prevención de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias; las funciones de defensa social y, al mismo tiempo, el Sistema de las Garantías Penales y Procesales. Debido a la globalización se ha presentado una transformación en la fenomenología de los delitos y de las penas; la cuestión criminal, que se refiere a la naturaleza económica, social y política de la criminalidad, y la cuestión penal; es decir, las formas de intervención punitiva, las causas de la punibilidad.

El Derecho Penal, debe seguir siendo un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos y no una herramienta al servicio

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Criminalidad y ...*, *op.cit*; p.p.301-309

de una política de seguridad; el proceso legislativo no debe de ser visto como un trofeo electoral, [para servirse para lograr] su objetivo de una sociedad descontenta con la política de Seguridad Pública.

Solo se podrá enfrentar la globalización conjuntando el trabajo de estudios y legisladores para luchar por el fortalecimiento del ser humano contra toda forma de atropello o arbitrariedad para evitar que el nuevo orden mundial conduzca a un modelo autoritario.

3.1.1. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA (LEYES GENERALES)

El Derecho Penal de la globalización tiene como objeto fundamental la armonización legislativa o uniforme a fin de dar respuesta a la delincuencia trasnacional que se presenta en este mundo globalizado.

En la década de los sesenta, al haber finalizado una serie de dictaduras y, bajo un espíritu democrático, surge la propuesta para elaborar un Código Penal tipo para Latinoamérica, esta propuesta hace en el seno del Instituto de Ciencias Penales de Chile, por su Director en 1962, con la finalidad de contrarrestar de manera uniforme la delincuencia que se presenta en esos países.

Los fines de este trabajo eran reafirmar la unidad latinoamericana, configurar un Sistema Jurídico – Penal unificado y armónico para Latinoamérica, discutir los problemas básicos del Derecho Penal y relacionar a los especialistas latinoamericanos en la materia.¹³⁷

Se llevaron a cabo diversas reuniones del año 1963 a 1979 en los Países Latinoamericanos, México fue anfitrión de la segunda reunión plenaria, en la que se debatió la validez espacial temporal y personal de la Ley Penal; el análisis de hecho punible; las causas de justificación, la imputabilidad y la culpabilidad.

¹³⁷ Cfr. REINA ALFARO, Luis Miguel, “La Unificación del Derecho Penal: Consideraciones apropiadas del código Penal tipo para Iberoamérica” DerechoGeneral.bogspot.com/2007.

En la VI Reunión Plenaria, que se llevo a cabo en Sao Paulo, Brasil, se concluyo oficialmente y se publico la Parte General del Código. Y se iniciaron los trabajos de la Parte Especial con el análisis de los delitos contra la vida.

Este Código a recibidas valoraciones tanto positivas como negativas; entre las positivas podemos señalar que tuvo como merito el haber significado el primer intento sistemático de un trabajo común de análisis por medio del intercambio de experiencias e investigaciones entre los diversos penalistas latinoamericano, motivando un permanente debate académico.

También resulta muy importante el impulso que estos trabajos dieron a las diversas reformas legislativas en materia penal en los Países Latinoamericanos.

Por otra parte, ha recibido críticas negativas, en razón de que no concedió la importancia suficiente a los aspectos político – criminales, enfocando la atención más hacia la dogmática, para ello no se realizó ningún tipo de análisis histórico – jurídico de los diversos ordenamientos Penales de América Latina, ni el trabajo fue evaluado por sociólogos, psicólogos o antropólogos.

Tampoco favoreció que en los trabajos no hayan colaborado juristas latinoamericanos, y por el contrario se trabajo con asesores gubernamentales prevenientes de dictaduras, lo que ocasiono un rechazo de los jóvenes penalistas. Además las Comisiones Nacionales quedaron en poder de determinados grupos cerrados.

Estos antecedentes sirvieron de marco a los trabajos de la elaboración del Código Penal tipo para Iberoamérica en el año de 1994, por lo tanto, hay que considerar que esta comisión cuenta con adelantos tecnológicos que no tuvo la Comisión Redactora del Código Tipo para América Latina.

El primer encuentro de la Comisión se llevo a cabo en Colombia en 1995; la quinta reunión de estos trabajos se realiza en Sinaloa México; donde se dio un amplio debate sobre la validez espacial de la Ley Penal, la responsabilidad Penal

de las personas jurídicas y la actuación a nombre de otros, concurso de delitos y reparación del daño, etc.

Se ha realizado otras reuniones más, los trabajos no se han concluido, aunque han estado acompañados de interesantes debates doctrinarios entre sus integrantes y es de destacar también, la labor difusora de la ciencia penal que se genera con estos trabajos.

A nivel internacional, como ha quedado expuesto, no se ha logrado la unificación de la Legislación Penal. Sin embargo, esta tendencia ha permeado a nuestro país, de tal manera que en diversas ocasiones hemos escuchado el discurso de que para poder enfrentar la violencia que se ha incrementado en México desde la última década del siglo pasado, se requiere de una solidad estructura nacional integrada por la Sociedad Civil, el Gobierno Federal, los Estatales, Municipales y el Distrito Federal; el Congreso Federal, Congresos Locales, el Poder Judicial Federal y los Locales.

Así lo sostiene Gertz Manero en la iniciativa que presento ante la Cámara de Diputados, y que fuera publicada en la Gaceta Parlamentaria el 7 de Septiembre de 2010, en la que propone crear una política criminal integral, impulsando cambios estructurales que transformen cualitativa y cuantitativamente los sistemas operativos y en especial, el marco jurídico que es el que debe crear las condiciones optimas de desempeño de todos los órganos estatales para combatir el delito y perfeccionar las instituciones garantes de la seguridad pública.¹³⁸

Califica al Código Penal como obsoleto, pues data de 1931, cuando las condiciones en el país eran diferentes a las actuales, califica de inoperante a la normatividad contenida en los 33 Códigos, Federal y Estatales, porque son incapaces de contribuir a renovar el Sistema Legal Penitenciario Mexicano y facilitar su restructuración.

¹³⁸ Gaceta Parlamentaria, año XIII, numero 3092-VI, martes 7 de septiembre de 2010.

Considera que es inaplazable unificar y simplificar esfuerzos, acciones y el ejercicio de la acción penal. Que es necesario que la Federación y los Estados unifiquen su criterio jurídico y fortalezcan su capacidad de defensa para que se pueda realizar un trabajo efectivo a favor de la comunidad.

Que el gran numero de ordenamientos propicia que los delincuentes, amparados en la soberanía de los Estados, delincan pasando de un Estado a otro, sin que se determine qué autoridad es la competente o cual debe perseguirlo, pues la autoridad se deslinda argumentando que la comisión del delito no se inicio en su entidad.

La iniciativa que presenta, propone expedir un Código Penal único para toda la República para los delitos en materia Federal y en cada Entidad federativa, y el Distrito Federal en materia del fuero común.

Al igual que el autor de la iniciativa, considero benéfico la expedición de un Código Penal único, pues de esta manera se combate el alto índice delictivo del país de una forma homogénea, de tal manera que el delincuente tenga claro la sanción que le corresponda por el delito cometido cuando actué en cualquier entidad del Territorio Mexicano; además; los recursos asignados para la formación profesional de los operadores del Sistema Justicia, rendirán mayor frutos porque se podrán diseñar programas de capacitación para todas las entidades.

Sin embargo, esta unificación de legislación al interior de los Estados no es vista como una posibilidad por el temor de sus gobernantes de perder su soberanía, pues el Estado quedaría sujeto a una Legislación Federal, es tiempo de acabar con esta idea y pensar en estrategias para combatir de una manera integral a la delincuencia para acabar con la inseguridad, la injusticia y la impunidad, como reclama la ciudadanía.

Un avance hay en ello, no se admite la unificación de la Ley Penal, pero el Legislador tanto Federal como Local, han encontrado una manera de enfrentar la

delincuencia de alto impacto social, de una forma uniforme en todo el país, esto a través de la emisión de Leyes Generales.

Estas Leyes al igual que la Federales, son creadas por el Poder Legislativo Federal, de acuerdo a la competencia que le confiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al Congreso de la Unión.

Ambas reglamentan asuntos de interés nacional, lo que significa que aplican para todos los Estados de la República Mexicana, con la diferencia que las Leyes Federales sólo deben ser aplicadas por Autoridades Federales y por lo general son reglamentarias de algún artículo de la Constitución Política, como la Ley de Amparo, La Ley Laboral, etc.

Mientras que las Leyes Generales, se ocupan de materias que son de aplicación obligatoria, para Autoridades Federales y Autoridades Locales, son de competencia concurrente y establecen obligaciones y facultan a Autoridades Federales, Estatales y Municipales, como por ejemplo: La Ley General de Población, la Ley General de Salud y la Ley General de Educación.

De tal manera, que las sanciones que se aplican por violación a sus disposiciones, son las mismas en todo el Territorio Mexicano, pues si la propia Ley no la establece, remite al Código Penal Federal, y de esa manera se unifican las sanciones en delitos de alto impacto social como, por ejemplo, en posesión, comercio y suministro de narcóticos, por disposición de la Ley General de Salud.

Prueba de ello, es el Código Penal del Estado de Campeche, publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado, el 20 de julio de 2012, mismo que en su Título Vigésimo Quinto, denominado "Delitos Contenidos en Leyes Especiales", Capítulo I, Narcomenudeo, Secuestro y Trata de personas. En su Artículo 379, señala:

“En los casos de Narcomenudeo, Secuestro y Trata de Personas se aplicaran las disposiciones contenidas en la Ley General de Salud, La Ley

General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley General para prevenir, Sancionar y erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, respectivamente.”

Y en su artículo 160, relativo al Femicidio, establece: “Comete el delito de Femicidio quien priva de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

“

- I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
- II. A la víctima se le haya infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;
- III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;
- IV. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
- V. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;
- VI. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

El delito de femicidio se sancionara conforme a lo dispuesto por la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.¹³⁹ “

Y la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en su Artículo 21, contempla:

¹³⁹ Código Penal del Estado de Campeche, Colección Legislativa, Poder Judicial del Estado, México, 2012

“Violencia feminicida: Es la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus Derechos Humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres”.

En los casos de feminicidio se aplicaran las sanciones previstas en el artículo 325 del Código Penal Federal.¹⁴⁰

A todas luces, esta es una tendencia a armonizar la Legislación Penal en aquellos delitos que resultan de interés nacional y para su combate se instituye una política integral. Y la aprobación de un Código Penal único para toda la República evitaría remisiones innecesarias a Leyes Generales.

3.1.2 DELITOS ECONÓMICOS

Existe un grupo de delitos que se cometen como un alto grado de impunidad, son los delitos económicos que se realizan con alguna tolerancia social o pasan desapercibidos en la mayoría de los casos. A pesar de una aceptación tacita del nombre “delitos económicos”, no se ha logrado una definición general que sea aceptada por algunos sectores de la investigación social.¹⁴¹

En la literatura criminológica se usan varias expresiones para referirse a estos delitos, puestos que son similares pero no idénticos, como son: “delincuencia económica”, “delincuencia de cuello blanco”, “delincuencia de caballeros” y “delincuencia profesional”, pero la de mayor aceptación internacional es la de “delincuencia de cuello blanco”.

¹⁴⁰ Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, (Párrafo adicionado DOF 14-06-2012).

¹⁴¹ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, op. cit., p. 228.

Sutherland, a finales de los treinta del siglo pasado, definió la delincuencia de cuello blanco como “la violación de la Ley Penal por una persona de alto nivel socio-económico en el desarrollo de un actividad profesional.”¹⁴²

De tal manera, estas personas aprovechan su posición en la empresa para obtener elevados ingresos, a veces violando disposiciones reglamentarias o administrativas, con las que se ocasiona daños patrimoniales a individuales, pero principalmente daños a la economía de la nación.

La aportación de Sutherland a la criminología estribo en descubrir una nueva visión de la persona del delincuente, dado que se evidencio una nueva clase de delincuentes en los estratos sociales altos de la sociedad norteamericana.

Estos delitos tienen un alto coste para los países, sobre todo económicos, mayor a los de la delincuencia tradicional, pero lo más importante es que no son casos aislados y lo más grave que no siempre son perseguidos, investigados y mucho menos condenados. Los delitos de cuello blanco tienden a no ser perseguidos por un proceso de aplicación diferencial de la Ley. Los individuos de una clase superior tienen mayor facilidad para no enfrentar un Proceso Penal, en caso de incurrir en alguna violación a la Ley.¹⁴³

La criminología tradicional hace una división de los intereses de la sociedad, entre buenos y malos, dependiendo del respeto o no de la Ley Penal, asignado a la Ley una bondad que no tiene, puesto que el Derecho es un instrumento de la clase dominante, esto no significa que sea una característica esencial del Derecho, sino un aspecto circunstancial, ya que no siempre obedece a una ideología de clases. Pues puede ser necesario para sancionar una delincuencia reunida en la clase dominante. Siempre que los procesos sociales de selección se lo permitan.

¹⁴² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *La delincuencia económica desde el punto de vista criminológicos*, Ara Editores, Perú, 2002, p. 21.

¹⁴³ SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *El papel de los delitos de cuello blanco en los paradigmas antiempiricos*, Ara Editores, Perú, 2005.

Para los supuestos de criminalidad convencional resultan aplicables las formulaciones realizadas por la “teoría del etiquetamiento”, según la cual, el delito surge como consecuencia de un proceso de definición realizado por las clases que detentan el poder en perjuicio de sus componente, pero sus planteamientos de esta teoría carecen de eficacia en el ámbito de la criminalidad económica, provocando un alto índice de impunidad, fenómeno que obedece a factores vinculados a la “naturaleza de las cosas”, y entre otros a “la naturaleza de la sociedad”.

Entre los primeros factores señala Reyna Alfaro a la especialidad de la materia en la que el Derecho económico interviene, por ejemplo, el Derecho Tributario, Aduanero, de Propiedad Intelectual y Bursátil; y la problemática de la imputación de los comportamientos que se realizan en el interior de las personas jurídicas, que es el lugar en donde se comenten la mayoría de los delitos económicos y las deficiencias que las dos cuestiones anteriores generan en la legislación sustantiva o adjetiva.

Entre los factores vinculados a la “naturaleza de la sociedad” menciona: a la propia concepción del delincuente económico distante al estereotipo criminal; las deficiencias propias de la Legislación Penal o Procesal, que permiten encontrar salidas legales para obtener la impunidad de estos comportamientos; y la escasa reacción social frente a este tipo de conductas.¹⁴⁴

Este último factor al que se refiere Reyna Alfaro a cambiado en los últimos años como se puede observar en la reflexión de Silva Sánchez cuando menciona sobre el cambio dado por quienes antes repudiaban la utilización del Derecho Punitivo, “brazo armado”, de las clases poderosas contra las clases sociales débiles y ahora solicitan mas la aplicación del Derecho Penal contra las clases poderosas.¹⁴⁵

¹⁴⁴ JAKOBS – Polaino Navarrete, Miguel Op.cit., s.p.

¹⁴⁵ Idem.

El estudio de la Delincuencia a de iniciar conociendo al autor pero no aisladamente, sino al “Autor de sus interdependencias sociales”.¹⁴⁶

Desde luego que es importante atender a los factores personales del autor, pues es precisamente su pertenencia a las clases sociales altas, un factor criminológico. Dado que aprovecha su posición social y su estima social, al parece un ser adaptado, lo que lo diferencia del delincuente común. Y es esto lo que aprovecha para relacionarse con grupos de poder para adquirir poder e influencia que aprovechan para sus intereses personales. Otra característica de estos sujetos es su habilidad e inteligencia que utilizan para no ser descubiertos, es en ello en lo que se centra la peligrosidad del autor. Cuando decide infringir la Ley lo hacen confiados en que no serán descubiertos y, por tanto, procesados, además que no consideran su conducta criminal, puesto que no se identifican con el estereotipo de criminal que consideran propio de clases sociales inferiores y desde luego también influye la propia situación económica del autor, pues es la delincuencia económica sólo es posible si se posee recursos económicos. Es posible que determinados intereses profesionales, políticos y mediáticos influyan en esta construcción de la delincuencia del cuello blanco, así como otras figuras próximas, así como la idea de que vivimos en un mundo justo, donde la idea de injusticia es solo algo posible que puede aislarse y prevenirse mediante un Sistema de Administración de Justicia, las Penas y otras medidas.¹⁴⁷

Penalistas como Arroyo Zapatero y De la Cuesta Aguado, han señalado la influencia que la Constitución ha ejercido sobre el Derecho Penal, así hablan de un “Programa Penal de la Constitución” o “Constitución en negativo” debido a que es precisamente este cuerpo normativo el que contiene el modelo de formación y manifestación del Estado.

¹⁴⁶BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.21.

¹⁴⁷SERRANO MAILLO, Alfonso, *Nuevas Técnicas del Derecho Penal Económico y de la Empresa*, s.edit., s. l. de edic., s. f., p. 60.

En lo anterior, coincidimos con Reyna Alfaro, cuando afirma que si bien la Carta fundamental constituye un marco referenciado para el Legislador Penal, ello no significa que sólo los intereses recogidos de dicha cede resulten susceptibles de tutela penal, el bien jurídico penal debe ser proveído de un contenido material más preciso y que subraye su carácter garantista.

De ahí que la Constitución establezca sólo lineamientos genéricos dentro de cuyos límites debe actuar el legislador, no tratándose de una fuente única y exclusivamente jurídica. De tal manera que el Derecho Penal Económico se ha convertido en una rama importante del Derecho Penal, pues la evolución económica en parte favorecida por progresos tecnológicos, amplía la posibilidad de la comisión de delito en el marco de la actividad empresarial y mediante sociedades mercantiles, que no en pocas ocasiones se domicilia en paraísos fiscales y oculta a las personas físicas responsable.¹⁴⁸

Uno de los problemas fundamentales del Derecho Penal Económico es la imputación penal por comportamiento realizados en el interior de las personas jurídicas, problema que ha llevado a replantear la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Algunos países han legislado a favor de la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas buscando solucionar el problema de la Imputación Penal, situación que de realizarse vulnera categorías básicas y principios fundamentales del Derecho Penal. Puede evitarse la impunidad de esos comportamientos aplicando lo que la doctrina señala como autores mediatos (Roxin), a través del dominio del hecho por dominio de voluntad que ejerzan los autores diversos, quienes resultan ser meros instrumentos. Otros dogmáticos como Jakobs y Muños Conde proponen aplicar la coautoría; Joshi Jovert por la autoría intelectual. Y Bockelmann, Volk y Díaz, y García Conlledo, sostienen la postura de que se estaría ante un supuesto de autoría accesoria.¹⁴⁹

¹⁴⁸ MIR PUIG, Santiago, *Globalización, Estado Constitucional...*, op.cit., p. 60 – 61.

¹⁴⁹ MUÑOS CONDE, op.cit., 2004, p.15.

Los autores de delitos económicos también utilizan el Sistema Bancario y Financiero, para legitimar capitales ilícitos, es esta una situación que se presenta en el mundo actual sin fronteras, y existe una fuerte presión internacional para que los Estados, penalicen esta conducta por considerarla como el inicio de la existencia de una actividad criminal previa, de donde proviene el capital, ello a fin de evitar el blanqueo de capitales provenientes de capitales ilícitas.

3.2. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Para atender las nuevas realidades delictivas, dada la “modernidad”, junto a lo que significa riesgo, el concepto de expansión ha sido otro de los pensamientos que han sido debatidos para la modernización del Derecho Penal.¹⁵⁰

Existe en la actualidad un reclamo generalizado de la ciudadanía, exigiendo que los problemas sociales por los que atraviesan sean solucionados con la creación de nuevas figuras penales o agravando las existentes, sin percibir que a medida que esto sucede se da una intromisión a la libertad de los ciudadanos.

Esto es una de las circunstancias que ha llevado a los juristas a plantear la necesidad de encausar el derecho punitivo del Estado hacia un Derecho Penal mínimo, aunque sin lograr unificar un criterio que establezca el alcance del mismo.

Así encontramos a Baratta, quien introduce esa idea a partir de señalar que la pena es injusta e inútil, puesto que sólo le reconoce como función la reproducción de las relaciones del dominio preexistentes, concibiendo la minimización de la intervención penal a partir de los Derechos Humanos.¹⁵¹

El enfoque de Ferrajoli es diverso, pues él lo enfrenta desde un modelo garantista, cognitivo o de estricta legalidad en contra posición a un Derecho Penal máximo, el

¹⁵⁰ DIEZ RIPOLLES, José Luis, *La Política Criminal en la Encrusijada*, op. Cit., p.132.

¹⁵¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La Expansión del ...*, op. Cit., p.2.

que se caracteriza por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; además de un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de límites ciertos y racionales de convalidación y anulación.¹⁵²

Existe también la postura de los integrantes de la llamada Escuela de Frankfurt, con Hassemer, Naucke y Luderksen, quienes desde el principio de los ochenta advirtieron sobre el peligro que acarrea para las garantías y Derechos de los Ciudadanos, para el carácter de *ultima ratio* y para el principio de intervención mínima del Derecho Penal, la tendencia para implantar una política criminal dispuesta a resolver a toda costa con el Derecho Penal, problemas que no pertenecen a este, o que puede resolverse de forma menos radical y satisfactoria en otras ramas del derecho, o con la aplicación de medidas simplemente técnicas; por ejemplo: los daños ambientales.¹⁵³

De acuerdo con Silva Sánchez, “en un mundo en que las dificultades de orientación cognitiva son cada vez mayores, parece incluso razonable que la búsqueda de elementos de orientación normativa, - y dentro de estos el Derecho Penal ocupa un lugar significativo -, se convierta casi en obsesiva”.¹⁵⁴

Como afirma Ferrajoli, la primera ilusión que hay que abandonar, es la idea de perfección y plenitud de la intervención judicial. Los teóricos de la Escuela Clásica, advirtieron del carácter absurdo y funesto de la pretensión perjudicialista. “La insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos”, escribió Carrara, “lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror”.¹⁵⁵

Esta problemática desencadena reacciones tanto de la ciudadanía como de las instituciones, las reacciones sociales se traducen en la solicitud de endurecer la respuesta estatal frente al fenómeno delictivo y ante la ineficacia del aparato

¹⁵² Ibidem. P.15.

¹⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Hammurabi, 2005, p. 13.

¹⁵⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos Civitas, España, 1999, p. 26.

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razon...*, op. cit., 2004, p. 564.

estatal, a hacerse justicia por propia mano. En respuesta a esta solicitud, el Estado promueve reformas legislativas en materia de Seguridad Pública y Justicia Penal, que endurecen penas y crean nuevos tipos penales.

Todo esto se traduce en una expansión del Derecho Penal, que no fueron los modelos de Estado de hace trescientos años los que expandieron al Derecho Penal; sino que el factor determinante fue la industrialización, la aparición de aquellos riesgos que “justifican” la expansión. Y propone volver a los viejos Códigos Penales que contenían solo una serie de Delitos Naturales, que es en lo único que puede frenar la “inflación”.¹⁵⁶

El avance tecnológico que ha vivido la sociedad desde mediados del siglo pasado, hasta nuestros días, conlleva al bienestar individual, pero por otra parte, ese avance a supuesto el surgimiento de riesgos, como se verifica en los campos de la informática, de la genética, del medio ambiente y de las comunicaciones, entre otras.

La globalización y la integración supranacional son factores multiplicadores de la expansión del Derecho Penal.¹⁵⁷

Ante esta situación, es más fácil constatar una tendencia de los últimos años ha introducir en la legislación nuevos tipos penales; así como una agravación de los ya existentes, que busca el permanente recurso de la reforma de la legislación penal, como una solución a los problemas sociales, produciéndose así una restricción a las garantías clásicas del Derecho Penal, justificada en la protección de nuevos bienes jurídicos se amplían y se flexibilizan las reglas de la imputación pretendiendo dar respuesta a lo que se denomina una sociedad de riesgo.

¹⁵⁶ SCHONFELD, L., “La Expansión del Derecho Penal como Política Demagógica y sus Límites”. *Ponencia presentada en el Congreso Latinoamericano del Derecho Penal y Criminología*, Córdoba, Argentina, 2003, p. 246.

¹⁵⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho...*, 1999, op.cit., p.90.

El fenómeno Legislativo inflacionario lleva a la creación de tipos penales irracionales, pues no protegen bienes jurídicos concretos. Atender a la noción de bien jurídico es fundamental para poner límites al Derecho Penal.

Silva Sánchez y González-Salas Campos, coinciden en señalar que el Derecho Penal surge de la globalización y de la integración supranacional, será un derecho crecientemente unificado, pero menos garantista en el que se flexionaran los reglas de imputación y en el que se revitalizaran las garantías políticas criminales, sustantivas y procesales. El Derecho Penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe de modo especial en las últimas Leyes en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción.

Falcon Lozada, por su parte dice: suele hablarse sobre la democratización del Derecho Penal para justificar su expansión en detrimento de algunas garantías ciudadanas, pero ello solo puede entenderse, sino referimos a las formas y mecanismos reguladores del poder político es decir, que las normas punitivas han de ser producto de libre debate de los diversos grupos sociales y no deben apartarse de los principios liberales del *ius poenale*, tales como, el principio de legalidad, fragmentariedad, subsidiaridad y los principios de culpabilidad.¹⁵⁸ De tal manera, que quienes legislan en materia penal deben atender a los límites de un Derecho Penal formalizado, el legislador está sometido al principio de proporcionalidad, pues únicamente puede establecer tipos penales y penas en el marco de los límites fijados por la idoneidad, la necesidad y la moderación. Ante todo debe entender al principio de protección de bienes jurídicos y reducir hasta donde sea posible el Derecho Penal en su carácter de *ultima ratio*.¹⁵⁹

Otra de las causas de la expansión del Derecho Penal según Silva Sánchez, obedece a un fenómeno general de identificación social con la víctima (sujeto

¹⁵⁸FALCON LOZADA, Alma L., "Funcionalización Versus Garantismo y el Estado Actual del Derecho Penal", Ponencia presentada en el XV, Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional del Derecho Penal y Criminología, tomo I, Universidad Nacional de Córdoba, argentina, 2003, p. 221.

¹⁵⁹ HASSEMER, WINFRIDE, *Porque no debe suprimirse...*, op.cit.,

pasivo) del delito, antes que con el autor (sujeto activo). Efectivamente, por largos años la víctima del delito estuvo relajada en el proceso penal y sólo a través del Representante Social, podía comparecer al juicio, sin embargo, en los últimos años, se le han otorgado mayores garantías dentro del proceso, como el pago de la reparación del daño; pero aún falta mucho por hacer en este rubro.

Silva Sánchez y González- Salas también consideran que la actitud asumida por los medios de comunicación, es de un modo multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, esto es, la forma como los medios examinan determinadas noticias genera una inseguridad subjetiva que no corresponde con el nivel de riesgo objetivo. Ello aunado con la tendencia a buscar la solución a la inseguridad en el Derecho Penal y no en el Derecho de Policía, que es su lugar natural y clásico.¹⁶⁰

De acuerdo con Muñoz Conde, el Poder Punitivo del Estado debe estar regido ilimitado por el principio de intervención mínima, por lo tanto, el Derecho Penal solo debe de intervenir cuando se realicen ataques muy graves a los bienes jurídicos más relevantes.¹⁶¹ Esto significa que las lesiones más leves del orden jurídico deben ser atendidas por otras ramas del Derecho.

Bajo esta perspectiva cobraría vigencia el principio de la *ultima ratio*, solo se pondría en marcha la reacción punitiva del Estado cuando la reacción de otras instancias del ordenamiento jurídico no sea favorable o contraria a los efectos de alcanzar los fines del Derecho Penal.

Se considera que el principio del bien jurídico, constituye la razón de los tipos penales y de todo el Derecho Penal, tal como lo refiere Moreno Hernández.¹⁶²

Sin embargo, no se justifica la intervención del Derecho Penal para la protección de cualquier bien jurídico, sino solo para aquellas conductas que ponen por lo

¹⁶⁰ GONZALEZ SALAS-CAMPOS, op.cit., 2001 y Silva Sánchez, José, op.cit., 2006. estos autores coinciden en que es la prevención y no la represión lo que puede coadyuvar a la solución de la inseguridad, p. 2001.

¹⁶¹ MUÑOZ CONDE Francisco, *El Derecho Penal del Enemigo*, INACIPE, México 2003, p.38.

¹⁶² MORENO HERNANDEZ, Moisés, *Política Criminal y Reforma Penal...*, op.cit., p.151.

menos en riesgo, bienes jurídicos que afectan de manera importante las relaciones humanas de la sociedad.

La salvaguarda de los demás bienes jurídicos, como bien lo señala Muñoz Conde, deben destinarse a otras áreas del Derecho, como la familiar, civil, laboral y administrativa, entre otras, para evitar así las tendencias a penalizar y tipificar todo tipo de conducta en el Estado pondera como lesiva para la sociedad, de tal manera que al ampliar el catálogo de delito, satura al Derecho Penal olvidando que este únicamente debe ser utilizado como *ultima ratio*.

No debe de utilizarse al Derecho Penal más allá de su función primaria protectora de bienes jurídicos inherentes al Estado Social y Democrático del Derecho.

Sin embargo, Silva Sánchez, concluye que la percepción crítica del proceso de expansión del Derecho Penal no resulta en absoluto incompatible con la defensa de un modelo funcional de este derecho. Que por el contrario, las afirmaciones anteriores permiten realizar consideraciones críticas sobre la posibilidad de una disfuncionalidad por exceso de punición.

Si bien es cierto que existe un tipo de expansión del Derecho Penal que podemos calificar como positiva, dado que su inclusión es necesaria para controlar la criminalidad que se enfrenta ante la globalización, no menos cierto es que es imposible admitir que se pretenda, bajo esta circunstancia aumentar penas de manera desproporcionadas, olvidando las fines que esta pretende.

El derecho penal de la globalización se concentra, señala Silva Sánchez, en la delincuencia económica u organizada y en modalidades delictivas conexas con ésta. Lo que produce un cambio significativo en cuanto al modelo de delito que sirva de referencia a la construcción dogmática; el lugar del homicidio del autor individual, se abordan actos de corrupción realizados por una empresa que, a su vez, cometen delitos económicos. De aquí se origina una importante disyuntiva; o bien se agrade una sectorización de las reglas de la parte General del Derecho Penal, ó bien se decide que debido a la poderosa fuerza de la nueva criminalidad,

también las modalidades clásicas de delincuencias modifiquen las reglas por las que se han venido rigiendo. Lo primero, vendría configurar lo que a este autor expresa como Derecho Penal de dos velocidades, lo que significa en realidad la renuncia a la teoría del delito como teoría general y uniforme del ilícito penal, esto significaría aparentemente un proceso histórico; pero lo segundo supone la desactivación del sistema general de reglas configuradas, con una más que obvia vocación garantista, a partir de la constatación de la gravedad de las consecuencias jurídico – penales, en particular con referencia al homicidio.

Inclinándose este autor matizadamente por un Derecho Penal de dos velocidades, en un planteamiento cercano al apuntado por Hassemer, aunque este parte de la crítica al funcionalismo; una primera velocidad, representada por el Derecho Penal en la medida que la sanción sea de prisión, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios políticos – criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad; en los que la sanción consista en pena de privación de derechos o pecuniarias, en la que aquellos principios o reglas podrían presentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción.

Silva Sánchez, pugna que la sanción de la mayoría de los nuevos ilícitos de la expansión se realice dentro del propio Derecho Penal y no en un Derecho de la Intervención, entre el Derecho Penal Nuclear y el Derecho de las Infracciones de Orden, como podrían ser el Derecho Administrativo Sancionador, pues ello contribuye a adoptar a la Sanción Penal, aún sin ser privativa de libertad, de una fuerza comunicativa y preventiva mucho mayor, por lo tanto, no existen razones suficientes para que la pena privativa de libertad sea despojada del aparato garantista liberal.¹⁶³

Contrario a lo que Silva Sánchez señala, desde mi particular punto de vista, considero más acertado trasladar algunos ilícitos, creados con motivos de la expansión Penal al Derecho Administrativo Sancionador e imponerles una

¹⁶³ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho...*, 2006, op.cit., p.p. 118-119.

sanción pecuniaria, y dejar solo dentro del ámbito del Derecho Penal aquellos ilícitos sancionados con penas privativas de la libertad en virtud de que el Derecho Administrativo pretende cumplir sanciones de protección social por lo que habría que valorar si procede aplicar a ellos penas, o solo sanciones administrativas, siendo este factor determinante para incluirlos en el Derecho Penal o Administrativo.

3.2.1. EXPANSIÓN EXTENSIVA

Con este tipo de expansión se expresa que la atención a las nuevas realidades delictivas sugiere proceder a una ampliación de los contenidos del Derecho Penal, que como señala Ramo Ragues, ésta decisión no es consecuencia de las arbitrariedades de los regímenes totalitarios, sino que por el contrario, surge en la mayoría de las ocasiones de la voluntad política de dar respuesta a los reclamos de la ciudadanía, que se refleja en una ampliación en general al ámbito de lo penalmente prohibido, introduciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes, esto para que el Derecho Penal esté en condiciones de afrontar con éxito y de forma expedita, la misión de lucha contra la criminalidad cuyo incremento en cantidad y dañosidad queda de manifiesto.¹⁶⁴

Como ejemplo de este tipo de expansión podemos señalar los delitos ambientales e informáticos.

3.2.1.1 DELITOS AMBIENTALES

La Declaración de Estocolmo, procede de la Conferencia sobre el medio humano, realizada en 1972 en esa ciudad y el Informe Meadows o del Club de Roma, manifiesta, entre otras circunstancias, que de mantenerse el ritmo de crecimiento

¹⁶⁴ LASCANO, Carlos Julio, *La insostenible "modernización del Derecho Penal" basada en la "tolerancia cero", desde la perspectiva de los Países "emergentes"*, p. 162-163, www.juridicas.unam.mx

se podría producir una catástrofe mundial e irreversible a mediados del siglo XXI, resultó relevante en la conclusión de normas ambientales en el nivel Constitucional.¹⁶⁵

En 1999, se reformo el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para incluir en dicho precepto, el Derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Esto en razón al deterioro importante que se presenta en varios de sus componentes que son esenciales para garantizar la calidad de vida de las personas que habitan el Territorio Mexicano, por tanto preservar el medio ambiente es un deber fundamental de las autoridades y de los particulares.

La integración de reglas sobre protección ambiental en diversas Constituciones ha sido de tal envergadura que, en ocasiones se forman verdaderos apartados de Derecho Constitucional del Ambiente, por lo menos como un apartado normativo diferenciado.

La protección del medio ambiente corresponde a un Derecho Social, que requiere del Estado, una serie de prestaciones; estas entendidas como actuaciones del Estado en forma de bienes y servicios, constatables y medibles, como ejemplo podemos señalar, la construcción de hospitales, la recreación de un sistema de pensiones para jubilados, el tratamiento de aguas residuales, etc.

Los Derechos a prestaciones según Alexy en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado, algo que podría obtener también de particulares.

Los Derechos Sociales se regulan Constitucionalmente como mandato de optimización, que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abierta las vías para conseguirlo.

¹⁶⁵ CIFUENTES, M., CIFUENTES, S., "El Derecho Constitucional a un Medio Ambiente Adecuado en México", *Revista Mexicana de Justicia*, Nueva Época, No. 11, Procuraduría General de la República, México, 2000.

La redacción del artículo 4° de la Constitución Mexicana, es un ejemplo de mandato de optimización, ya que establece como un bien jurídicamente tutelado el medio ambiente, pero no especifica las formas concretas a través de que los poderes públicos deberán de protegerlos.

La obligación de proveer el Derecho al Medio Ambiente, vincula a todos los poderes, no sólo a las autoridades de carácter administrativo. Obligación que se genera para el Estado, en el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales, Culturales; y de la correspondiente interpretación que de ese precepto ha hecho el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de la Organización de Naciones Unidas.

El Derecho al Medio Ambiente significa celebrar una especie “de contrato entre generaciones”, el ambiente no se tutela con vista a la educación del mismo a la vida de los que actualmente habitamos el planeta, sino como una medida para que quienes lo van a habitar en el futuro lo puedan hacer en condiciones favorables.¹⁶⁶

La naturaleza del ambiente es un concepto abstracto e intangible no susceptible de precisarse de manera tajante, como lo pudiera ser la vida o la propiedad; es un concepto que en sus géneros puede ser referido a algo, el suelo, los bosques, ejemplares de fauna, etc., pero en su conjunto no es de nadie en particular, sino de todos, de la humanidad y no sólo de una sociedad en particular. De aquí que podamos afirmar que no se trata de un bien jurídico individual sin supraindividual, que pertenece a una colectividad.

La teoría de los bienes jurídicos difusos, desarrollada por Sgubbi, y quien señalaba que son bienes amplios, son condicionalmente del contenido de los bienes jurídicos individuales dentro de los que se encuentra el medio ambiente.

¹⁶⁶ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México, art 4°*, Instituto de Investigación de Derechos Humanos de la UNAM, México, 2004, p.874.

La dogmática italiana se ha encargado en especial de presentar criterios que permiten diferenciar entre bienes difusos y colectivos, para ello, establece algunas pautas, como por ejemplo:

- a) Por el grado de organización de los bienes. Criterio sostenido por Vigoreti y Lusiani, entre otros; fundamental entre los colectivos e irrelevante en los difusos.
- b) Por la rama del Derecho en que se encuentran. Federeci afirma que si están dentro del Derecho Público serán Privado.
- c) Por el reconocimiento del Derecho. Libster opina que el interés colectivo no es más que un interés difuso reconocido por el Derecho, al que este le establece sus condiciones normales.

Desde este punto de vista, observamos que el Derecho Ambiental recoge a los Derechos Colectivos, pues aplicando cualquiera de los criterios diferenciadores antes señalados, vemos que han dejado de ser difusos, y aún aplicando todos, pues son fundamentales, se encuentra en ambas esferas del Derecho, de acuerdo al principio de conjunción de aspectos colectivos e individuales y se encuentran reconocidos por el Derecho.¹⁶⁷

En realidad, los bienes supraindividuales, generales, colectivos o comunitarios, corresponden a una de las técnicas más eficaces del Derecho Penal Moderno para la anticipación de la Tutela Penal. Baratta señala “la tendencia expansiva de los Sistemas Penales hacia la tutela de bienes jurídicos difusos o funciones y hacia una progresiva anticipación de la esfera de tutela, son dos fenómenos estrictamente complementarios”.

Por ejemplo la Seguridad Pública, el Medio Ambiente, y el Tráfico Vial, los cuales tienen una gran relevancia comunitaria; por razones distintas no se tratan de afectaciones de los bienes esenciales del ser humano, vida, integridad corporal,

¹⁶⁷ ALVARADO MARTINEZ, Israel, *Iter, Criminis, Revista de Ciencias Penales*, no. 2, INACIPE, México, octubre-diciembre, 2005, p. 24.

sino de bienes de gran trascendencia en la vida comunitaria; se construyen así, tipos de lesión del bien jurídico supraindividuales libres de cuestionamientos, desde la perspectiva de la política - criminal post - industrial que compone en realidad figuras de peligro abstracto relativas al bien jurídico individual complementado.

La actividad lesiva da una proyección masiva a la dañabilidad, originando una verdadera lesión contra sobre este bien colectivo que es el medio ambiente.¹⁶⁸

Queda de manifiesto, con lo antes expuesto, que solo las personas físicas son en su conjunto las perjudicadas por la afectación al ambiente, no así las personas morales, puesto que una afectación ambiental no les causa daño alguno, sobre todo en el caso del Estado, como ejemplo de personas morales. Por tanto el bien jurídico que se tutela, los tipos relativos a los delitos contra el ambiente, es de los denominados colectivos, que pertenecen a la sociedad en su conjunto; es ella la titular de dicho bien jurídico y en el momento de presentarse la lesión del mismo o su puesta en peligro, será la sociedad la que resienta las consecuencias de la conducta desplegada por el activo, desde luego entendida la sociedad como conjunción de personas físicas y no como ficción de las personas morales.¹⁶⁹

Así podemos observar que el medio ambiente se ha constituido como un Derecho Subjetivo, y también en el ambiente asume la posición de un bien jurídicamente tutelado con cierta autonomía respecto a determinados objetivos antropogénicos; este afirma que el Derecho esta para servir al hombre pero por la amenaza para los equilibrios ecológicos que presentan las libertades y prerrogativas así concedidos, se ha venido construyendo un principio radicalmente diferente, el principio biocéntrico, el cual considera al hombre, no como a un ser apartado de la naturaleza, sino formando también parte de esta, por lo que ambos tienen valor. Lo controversial en este tema resulta ser, si es necesario, el Derecho Penal, para

¹⁶⁸ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Globalización e Internacionalización del Derecho Penal*, CEPOLCRIM, México, 2003, p.439.

¹⁶⁹ ALVARADO MARTINEZ, Israel, op. Cit., p.24.

proteger el medio ambiente, o si es el Derecho Administrativo el instrumento hacia el cual se debe orientar la política medio- ambiental. Silva Sánchez señala que el Derecho Penal persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue el criterio de lesividad o peligrosidad concreta o de imputación individual de un injusto propio, en tanto que el Derecho Administrativo sancionador persigue ordenar de modo general sectores de actividad.

Por eso no tiene porque seguir criterio de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe más bien atender a consideraciones de afectación general estadística; tampoco tiene porque ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución.¹⁷⁰

El Derecho Administrativo es más permeable a la negociación interesándole en principio, ordenar un concreto ámbito de actuación; mientras que en el Derecho Penal se muestra mucho más rígido y procura fundamentalmente proteger bienes jurídicos, más allá de su aplicación se derive consecuencias no deseadas.

Considero que los delitos ambientales pueden ser atendidos por el Derecho Administrativo Sancionador y no incluirse en el Derecho Penal, pues sólo se produciría el fenómeno de la expansión penal cuando en que en realidad son conductas que pueden atenderse a través de la gestión o negociación, sin que sea necesario, echar a andar la maquinaria que presenta el Derecho Penal, atendiendo así al principio de mínima intervención y de *ultima ratio*.

3.2.1.2. DELITOS INFORMÁTICOS

Como consecuencia de la globalización hoy en día, las computadoras se utilizan no sólo como herramientas auxiliares de apoyo a diferentes actividades humanas, sino como medio eficaz para obtener y conseguir información, lo que las ubica también como un nuevo medio de comunicación, y condiciona el desarrollo de la

¹⁷⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Expansión del ...*, op.cit., 2006, p.63.

informática; tecnología cuya esencia se resume en la creación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos.

La informática está presente en la mayoría de los campos de la vida moderna; con mayor o menor rapidez, todas las ramas del saber humano se rinden ante los progresos tecnológicos y comienzan a utilizar los sistemas de información para ejecutar tareas que antes se realizaban manualmente.

La tendencia de las comunicaciones corporativas de voz, datos y videos en una única red, se pueden realizar desde cualquier lugar a través de diferentes tecnologías de acceso, sin embargo, ello nos enfrenta ahora a otro obstáculo que es, garantizar la seguridad de la información y de la infraestructura tecnológica necesaria, teniendo en cuenta la vulnerabilidad de los entornos habituales. Los accesos no autorizados, negación de servicios escucha de tráfico, alteración de información, suplantación de identidad tanto de usuario como de terminal, etc.; todo esto da lugar a los nuevos delitos tecnológicos en el nuevo mundo de internet, que ha creado nuevos riesgos para las infraestructuras gubernamentales, asíéndose necesaria la colaboración mutua de los gobiernos para la lucha y prevención del crimen tecnológico.

Este es el panorama de un nuevo fenómeno científico, tecnológico en las sociedades modernas. Incluso se ha llegado a sostener que la informática es hoy una forma de poder social. Las potestades que el fenómeno pone a disposición de gobierno y particulares, con rapidez, ahorro de tiempo y energía, configuran un cuadro de realidades, de aplicación y de posibilidades de juegos lícitos e ilícitos, donde es necesario el Derecho para regular los múltiples efectos de una situación nueva y de tantas potencialidades en el medio social.

La manipulación fraudulenta de la computadoras con ánimo de luto, la destrucción de programas o datos y el acceso y la utilizaacción indebida de la información que puede aceptar la esfera de la privacidad, son procedimientos relacionados con el procesamiento electrónico de datos mediante los cuales es posible obtener

grandes beneficios económicos o causar importantes daños materiales o morales. La cuantía de los perjuicios que ocasionan estas conductas generalmente son superiores a las que es usual en la delincuencia tradicional, además de que son mucho más elevadas las posibilidades de que no lleguen a descubrirse. Se trata de una delincuencia de especialistas capaces de borrar toda huella de los hechos.

La informática tiene características que la convierten en un medio idóneo para la comisión de distintas modalidades delictivas, en especial de carácter patrimonial.

Lo anterior da lugar a los delitos informáticos, que son todas aquellas conductas ilícitas susceptibles de ser sancionadas por el Derecho Penal, para quienes hacen uso indebido de cualquier medio informático; ante la imposibilidad de atender a estas conductas con figuras típicas de carácter tradicional, tales como el robo y el fraude, entre otras; es por tanto, el uso indebido de las computadoras lo que ha propiciado la necesidad de regulación por parte del Derecho.¹⁷¹

Los Sistemas Informáticos pueden entregarse datos e informaciones sobre miles de personas, naturales y jurídicas en aspectos tan fundamentales para el normal desarrollo y funcionamiento de diversas actividades como bancarias, financieras, tributarias y de identificación de las personas. Además de que existen bancos de datos, empresas o identidades dedicadas a proporcionar, si se desea, cualquier información, sea de carácter personal o sobre materias de las más diversas disciplinas, a un Estado o particulares; como se comprenderá que están en juego algunos valores colectivos y los consiguientes bienes jurídicos en el Ordenamiento Jurídico – Institucional, debe de proteger. La humanidad enfrenta la posibilidad real de que individuos o grupos sin escrúpulos, con aspiraciones de obtener el poder que la información pueda otorgarles, la utilicen para satisfacer sus propios intereses, a expensas de las libertades individuales y en detrimento de las personas.

¹⁷¹ SALELLAS, Luciano, *Delitos Informáticos – Ciber Terrorismo*, p.2, www.simomexico.com, www.Sr-hadden.com.ar

Julio Tellez Valdez, autor Mexicano, señala que los delitos informáticos son “actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tiene a las computadoras como instrumento o fin (concepto típico)”. El tratadista penal italiano Carlos Sarzana, sostiene que los delitos informáticos son “cualquier comportamiento criminal en que la computadora esta involucrada como material, objeto o mero símbolo”.

Dado el carácter trasnacional de los delitos cometidos mediante el uso de las computadoras, es conveniente establecer tratados de extradición o acuerdos de ayuda mutua entre los países que permiten fijar mecanismos sincronizados para la puesta en vigor de instrumentos de cooperación internacional para contrarrestar eficazmente la incidencia de la información criminal.

Por otra parte se observa el gran potencial de la actividad informática como medio de investigación, especialmente debido a la ausencia de elementos probatorios que permitan la detección de los ilícitos que se cometan mediante el uso de las computadoras. También debe destacarse el papel del Estado, que aparece como el principal e indelegable regulador de la actividad de control del flujo informativo a través de las redes informáticas.

No es la amenaza potencial de la computadora sobre el individuo lo que provoca preocupación sino la utilización real por el hombre de los sistemas de información con fines de espionaje.

Debido a la naturaleza de los informáticos se hace confusa la tipificación de estos, pues a nivel general se poseen pocos conocimientos y experiencias en el manejo de esta área. Desde el punto de vista legislativo es difícil la clasificación de estos actos, por lo que la creación de instrumentos legales puede no tener los resultados esperados, sumado a que la constante innovación tecnológica obliga a un dinamismo en el manejo de las Leyes relacionadas con la informática.

En México, hoy por hoy, la delincuencia informática es una realidad, situación que ha llevado a la reacción de una policía cibernética, adscrita a la Coordinación General de Inteligencia de la Policía Federal Preventiva, cuya misión es combatir la explotación sexual infantil y la práctica de ritos satánicos en internet, así como detectar operaciones del narcotráfico.

Esta policía realiza operaciones de patrullaje en el ciberespacio con el objeto de atrapar a los delincuentes que cometen fraudes, instrucciones, y organizan actividades delictivas; con ella, México se coloca a la vanguardia de Latinoamérica. Uno de los logros de la policía cibernética, fue la identificación de la red pedófila más importante a nivel mundial que operaba en Acapulco Guerrero, dirigida por Robert Decker. También tiene como propósito conformar el primer banco de datos de bandas mexicanas dedicadas al tráfico de prostitución infantil y que utilizan el internet para promover este delito.¹⁷²

Así en el Derecho Penal existe un nuevo ámbito de estudio para las universidades de Derecho, los abogados, o académicos y las autoridades de procuración y administración de justicia, en el que con la misma agilidad y creatividad deberán crear y proponer nuevos tipos penales o impulsar la creación de normas procesales tendientes a la acreditación de los delitos informáticos, lo que resulta necesario para fundamentar y modificar la labor de la policía cibernética.

En razón de lo anterior, se han modificado las legislaciones tanto Federal como Locales para contener nuevos tipos penales, así, en materia Federal se han adicionado una serie de artículos *Bis*, que contienen los delitos informáticos, reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 17 de mayo de 2002, a fin de evitar que una herramienta como el internet sea utilizado como medio para obtener ilegalmente beneficios o ventajas de la propia tecnología que se ha expandido a la vida cotidiana y económica de personas físicas, las actividades económicas-corporativas de empresas, movimientos de sectores de la banca e incluso información confidencial de las propias autoridades. De tal forma

¹⁷² Cfr. www.delitos_informaticos.com.mx/policia_cibernetica.htm

que se sanciona el que un sujeto tenga acceso ilegal a dichos sistemas y los altere, dañe, modifique o provoque pérdidas de información contenidas en tales sistemas.

La manipulación fraudulenta de las computadoras con ánimo de lucro, la destrucción de programas o datos y el acceso y utilización indebida de la información que pueda afectar la esfera de la privacidad, son algunos de los procedimientos relacionados con el procesamiento electrónico de datos, mediante los cuales se puede obtener grandes beneficios económicos o causar importantes daños materiales o morales, por lo general es mucho mayor los perjuicios que así se ocasionan a la que comúnmente se producen en la delincuencia tradicional, también son mayores las posibilidades de que no lleguen a descubrirse. Quienes intervienen son verdaderos especialistas que logran borrar todo indicio de los hechos.

El fraude es el delito informático al que se está más expuesto, pues el dinero resulta ser, el objeto más atractivo de sustraer o algo de valor, por lo tanto, los sistemas que realizan pagos, como los de nómina de ventas o compras, son los más viables para ser objeto de transacciones fraudulentas en dinero para sustraerlo de la empresa, al igual que bancos y compañías de seguro.

Sin embargo, considero que la protección de los Sistemas Informáticos puede abordarse desde una perspectiva penal, como una perspectiva civil o comercial e incluso, de Derecho Administrativo. Estas medidas de protección no tienen porque ser excluyentes unas de las otras, sino que, por el contrario, estas deben de estar estrechamente vinculadas. Pues dadas las características de esta problemática solo a través de una protección global, desde los distintos sectores del ordenamiento jurídico, es posible alcanzar una cierta eficacia en la defensa de los ataques a los Sistemas Informativos.

3.2.2. EXPANSIÓN INTENSIVA

En busca de un modelo penal de la seguridad ciudadana, el concepto de “expansión” deja de referirse principalmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, las cuales pasan a ocupar dentro del nuevo concepto de expansión, un lugar marginal, tanto cuantitativas como cualitativamente. Actualmente, el proceso expansivo lo observamos no solo por el aumento de comportamientos que adquieren el rango de delitos, sino también por una flexibilización de los criterios dogmáticos de imputación y una disminución de garantías penales y procesales. En el primer caso, el Derecho Penal Moderno pretende abarcar la creación de nuevos riesgos, consecuencia, de los avances tecnológicos, característicos de la sociedad moderna, a fin de evitar que se conviertan en situaciones concretas de peligro para bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Para admitir este cambio de la expansión es necesario aceptar o al menos no cuestionar a fondo, mediadores conceptuales alojados en el debate político – criminal, que hace posible esta cambio de perspectiva.

El primero de ello, garantiza el tránsito de una u otra forma de expansión, y expresa que la expansión del Derecho Penal al dejar de ser extensiva para ser intensiva, abre el camino a la justificación “moderna” de las frecuentes decisiones político – criminales, que concentran sus esfuerzos en un incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica, delincuencia que se encuentra tipificada desde hace mucho tiempo en la codificación penal.

El segundo de ellos consiste en admitir, como punto de partida de las nuevas medidas de intervención, presupuestos que aunque no se compartan plenamente se encuentran de alguna forma fundados o al menos dignos de comprensión, por ejemplo, la estabilidad de la sociedad de altas tasas de miedo al delito, sin reflexionar que este puede ser un fenómeno inducido mediáticamente a partir de ciertos intereses políticos; o la consideración de que la opinión pública le es difícil

realizar esfuerzos de sensibilización sobre aproximaciones racionales a la delincuencia, por tanto, hay que aceptar que lo que procede es la toma de medidas sustancialmente dirigidas a calmar los temores, la agresividad o satisfacer en general sus ataques psicosociales.

Otro presupuesto justificador resulta ser las afirmaciones apresuradas sobre la incapacidad de la estructuras convencionales del Derecho Penal para abarcar la delincuencia patrimonial reiterada de los marginados, tras las conocidas referencias genéricas de que hay que trabajar sobre las causas, que es necesario abrir nuevas vías punitivas; a que se den por buenas valoraciones superficiales sobre el excesivo coste de ciertas medidas de intervención preventivo-policiales o re socializadora, y que para la delincuencia grave violenta, los efectos intimidatorios son ineficaces y los re socializadores vanos, por tanto, solo la inocuización ofrece garantías de éxito.

Así, el fenómeno expansivo no sólo se ha presentado en un incremento continuo de conductas, que se elevan a la categoría de delito, sino que ha dado origen a un nuevo modelo de política criminal que parece refutar los principios pragmáticos que deben dirigir la actividad legislativa en el área penal. Ello aunado a la flexibilidad de los criterios dogmáticos de imputación, por ejemplo, los relativos a la relación de causalidad, a la imputación objetiva de la conducta y el resultado, a la imputación subjetiva o a la relación de autoría, se presenta una flexibilización de las garantías político – criminales materiales y procesales, por ejemplo, el Principio de Legalidad Penal y Procesal, la creciente importancia de los acuerdos entre las partes en el proceso y la disminución de las formalidades del mismo, el principio de taxatividad en la elaboración de los tipos penales, el principio de irretroactividad de las disposiciones perjudiciales para el reo, el principio de prohibición de analogía, *in malam partem* o el principio de culpabilidad.¹⁷³

La expansión intensiva consiste en un incremento de las sanciones y asimismo a su ejecución rigurosa, todo ello, proveniente de la sociedad, de la inseguridad que

¹⁷³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, op. Cit., p.313.

actualmente vivimos, y como ejemplo de ello podemos señalar el secuestro, para el que ha solicitado al ciudadanía mayor punibilidad, así como el cumplimiento total de la pena, esto es, no conceder beneficios a los responsables de estos delitos. Para este tipo de delitos se prevé una disminución de garantías durante el proceso como resulta ser la duplicidad del término para la integración de la averiguación previa; el arraigo; la prisión preventiva de manera oficiosa, sin posibilidades de enfrentar el proceso en libertad, esto es, no aplica el principio de presunción de inocencia, y si las mayores penalidades que se contemplan en los códigos. Por lo tanto, se trata de un Derecho Penal anti-garantista. Como ejemplo de ello podemos abordar el problema de la delincuencia organizada, terrorismo, secuestro, narcotráfico, “maras” o pandillas juveniles.

3.2.2.1. EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

No se puede abordar el tema de la delincuencia organizada desde una óptica local o nacional, las condiciones que prevalecen en el mundo contemporáneo hacen necesario estudiarlo bajo una perspectiva global, bajo un enfoque internacional, y hacer su análisis y la búsqueda de soluciones a los procedimientos y medios que en este tema experimenta la comunidad mundial para afrontar a la delincuencia organizada, problema que afecta en mayor o menor grado a todos los Estados del mundo.¹⁷⁴

No es fácil establecer una definición sobre lo que se debe entender por delincuencia organizada, los conceptos oficiales quedan cortos ante la magnitud del problema, y la doctrina ha elaborado una serie de conceptos cuyos matices son más que nada de tipo económico.¹⁷⁵

¹⁷⁴ HUERTA PSIHAS, Elias, “La delincuencia organizada y la Convención de Palermo”, *Revista Mexicana de Justicia*, No. 9, Procuraduría General de la República, México, 2005, p. 171.

¹⁷⁵ CERDA LUGO, Jesús, *Delincuencia Organizada*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 2000, p. 19.

Se ha generado, una propuesta de definición de delincuencia organizada entendida como una serie de actividades delictivas complejas que se llevan a cabo a gran escala por organizaciones y grupos estructurados y que consisten en crear, mantener y explotar mercados de bienes y servicios ilegales con la finalidad principal de crear beneficios económicos y obtener poder. Se logro comprender que la mente del individuo que comete esta clase de delincuencia, es distinta a la mente del individuo que actúa en la criminalidad individual.

En octubre de 2004, la Primera Sala la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió una tesis aislada que titulo “DELINCUENCIA ORGANIZADA, EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO SEGUNDO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMO CON RESPECTO AL DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA, CONTENIDO EN EL ART. 164 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL”. En ella pone fin a la discusión de si debía o no darse una definición de delincuencia organizada, ya que señala que aun y cuando ambos tipos penales contienen elementos constitutivos análogos, el rasgo distintivo entre ambas figuras es, que el delito de delincuencia organizada tiene como fin o resultado cometer algún o algunos de los delitos expresamente establecidos en el artículo 2º, de la Ley citada, mientras que el delito de Asociación Delictuosa, en forma general, solo se refiere al propósito de delinquir, sin hacer referencia a la clase de delito que puede cometerse.¹⁷⁶

El término de delincuencia organizada se utilizó por primera vez en los Estados Unidos de América en 1927, por Thracher, quien observó estructuras organizadas y una división del trabajo que se mantiene unida por la comisión continua de delitos. En 1929, otro autor norteamericano, Landesco, observa como el sistema de organización de negocios de los ciudadanos de buena conducta era imitado por gánster, los integrantes de los gangs o pandillas, para la formación de sus organizaciones delictivas. Sin que se identifique con la “mafia”, organización de estructuras cerradas, violentas, estables, relacionadas con una población o área

¹⁷⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, Noventa Época, Enero 2005, p.412

geográfica de Italia o Norteamérica. La delincuencia organizada es considerada una organización social, más compleja y se utiliza esa denominación cuando nos referimos a todo grupo relacionado entre sí para realizar actividades delictivas, sea su contacto rígido y estricto como la mafia o las Triadas Chinas o de lazos más flexibles como las Bandas Jamaicanas o las Maras del Salvador.

En 1967, Estado Unidos de América consideraba que el crimen organizado era una conspiración extranjera, se plantea como un problema importado, proveniente de un grupo étnico diferente que debía atenderse y combatirse a través de nuevas técnicas, que permitan enfrentarla con mayor eficacia a nivel Nacional e Internacional, con miras a su prevención y a su represión.¹⁷⁷

La delincuencia organizada vulnera sensiblemente uno de los fines esenciales que justifica la existencia del Estado, como la salvaguarda de la integridad física, del patrimonio y de la vida de los habitantes.

Las transformaciones en la economía han influido necesariamente en el campo del Derecho. La globalización de la economía ha traído también una globalización en los Sistemas Jurídicos que ha provocado la decisión de la comunidad Internacional de enfrentar conjuntamente los retos aparecidos en el ámbito de la justicia, con nuevos instrumentos que combatan la sofisticada delincuencia organizada, que se sirve de los recursos propios de una sociedad altamente tecnificada y con avanzados medios informáticos.¹⁷⁸

El Derecho Internacional se desarrollo a partir de la necesidad de crear mecanismos y reglas de mutuo acuerdo para resolver pacíficamente los conflictos y disputas, ante esta perspectiva, la Asamblea General de la Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1998, decidió establecer un comité especial Intergubernamental de composición abierta con el objeto de elaborar una Convención Internacional amplia contra la delincuencia transnacional organizada y de examinar, si procedía,

¹⁷⁷ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op. Cit., p.76

¹⁷⁸ Ibidem, p. 71.

la posibilidad de establecer instrumentos internacionales que regulasen la trata de mujeres y niños, la lucha contra la fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, el tráfico y el transporte ilícito de migrantes, incluso por mar. Lo que concluyo con la aprobación de dicha Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como con el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños; de igual forma, sancionar el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que figura también en los anexos de la resolución, y los declara abiertos para su firma en la Conferencia Política que se celebro en Palermo (Italia) del 12 al 15 de diciembre del 2000, año en que la comunidad mundial reaccionó y decidió unir esfuerzos para combatir a la delincuencia organizada buscando soluciones más efectivas y eficaces. Originalmente fue firmada por 124 Países, que a la fecha se ha incrementado a 160.

El tratado tiene dos objetivos principales, uno es eliminar las diferencias entre los Sistemas Jurídicos Nacionales que puedan bloquear la asistencia mutua. El segundo es establecer normas para las Leyes Internas de manera que se pueda combatir con mayor eficacia la delincuencia organizada. El propósito de esta Convención es promover la corporación para prevenir y combatir de manera más eficaz la delincuencia organizada transnacional, lo cual se declara expresamente en su artículo primero; en él también se define, para los efectos de la misma, lo que debe entenderse por grupo delictivo, delito grave, grupo estructurado, bienes, producto del delito, embargo preventivo, decomiso, entrega vigilada y organización regional de integración económica.

Moreno Hernández, señala que el crimen organizado ha sido conceptualizado como una sociedad que busca operar fuera del control del pueblo y el gobierno, pues involucra a miles de delincuentes que trabajan dentro de estructuras tan complejas, ordenadas y disciplinadas como las de cualquier corporación, mismas que están sujetas a reglas aplicadas con gran rigidez. Se caracterizan porque sus

acciones no son impulsivas, sino mas bien resultado de previsiones a corto, mediano y largo plazo, con el propósito de ganar control sobre diversos campos de actividad y así amasar poder político, el cual le interesa más para propósitos de protección. En caso extremo, el propósito de la delincuencia organizada no es competir con el gobierno, sino utilizarlo.¹⁷⁹

Esta descripción es la que de manera más clara nos permite comprender el verdadero objetivo de la delincuencia organizada y su forma de operar.

En nuestro país, a finales de los setenta, surge un nuevo fenómeno delictivo, el cual presentaba como característica principal el acaparamiento de enormes recursos económicos y la organización jerarquizada de sus integrantes. Y esa capacidad económica que tenían, les facilitaba el camino de la impunidad y de la corrupción, conductas que eran observadas en todos los niveles de la sociedad, y es de ahí donde surge el antecedente de la delincuencia organizada.¹⁸⁰

La Delincuencia Organizada, reconocida por algunos teóricos como un modelo “mafioso”, se ha transformado con el tiempo y ha llegado a aumentar en características y volumen, ya no controlan prostíbulos baratos o pequeños bares, ahora, estas organizaciones han acaparado nuevos y peligrosos mercados que responden a un fenómeno totalmente vinculado al mercado ilegal de bienes o servicios.

Toda esta transformación ha hecho que la delincuencia muestre actualmente una mayor eficacia frente a los medios de control estatal en los diversos órdenes. Los métodos y las técnicas utilizados por las formas modernas de delincuencia motiva también la generación de métodos y técnicas modernas para combatir eficazmente, pero con frecuencia nos muestra la realidad, que el fenómeno delictivo supera a las formas de reacción, obligando a estas a superarse o quedarse rezagadas.

¹⁷⁹ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Globalización..., Op. Cit., p. 379.

¹⁸⁰ CERDA LUGO, Jesús, Delincuencia Organizada, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, p.21

La Delincuencia Organizada es uno de los problemas más graves por los que atraviesa la comunidad mundial, y en razón de su carácter transnacional ha sido calificado como todo un Sistema Económico clandestino con ingresos que sobrepasan el Producto Nacional Bruto de algunas naciones, ejemplo de ello lo es el narcotráfico que genera ganancias exorbitantes e implica la evasión fiscal, al igual que el tráfico de armas, el uso de la fuerza física, la corrupción, de donde se origina una amenaza directa para la estabilidad de las naciones y constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas de los Estados.¹⁸¹

De todo ello podemos señalar que la delincuencia organizada es de mayor peligrosidad que la delincuencia tradicional, sus actores son resultados entre personas eficaces, se les da entrenamiento especializado, utilizan los avances tecnológicos, armas de alto calibre, tienen acceso a información privilegiada, lo que les da una gran capacidad de acción que rebasa a las instituciones del Estado, encargadas de combatir a la delincuencia.

La Delincuencia Organizada que enfrenta cada nación presenta características diversas y especiales propias del país donde se desarrollan por ejemplo, Italia tiene más de un siglo combatiendo la delincuencia organizada denominada "*Mafia o Cosa nostra*", que tiene como actividad principal el contrabando de cigarrillos, vinos, control de juegos clandestinos, piratería de marcas comerciales, entre otras.

Las características de esta mafia son, entre otras: que los individuos guardan el carácter secreto de pertenecer a estos grupos; saben dosificar la violencia y ferocidad que se aprovechan de la crisis de valores de la sociedad, defienden su territorio como algo primordial; no atacan o intervienen a menos que tengan la certeza del éxito.

En este país encontramos los antecedentes e instrumentos jurídicos más efectivos y los que han servido de modelo a otras naciones. En un esfuerzo por

¹⁸¹ MORENO HERNÁNDEZ, M., *Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases...*, Op. Cit., p. 303.

combatirla se han implementado acciones que van desde la protección a testigos que colaboran con la justicia, hasta los llamados jueces sin rostro. En su Legislación Sustantiva Penal se introdujo el concepto delictivo de asociación mafioso; aumento de penalidad para los integrantes de estos grupos y se sanciona el tráfico de drogas, entre otras figuras. En el Código Adjetivo se autoriza una investigación oficiosa cuando existan indicios de estas actividades; se autoriza la investigación del patrimonio de familiares cercanos; se autoriza al Ministerio Público a realizar investigaciones encubiertas; en caso de secuestro se autoriza el aseguramiento de bienes a familiares de la víctima para que no paguen el rescate; se aplica un programa de protección a testigos. En lo que se refiere a Derecho Penitenciario, se anulan todos los beneficios del reo. Cuenta con dos instituciones cuya función es la lucha contra la Criminalidad Organizada, el Centro de Coordinación Policial contra las Drogas y la Dirección de Investigaciones Antimafia (DIA). Esta es una institución de carácter ejecutivo, es considerada como el centro de información nacional, y está compuesta por tres fuerzas policíacas; la Policía, los Carabineros (militares) y la Guardia de Finanzas.

Francia también es una nación que lucha contra el tráfico de drogas, el lavado de dinero, dada su estable economía; tráfico de autos, de personas para explotación social; no combate contra grandes grupos delictivos organizados, sin embargo, podemos señalar a los que se les denomina los Marsellese, quienes controlan el comercio ilícito que circula por Mediterráneo. El problema más grave que enfrenta de delincuencia organizada es el terrorismo, alentado por el ánimo de liberación de las un existentes colonias francesas.

Para combatir la delincuencia organizada su codificación penal establece la agravación de las penas en actividades relacionadas con estupefacientes; disminución de penas relacionadas con actividades ilícitas que colaboren con las autoridades; agravantes en caso de homicidios a magistrados, jueces, funcionarios o jurados; se crea un control que regula actividades financieras a partir de determinadas cantidades; duplicidad de términos e intervención de

teléfonos con autorización. El ministro del interior es el encargado de la seguridad pública y además coordina todas las fuerzas centrales de policía, en este país la policía actúa unificadamente.

Estados Unidos de América, no es ajeno a esta problemática de la mafia, que es, de alguna forma, descendiente de las organizaciones criminales italianas, dado que este país fue refugio de emigrantes de Italia.

El problema que primero preocupó a esta nación, fue el lavado de dinero, que inicialmente fue practicado por ciudadanos de ese país para evadir pagos de impuestos y por las ganancias de especulaciones financieras.

El problema del narcotráfico, más que un problema de salud, es un problema económico, aunado al lavado de dinero. Estados Unidos, ha sabido asumir y ejercer su poder económico y político en el ámbito internacional con la certificación, ya que figuras jurídicas que no pueden ejecutar en su interior, experimentan política y jurídicamente, con los países como México y Colombia a los que otorga ayuda para el combate al narcotráfico.

Existen una serie de instrumentos legales en Estados Unidos contra el crimen organizado, como la confesión legal, si el sujeto se declara culpable no se llega a una sentencia porque se abre la posibilidad de llegar a un arreglo con el fiscal; la investigación criminal encubierta y los beneficios para los involucrados que colaboren con las autoridades.

La autoridad encargada de combatir la delincuencia organizada es el Procurador General de Estados Unidos, de donde se derivan una serie de autoridades y dependencias Federales, Interestatales y Distritales, como la DEA, el FBI, el Servicio de Inmigración, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos. Como estos Países, España también enfrenta el problema del terrorismo,

principalmente con la ETA, un grupo independentista originario del País Vasco y Terra Lliure originario de la tierra catalana.¹⁸²

Como se puede observar la delincuencia organizada es una problemática de delincuencia transnacional, para la cual no existen fronteras. México no es ajeno a esta problemática, por ello, a través de su legislación, se convierte en uno de los pocos países de la comunidad internacional que establece un concepto de delincuencia organizada en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 17 de noviembre de 1996, sus reformas más recientes fueron publicadas el 14 de junio de 2012, y en este mismo instrumento para el combate a esta tipología delictiva, plantea situaciones semejantes a los Estados que hemos comentado: intervención telefónica, beneficios para acusados que colaboren en la investigación, ningún beneficio penitenciario para los acusados por la comisión de estos delitos, agravación de penas, etc. De tal manera que han surgido nuevas estructuras delictivas y también nuevas estrategias para combatir la delincuencia organizada transnacional, ante la necesidad de adaptar los contenidos de la Justicia Penal y procesal penal a los retos que plantea la persecución de esta nueva forma de delincuencia, lo criticable es, que en busca de seguridad, la política criminal se dirige hacia una restricción de los Derechos Humanos y Garantías Individuales, en pro de una mayor eficiencia institucional y eficacia legal.

Como ejemplo de ello, podemos ver que la Convención de Palermo, y en cumplimiento de ella el Derecho Interno en materia de conductas delictivas se concentran en los delitos sin víctimas (pertenecer a un grupo, blanquear activos, recibir sobornos, etc.) en contraposición al proceso acusatorio para el cual las autoridades cuentan con la colaboración de las víctimas que denuncian los delitos, otro tema que llama la atención es la obtención de pruebas, sobre todo en aquellos delitos en los cuales no es fácil identificar víctimas individuales que promueve el proceso, que son precisamente los que se contemplan como

¹⁸² CERDA LUGO, Jesús, Op. Cit., p. 70-71.

delincuencia organizada y que con tal de mantener el orden se valen de cualquier método para obtener el material probatorio procedimiento que es digno de un procedimiento inquisitivo y no de un modelo acusatorio, donde lo primordial son los Derechos Individuales. De tal manera que convergen en forma simultánea el procedimiento inquisitivo y el acusatorio violentándose los Derechos Humanos, ya que fortalecen métodos inquisitivos de investigación ponen en duda los avances que en materia de Derechos Humanos ha alcanzado nuestro país.

En seguida analizaremos algunos casos de delincuencia organizada.

3.2.2.2. TERRORISMO

La palabra terrorismo deriva del terror, se comenzó a utilizar durante la Revolución Francesa, por los medios utilizados durante la época llamada terror. Se define como la dominación por el terror, o la realización de actos con el uso de la violencia para infundir el terror.¹⁸³

El 4 de octubre de 2002, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, en un discurso señaló al terrorismo como una amenaza global con efectos globales y sus consecuencias afectan todos los aspectos de la agenda de las Naciones Unidas, desde el desarrollo de la paz a los Derechos Humanos y las restricciones al poder por Leyes bien definidas y establecidas. Por su propia naturaleza, el terrorismo es un ataque a los principios fundamentales de la Ley, el Orden, los Derechos Humanos y la Resolución Pacífica de los Conflictos sobre los cuales las Naciones Unidas se han pronunciado.¹⁸⁴

Se entiende el terrorismo, como el uso real o amenaza de recurrir a la violencia con fines políticos no solo dirigidos como víctimas individuales, sino contra grupos más amplios y cuyo alcance trasciende con frecuencia a los límites nacionales. El

¹⁸³ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Política criminal y Reforma Penal..., Op. Cit., p. 173.

¹⁸⁴ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op. Cit., p. 275.

objetivo de los terroristas es crear pánico entre la comunidad a la que se dirige la violencia, a fin de coaccionarla para actuar de acuerdo con sus deseos. En la mayoría de los casos, el terrorismo externo busca desestabilizar un Estado y causar el mayor caos posible.

Los orígenes de este fenómeno se iniciaron en la década de los setenta del siglo pasado, se remontan al conflicto que en el Oriente Medio enfrenta a las Naciones Árabes contra Israel. A finales de los cuarenta, algunos radicales judíos como la banda “*Stem* y el Irgan *Tzevani Leumi*”, utilizaron el terrorismo contra comunidades árabes y otros grupos en su lucha por la Independencia de Israel. A partir de los setenta sus adversarios árabes decidieron utilizar el terrorismo de manera mucho más sistemática. La expulsión de guerrillas palestinas de Jordania en Septiembre de 1970, fue conmemorada con la creación de un brazo terrorista llamado Septiembre Negro. La Organización para la Liberación de Palestina (OLP), ha llevado a cabo acciones terroristas y de comando tanto a Israel como en diversos países del mundo. El Terrorismo Internacional con base en Palestina disminuyó durante los años ochenta, en una estrategia de la OLP por ganarse el apoyo mundial a su causa, pero surgieron nuevas formas relacionadas con la revolución de Irán y el auge del fundamentalismo islámico.

Pero el terrorismo avanzó más allá de Oriente Medio, en los setenta también fue evidente entre naciones industrializadas: Alemania Oriental, hoy integrada en la República Federal de Alemania, Japón e Italia, los terroristas intentaban derrocar al Estado mediante una reacción violenta y autodestructiva.

En Alemania Occidental, la llamada fracción del Ejército Rojo, también conocido como la *Baader-Meinhoff*, cometió numerosos robos a bancos y asalto instalaciones militares estadounidenses. Los miembros de dicha banda colaboraron a menudo con terroristas palestinos.

En Irlanda del Norte, la actividad terrorista llevada a cabo por el IRA (Ejército Republicano Irlandés), reclamaba mejores condiciones para los católicos. El

terrorismo cada vez más intenso llevo a la segregación de ambas comunidades en zonas vigiladas por soldados y en la militarización de Irlanda. El IRA realizo explosiones, cometió asesinatos y atentados terroristas.

Los terroristas en Italia, donde destacan las Brigadas Rojas, se responsabilizan de atentados ocurridos en 1993, al parecer ejecutados junto con la mafia.

En Latinoamérica los movimientos terroristas tuvieron sus orígenes en antiguas tradiciones de conflictos políticos localizados. La principal innovación la constituyo la creación de los llamados movimientos de guerrilla urbana, pues las actividades terroristas se desplazaron desde el campo hasta las ciudades. Por ejemplo, Sendero Luminoso, grupo terrorista maoísta Perú.

En los noventa, el crimen organizado emula a los terroristas para promover sus intereses y algunos miembros del cartel de la cocaína en Colombia utilizaron técnicas terroristas.

En Europa, los trágicos caos de terrorismo, lo constituyen los actos realizados por el movimiento armado ETA, (*Euskadi Ta Askatasuna, País Vasco y Libertad*) quien frecuentemente lleva a cabo atentados, secuestros, asesinatos y coacciones, circunstancias todas ellas que producen gran derramamiento de sangre.¹⁸⁵

En 2001, Estados Unidos de Norteamérica resintió uno de los actos terroristas más violentos de los últimos tiempos. En Nueva York y Washington, el 11 de Septiembre, aviones de líneas comerciales fueron secuestrados por un grupo de individuos y estrellados contra las Torres Gemelas de Nueva York y el Edificio de Pentágono, causando la muerte de los pasajeros, así como de innumerables personas que a la hora de los hechos se encontraban laborando en las oficinas que albergaban dichas torres y personas que habitaban en la zona; además se causaron graves daños a las estructuras de los edificios que trajo como

¹⁸⁵ SÁNCHEZ MOGUEL, Daniel, "El terrorismo un caos actual", *Revista Mexicana de Justicia, Sexta época, No 4*, México, 2002, p.240.

consecuencia la demolición de los mismos, se responsabilizo de este hecho al Terrorista Saudita Osama Bin Leden.

Como consecuencia de esto, se observó una tendencia creciente hacia lo que Günther Jakobs denomina “Derecho Penal del Enemigo”. Señalando que en él, el legislador no dialoga con los ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, sancionando sus delitos con penas draconianas mas allá de la idea de proporcionalidad, recordando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico.¹⁸⁶

Pero los hechos del 11 de Septiembre dejaron en claro la vulnerabilidad y el fracaso de las normas de seguridad aceptadas internacionalmente para combatir la delincuencia organizada, esta situación se da a pesar de que un año antes se había celebrado la Convención de Palermo sobre el tema de la delincuencia transnacional organizada.

Se opto por planear nuevas restricciones a los derechos y libertades de las personas en el combate al crimen organizado y en busca de una mayor seguridad.

Como consecuencia de los actos del terrorismo se aprobó, “la *patriotic Act* de los Estados Unidos de Norteamérica”, en la que se permite al FBI, sin control judicial, a detener a ciudadanos, recabar de las empresas sobre sus clientes y trabajadores, detención de extranjeros sospechosos de terrorismo, con lo que queda de manifiesto la violación a los derechos fundamentales, ante lo cual es necesario analizar hasta qué punto se debe permitir esta situación en aras de mantener la seguridad de los ciudadanos.

Ante los riesgos que por hoy por hoy el terrorismo internacional representa a la Seguridad Nacional, México busca desempeñar un nuevo rol en el Ámbito Internacional a través de tres ejes principales:

¹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre de Derecho...*, Op. cit., 2005, p. 25-26.

- a) La condena total y firme de cualquier acto de terrorismo internacional;
- b) EL compromiso de adoptar todas las medidas que sean necesarias para combatirlo, y,
- c) La aclamación a la defensa y prevención de los Derechos Humanos, en el enfrentamiento contra el crimen organizado, trasnacional y el terrorismo.

En México, hablando de la modalidad de combate al terrorismo, se ha sostenido que la forma efectiva de enfrentar al mismo es la cooperación internacional, con fundamento en la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos de Derecho Internacional y con pleno respeto a los Derechos Humanos.

Modalidad que se reafirma con la participación de nuestro país desde hace mucho tiempo, en los trabajos de la Naciones Unidas orientados a combatir el terrorismo mundial. Debiéndose destacar que dos semanas después de los atentados cometidos en los Estados Unidos , México, otorgó su respaldo a los esfuerzos puestos en práctica por la comunidad internacional, para aplicar la resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (CSNU), aprobada el 28 de Septiembre de 2001. Entre las disposiciones puestas en práctica es preciso mencionar la entrega de un informe requerido a cada país, por las propias resoluciones del CSNU, en torno de las medidas legislativas y ejecutivas para prevenir y sancionar el terrorismo internacional, establecida en la citada resolución 1373.

Otro dato que confirma la voluntad de México para combatir al terrorismo es que forma parte de diez de los 12 instrumentos que en esta ha expedido la Organización de las Naciones Unidas.

En cuanto a la normatividad jurídica interna, los actos de terrorismo se encuentran previstos en la legislación mexicana, existe un marco legal para su prevención y represión. También se han adoptado medidas preventivas, a raíz de los sucesos de Septiembre de 2001 en Estados Unidos, para enfrentar eventuales actos de

terrorismo. Como ejemplo de ellos podemos citar la integración, por parte del Poder Ejecutivo, de “grupos de trabajo para la prevención del terrorismo”.¹⁸⁷

Sin embargo, a pesar de estas medidas, el 15 de Septiembre de 2008, en la ciudad de Morelia, Michoacán, se realizaron dos explosiones durante las fiestas del Grito de Independencia, al saldo: siete muertos y más de 100 heridos; hechos que de acuerdo a la encuesta realizada por Sistemas de Inteligencia en Mercado y Opinión, (SIMO) en Octubre de 2008, colocan al terrorismo en la cuarta amenaza a la Seguridad Nacional, según los mexicanos, y dos de cada tres lo consideran como atentados terroristas.¹⁸⁸

No cabe la menor duda de que la crisis de seguridad en México ha llegado al punto más álgido, pues los atentados contra la población civil generan terror para hacer prosperar las actividades de las drogas de los carteles del narcotráfico. Los atentados del 15 de Septiembre en Michoacán, no son la primera estrategia terrorista que se presenta en nuestro país, desde el inicio de la administración del Presidente Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, en el año 2006, se han presentado una serie de ejecuciones en todo el país, que han sembrado terror en la población, pero son precisamente los atentados ocurridos en Michoacán, el ataque más significativo contra la población civil, donde se centran los intereses más sucios del narcotráfico, cuyo objetivo es obligar a los gobiernos, Locales y Federales a pactar una convivencia y cohabitación con los intereses del narcotráfico, cuyo mercado Nacional e Internacional, está en constante ascenso.

Este tipo de terrorismo es un elemento de la guerra psicológica y se le ha denominado guerra de posiciones, pues el narcotráfico cambio de una posición defensiva a una de carácter defensiva, en la que el gobierno queda obligado a demandar una especie de paz y tregua al narcotráfico dada la erosión que sufrirá ante la presión popular y externa. Los efectos negativos en la economía nacional

¹⁸⁷ LAMENDI TORRES, Patricia, *México y en debate internacional sobre el terrorismo*, www.juridicas.unam.mx

¹⁸⁸ Sistemas de inteligencia en Mercado y Opinión, (SIMO), octubre de 2008 www.simomexico.com

será muy grande y justo en los momentos en que se presenta una recesión internacional.¹⁸⁹

Zaffaroni en respuesta a esta problemática, señala que para combatir el terrorismo no es necesario crear tipos penales para enfrentar la criminalidad emergente que se presenta, pues con ello se avanza en la creación de un Estado Autoritario y se debilita el Estado de Derecho, pues los nuevos tipos penales que se crean pueden ser fuente de impunidad, ya que es muy común que lesionen el principio de legalidad, lo que puede provocar su declaración de anticonstitucionalidad.

Por ello propone que simplemente se aplique el Derecho Penal vigente que sanciona los resultados que provoca el terrorismo, si los delitos tuviesen la gravedad y características de crímenes de esa magnitud, se les dará el tratamiento para esos delitos y el homicidio, robo a mano armada, el secuestro, la falsificación de documentos, asociación ilícita, etc.; todos amplificados en su caso conforme a las reglas de la participación, de la tentativa, principios que regulan las reglas del concurso real o irreal, tendrán una penalidad que no es benigna en ninguna Legislación Penal del mundo, por lo que al aplicar las penas serán bastante prolongadas.¹⁹⁰

No cabe duda que le asiste la razón a este jurista cuando realiza este planteamiento, mismo que es digno de análisis para evitar violaciones a los derechos fundamentales.

3.2.2.3. SECUESTRO

En los últimos años, el secuestro se ha convertido en uno de los más grandes temores de los habitantes de nuestro país. Se creé que existen alrededor de 400

¹⁸⁹Semanario Político. Análisis semanal, Septiembre 19, 2008, <http://espora.org/comitecerezo/spip.php?page.Semanario>.

¹⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul, *El enemigo en el ...*, op.cit.,p. 245.

bandas de secuestradores profesionales y los medios de comunicación dedican gran parte de sus espacios a difundir los secuestros que se suscitan, así como las aprehensiones de los dirigentes de las bandas de los secuestradores, pues para las autoridades resulta muy importante su difusión; sobre todo cuando estos llegan a obtener fama, como en el caso de Daniel Arismendi, quien se caracterizaba por la crudeza de sus secuestros y las altas sumas que solicitaba por los rescates.

El primer antecedente de regulación formal del delito de secuestro lo encontramos en el Código Penal de 1871, conocido como “Martínez de Castro”, quien presidió la Comisión Redactora, y que actualmente se encuentra previsto en el artículo 366, del Código Penal Federal, en su fracción I, establece que los objetivos del delito de privación ilegal de la libertad pueden ser:

- a) Obtener un rescate,
- b) Mantener privada la libertad a una persona bajo amenaza, para que la autoridad o un particular realicen o dejen de realizar un acto cualquiera, y
- c) Causarle daño o perjuicio a la personal privada de la libertad, a una o a cualquier otra, con el objeto de ejecutar los delitos de robo o extorción.

El delito de privación de la libertad en su modalidad de secuestro puede ser cometido por grupos de delincuencia organizada. De ahí la importancia de que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, contemple este tipo delictivo. En dicha iniciativa se exponen los motivos de su promulgación, señalando que estos son: el compromiso del Estado de fortalecer la lucha contra la delincuencia organizada, la necesidad de nuevas estrategias, de combate a la delincuencia organizada; la situación de la delincuencia organizada en el país y la ineficiencia institucional.

En este mismo documento se informa según los analistas, que entre Julio de 1988 y Abril de 1994, se cometieron aproximadamente 800 secuestros de empresarios y otras personalidades en todo el país. Sin embargo la realidad podría mostrar un

número mayor en virtud de que muchos familiares de las víctimas prefieren no denunciar a la policía.

En los últimos años, el fenómeno del secuestro, ocupa el sexto lugar dentro de las principales amenazas a la Seguridad Nacional, de acuerdo a las encuestas practicadas por los Sistemas de Inteligencia de Mercado y de Opinión, calificación misma que se da en razón de la proliferación del Secuestro en México, lo que ha ocasionado un gran impacto dentro de las Comunidades Nacionales y se ha convertido en uno de los más grandes temores de los habitantes de nuestro país.

La acción de secuestrar viola dos garantías individuales consagradas en la Constitución: la libertad de tránsito y la seguridad de la persona, previstos en los artículos 14, 16 y 19.

De un estudio comparativo de las legislaciones estatales se puede observar que se ha dado, en los últimos años, la tendencia a aumentar la penalidad aplicable a este delito; alcanzado hasta 70 años de prisión como en el Código Penal Federal, en caso de que el secuestrado sea privado de la vida por sus secuestradores.¹⁹¹

A pesar de este incremento de penas no se ha observado un descenso en la comisión de este ilícito, por el contrario, las estadísticas demuestran que día a día existe un mayor número de ellas, así como de modalidades para su comisión; lo que nos muestra, que en la política criminal, aumentar las penas de prisión no es eficaz para contener a la delincuencia organizada; pues una encuesta realizada por el Grupo Mexicano Unido Contra la Delincuencia, la violencia arroja que 49.2 % de los ciudadanos percibe que no funcionaban las acciones del Acuerdo Nacional por la Seguridad, Justicia y Legalidad. La violencia ligada al narcotráfico ha aumentado, pues del 21 de Agosto 2008, al 27 de Febrero pasado, 3488 personas han sido ejecutadas en el país.¹⁹²

¹⁹¹ LÓPEZ MENDOZA, Noé, "El secuestro en la Legislación Penal mexicana", Revista Mexicana de Justicia, PGR, México, 2002.

¹⁹² Agencia Reforma, Periódico Tribuna, Sección "El Mundo", 20 de mayo de 2007.

El secuestro es un hecho delictivo que presenta efectos que trasciende al ámbito social, llegando a ocasionar graves daños a la estabilidad social. Trae implícitos varios aspectos: en primer lugar, deja evidente la falta de seguridad o vigilancia policiaca; y en segundo término, pone de manifiesto la formación de intranquilidad, de miedo, de inseguridad, de falta de confianza por parte de la población, con ciertos sectores de la sociedad que tienen un cierto punto de nivel de alto desarrollo, gente que por el desempeño de sus funciones son importantes en la sociedad, como servidores públicos, políticos, periodistas, empresarios, banqueros y otros.

Para poder comprender los daños que ocasiona el secuestro, es necesario analizarlo desde tres aspectos:

1. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL SECUESTRADOR. Por lo general el objetivo de este es obtener dinero, salvo algunos casos en que se busca la venganza, represalias o aspectos ideológicos, en muchos de los casos la víctima es ejecutada. Los participantes de este delito son por lo general gente preparada y entrenada, forman parte de una banda bien estructurada compuesta por lo general con miembros de ambos sexos, en ocasiones también son parte de grupos determinados, fundamentalistas, subversivos, anarquistas, guerrilleros, terroristas, etc.
2. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA VÍCTIMA. Nadie quisiera ser víctima de un secuestro en primer lugar porque no se sabe si los secuestradores van a respetar la integridad física, y en segundo lugar, la vida de la víctima. Las personas que ha sido víctimas presentan, casi siempre, patologías durante el secuestro y después del secuestro, resultado de una experiencia desagradable, por lo general se lleva a cabo de manera inesperada y por medios violentos. También es importante la relación que van a tener los secuestradores con la víctima, hay algunos que son amables, educados, accesibles y su relación es afectuosa. Permiten que se bañe la víctima, le dan buena comida, no la molestan ni la interrogan, atienden algunas de sus

preferencias como ver la televisión, leer, escuchar música. Por el contrario, hay otros que son totalmente enérgicos, sin escrúpulos, herméticos y en general no dan un buen trato a la víctima, podemos decir que el trato a esta depende de la importancia de sus funciones o economía.

3. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA SOCIEDAD. La afectación que resiente la sociedad es de manera gradual, porque se genera un sentido de inseguridad entre los habitantes del País, sobre todo porque con ello se pone al descubierto que existe una gran falta de vigilancia policiaca o que esta no es suficiente. El incremento de secuestros obedece a que se carece de mecanismos preventivos, que orienten a la sociedad a realizar actos de protección de su persona, además de la falta de vigilancia; por otra parte, también ocasiona que el delito quede impune, lo que propicia su reiteración. Tampoco hay una coordinación básica entre los cuerpos policiacos o bien existe una conexión entre los secuestradores con otros integrantes de bandas delictivas, como del narcotráfico o del terrorismo.¹⁹³

El pánico y la prevención se apoderan de las calles y de los comercios, las empresas y los gobiernos. Guardias, escoltas, cámaras de circuito cerrado de televisión, botones de pánico, sensores de incendio, autos blindados y camisas a prueba de balas son lolo parte de la oferta de productos y servicios del negocio de la seguridad, de la llamada “industria del miedo”.

Frente a los índices de criminalidad y respuestas tibias de las autoridades para controlar a la delincuencia, en las dos últimas décadas, la seguridad privada se ha convertido en un negocio millonario, en 2005 facturo alrededor de 117 mil millones de dólares en el mundo, 2, 000 millones de dólares en México.¹⁹⁴

¹⁹³ MORENO HERNANDEZ, Moises, *Politica Criminal y ...*, Op. Cit., p. 371-372.

¹⁹⁴ URIBE, Erika, “Seguridad, negocio de 2,000 mdd”, *Revista Mundo Ejecutivo*, Mexico, Mayo, 2006.

3.2.2.4 NARCOTRÁFICO

Las drogas psicoactivas han sido utilizadas por cuestiones religiosas, curativas y para recreación desde hace miles de años. Pero desde el siglo pasado, el avance de la química y la farmacología, sintetizaron sustancias más poderosas y adictivas, como la cocaína y la heroína.

Ello aunado al invento de las jeringas, en especial las desechables, proporcionaron mayores facilidades para la utilización de las drogas, y el riesgo de caer en la adicción se multiplicaron.

El primer paso para establecer controles se dio en 1909, con el establecimiento de la Comisión del Opio en Shanghai, y posteriormente, en varias comisiones de la ONU se intentó restringir su venta para utilizarlas sólo con fines médicos. En 1961, se elaboró la Convención Única sobre Drogas, que reunió las convenciones anteriores y fue ampliada en 1972, con un protocolo que señalaba la necesidad de servicios de tratamiento y rehabilitación para los adictos.

Posteriormente, en 1971, la Convención sobre Sustancias Psicotrópicas estableció un control sobre una lista de drogas farmacéuticas y otras sustancias que afectan la mente. Así surge el concepto de “Abuso de drogas” y “drogas de abuso”, para referirse a las utilizadas ilícitamente no por motivos médicos de las que integraban la lista.

Las Convenciones de 1980 y 1988 se ocuparon específicamente contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, incluyendo previsiones contra el lavado de dinero y el control de los químicos llamados “precursores” utilizados para la elaboración de drogas ilícitas.

Las sustancias o drogas de abuso son aquellas psicoactivas que se utilizan para cambiar de alguna manera la forma en que siente piensa, o se comporta

la gente, ello incluye tabaco, licor, y las drogas naturales o las elaboradas por el hombre.¹⁹⁵

El problema en realidad, tiene un trasfondo de tipo comercial, ya que se induce a su consumo para poder venderlas y ampliar paulatinamente el mercado, por ello se denomina como fenómeno del narcotráfico.

El negocio de la droga puede generar altos costos para los gobiernos. Una buena política pública es aquella que minimiza los daños generados por el proceso para su permisión, regulación o combate.

Las drogas también pueden ser dañinas para quien no las usan. Las víctimas de los accidentes causados por el consumo de drogas son las más obvias, pero no necesariamente las más importantes.

Las familias de los adictos y también sufren debido a la adicción de alguno de sus miembros y por el desembolsa económico que tiene que hacer para solventar los problemas de los adictos.

Los amigos, compañeros, vecinos y demás personas también padecen moral y económicamente, por el consumo de drogas de un ser querido.

Por ello, el objetivo principal de la política antidrogas es el de minimizar el daño que se infringe los adictos, así como minimizar el que le generan a terceros.

También es necesario disminuir el uso de recursos públicos para llevar a cabo esta meta; recursos que deben de ser menores al beneficio esperado por la implementación de la política en cuestión.

Las políticas que se implementen deben de dar respuesta a tres metas fundamentales de la lucha contra las drogas:

¹⁹⁵ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op. Cit., p.199.

- a) Proteger a los usuarios, considerando las utilidades y beneficios que les produce el consumo de estupefacientes,
- b) Proteger al resto de la población por los daños que puede ocasionar la actividad en cuestión; y
- c) Minimizar costos, tanto por la política pública propuesta, como por la implementación de la misma.¹⁹⁶

El análisis del problema de las drogas debe examinar, como queda de manifiesto, no solo las características farmacológicas de las sustancias consumidas, sino también su definición socio-cultural, respecto de su licitud o ilicitud, sobre la consideración social del consumidor, el lugar y modos en que las sustancias se consumen, así como los aspectos sanitarios de su uso, esto es, la sustancia, el sujeto consumidor y su contexto sociocultural.

3.2.2.5 MARAS O PANDILLAS JUVENILES

A principio de los ochenta surge un fenómeno criminológico y de Derechos Humanos, directa y estrechamente asociado al fenómeno creciente de la inseguridad, entre el miedo y la zozobra en muchos focos territoriales de profunda depresión social y altísima peligrosidad, se trata de los *maras* en Centroamérica, son bandas o pandillas que recorren varias ciudades de Estados Unidos de Norteamérica y del Sur de América; tienen códigos secretos, territorios barriales en disputa, nuevos tipos de delito, crímenes atroces, motines y rebeliones sangrientas en penitenciarias de Guatemala, Honduras y el Salvador, son una fenomenología grupal para delinquir. Sus integrantes tienen distintivos estéticos propios y mayoritariamente son jóvenes centroamericanos.¹⁹⁷

¹⁹⁶ ROEMER, Andrés, *Economía del crimen*, Limusa, México, s. f., p. 50.

¹⁹⁷ CUELLAR, Roberto, "El fenómeno de las maras y pandillas en sociedades en transición y las posibles propuestas de tratamiento, desde la experiencia guatemalteca", Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Penal. VII Jornadas sobre Justicia Penal Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

Las pandillas se convierten en agudo conflicto de la sociedad actual, lanzan un desafío a la sociedad contemporánea. Surgen en la periferia y en los cinturones de miseria de los países industrializados. La característica que los identifica, es el rechazo visceral hacia los patrones de la vida cotidiana, esto descubre el abismo que atraviesan las instituciones y el proyecto de sentido de la sociedad del mercado y la información. Ello, acompañado de prácticas ilegales de diversos tipos, desde el robo hasta la violencia, muestra la difusión de una criminalidad que cada vez más se convierte en estructura de mediación social de amplios sectores excluidos.

Los pandilleros son el más agudo conflicto de la sociedad contemporánea, por su condición global y exclusión o marginación social, económica, educativa, etc., por su fractura con el universo institucional y la relación con el mundo de la criminalidad.¹⁹⁸

Las practicas juveniles delictivas están presentes en los espacios urbanos de las sociedades contemporáneas, donde puede presumirse anomia, entendida como ausencia de socialización y deseo desatado, existe, en cambio, productividad de territorios simbólicos. Espacios que lejos de ser manifestaciones de irracionalidad o patología aparecen como el ámbito privilegiado donde los deseos se concentran y la violencia adquiere sentido.

Donde las condiciones de exclusión social no permiten a los actores juveniles acercarse al modelo hegemónico de juventud, esos mismos actores van desarrollando diversas estrategias en la construcción de una identidad alternativa propia, surgiendo manifestaciones juveniles sub-culturales ligadas a prácticas ilegales, como las maras centroamericanas.¹⁹⁹

¹⁹⁸ PEREA RESTREPO, Carlos Mario, "Pandillas en México", *Informe de investigación, Red Trasnacional de Análisis sobre Maras y pandillas*, Nov 14, 2006.

¹⁹⁹ TONKONOFF, Sergio Esteban, "Acerca del concepto de subcultura juvenil delictiva como herramienta analítica", Artículo proporcionado en el *Seminario Cine y Criminología*, Universidad Autónoma de Campeche, México, Mayo, 2006, p. 114 y ss.

Estas pandillas o bandas sorprenden por la forma en que los protagonistas han expresado y asimilado costumbres culturales foráneas especialmente de Estados Unidos; con estilos de vida tan diferentes en sociedades distintas, los jóvenes van adquiriendo características transculturales, sean Salvadoreños, Mexicanos, Hondureños y de la muy democrática y pacífica sociedad Costarricense; lo hacen como sustento cultural de la violencia, son expresiones de su dignidad y de rechazo a lo establecido.

Son delincuentes violentos e hipermachos, están atrofiados por las drogas aunque no es ese su principal y único objetivo, demuestran odio y rabia contra las instituciones, de muestra su crueldad sometiendo a otros grupos, a otras *maras* o pandillas, actualmente es un fenómeno criminológico mutante, tienen ya organización y logística, están desplazando a la *mara* meramente pandillera de hace ocho o diez años.²⁰⁰

En Julio del 2003, la sociedad Salvadoreña se enfrasco en un debate político centrado en los jóvenes, que ha dado lugar a múltiples foros de discusión, también ha generado enfrentamiento entre instituciones del Estado, entre ellas el Órgano Ejecutivo, la Policía Nacional Civil y la Asamblea Legislativa, el Órgano Judicial, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y la Fiscalía General de la República. Se trata del debate generado en torno al tratamiento de las denominadas *maras* o pandillas juveniles y especialmente alrededor de las iniciativas gubernamentales conocidas como “Leyes Antimaras” y de la ejecución de un operativo policial denominado “mano dura”. En esta Ley se penaliza la sola pertenencia a una pandilla.²⁰¹

Se abre un debate que fue marcado desde el principio por un discurso que el propio Presidente, traza una línea” entre los que creen en la seguridad de los ciudadanos y los que favorecen con argumentos de todo tipo a los delincuentes”.

²⁰⁰ CUELLAR, Roberto, “El fenómeno de las maras”..., op.cit., s.p.

²⁰¹ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; Beloff, Mari, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, 3^a, Themis, Colombia 2004.

En México, aún surge la interrogante, ¿Existen las pandillas en el territorio Mexicano? En la conciencia política pública nacional esto apenas si ocupa algún lugar. A parece por excepción en los medios de comunicación, el fenómeno pandilla de la transitoriedad que atraviesa el tratamiento público del crimen.

Igual sucede en la instancia judicial y policiaca, carece de reconocimiento. En algunos Estados encontramos tipificado el pandillerismo como conducta delictiva, aunque sin un tratamiento sistemático en las estadísticas, se le reporta unos años y no se hacen en otros; al definirse las políticas públicas se aplican a la pandilla las mismas estrategias que corresponden a la criminalidad en general, no existe una política pública respecto a la pandilla en consecuencia, el pandillero no es un actor identificable, dentro de las categorías de la representación del crimen.

De las Entidades Federativas que integran nuestro país solo Ciudad Juárez y el Estado de Chiapas cuentan con un proyecto de intervención sobre las pandillas y sus elementos. Tijuana como ciudad fronteriza donde se presenta una doble condición de exceso de pandillas locales denominadas “barrios”, y el incremento de organizaciones no gubernamentales; se estima por lo menos que hay trescientas de estas organizaciones en la ciudad pese a ello, la pandilla no es un elemento a considerar a la investigación cultural en México. Los trabajos que se han realizado sobre el tema, organizados por el Centro de Estudios en Juventud del Instituto Mexicano de la Juventud, se han ocupado de las *Maras* Centroamericanas entendidas como Organizaciones Internacionales que existen en los Ángeles y el Salvador y no directamente en México, el antecedente más cercano lo encontramos en los ochenta, cuando se aumentaron los estudios de los llamados “chavos banda”; con el paso de los años ha perdido interés el tema y tampoco han dirigido su objeto de estudio hacia la pandilla y el crimen juvenil. Así, los trabajos de campo realizados en el Distrito Federal, en su base inicial provocó que unos etnógrafos afirmen que, en la ciudad no existen rastro de pandillas, por

tanto hay que partir de la pregunta antes planteada: ¿Si existen o no las pandillas en México?²⁰²

En busca de una respuesta hay que partir de la definición que se da en otros países de la pandilla; es decir, ésta se caracteriza por el abandono a un grupo de amigos bajo la combinación de tres elementos: ruptura con el orden instituido; adopción de las practicas conflictivas de consumos adictivos, robo y violencia; y de reducción de las practicas discursivas a la cadena argumental del “hacerse respetar”. Estas características se presentan en Centroamérica, Francia y México, con la diferencia de que en México, existen menores niveles de violencia y vandalismo, es decir, matan poco pero roban mucho; durante 2005, unas 1500 personas murieron ejecutadas por el narcotráfico en México, miles viven en zona de combate permanente en Colombia; los jóvenes centroamericanos que han apostado a convertirse en *maras* son innumerables y buscan no sólo dominar su entorno, sino llegar donde nacieron esas organizaciones: a Estados Unidos, en el cual, mientras sus autoridades están obsesionadas con la guerra antiterrorista, no advierten que al sur de su frontera y dentro de su propio País, se lleva a cabo una guerra igual de violenta o cruel como en aquella, pero que se ejecuta y se vive, casi en silencio, son las guerras secretas de las *maras*.²⁰³

Todo ello ha llevado a la creación de una legislación especial para la ejecución de las llamadas *maras* y pandillas juveniles, sin ningún respeto a los derechos fundamentales, pues esta Ley se ha originado ante el clamor de un amplio sector social que pide la reforma y la expansión de los programas penales de endurecimiento, sin tomar en cuenta la dimensión social del delito, todo ello ante la comisión de crímenes sanguinarios cometido por los *maras*, ello también aunado a la falta de conceptualización, tecnología y derivación actual de la delincuencia juvenil hacia el pandillerismo organizado para la criminalidad. Leyes que olvidan el principal objetivo de tratar de recuperar para la sociedad a los delincuentes juveniles, que por muy terrible que a veces sea su comportamiento,

²⁰² PEREA RESTREPO, Carlos Mario, Op.cit., p. 4-5.

²⁰³ FERNÁNDEZ MÉNDEZ, Jorge; Ronquillo, Víctor, De los Maras a los Zetas, Grijalbo, México, 2006.

son personas en desarrollo, inmaduras y de difícil rehabilitación, hay que buscar una Ley que no tenga como base la venganza, sino la justicia.

3.3 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

La política criminal es una parte del saber penal, que se ocupa de dirimir el eterno conflicto entre la eficiencia y las garantías, entre la libertad y la seguridad y tiene como cimiento el viejo Derecho Penal Liberal, el Derecho de las Garantías. El derecho que enarbolo los principios de legalidad, de culpabilidad o de reprochabilidad, que llevo al reclamo de modelo de *extrema ratio*, de la intervención penal mínima y la exclusiva protección de bienes jurídicos. Esto es, el derecho del gigantismo.

El Doctor Mancera, al abordar el tema del Derecho Penal del Enemigo en México, nos recuerda que el Derecho Penal es una forma de control social, a la cual el Estado le confía los bienes jurídicos que considera más importantes para la sociedad, desde luego, esto basado en el consenso social, y quien se atreve a atentar contra tales valores esta consiente que la reacción del Sistema Jurídico será la más severa y que enfrentara graves consecuencias. Que a este derecho violento agresivo y libre de toda compasión los hombres le han buscado limites, con el fin de proteger derechos fundamentales, para esto se ha acudido al Derecho Internacional en busca de sancionar el exceso, el abuso y conductas arbitrarias al amparo de la detentación del poder, aún y cuando estas derivan de la propia Ley.²⁰⁴

De tal manera que el Derecho Penal no es y no puede ser otra cosa que el Derecho Constitucional aplicado. La política criminal del Estado liberal produjo el fenómeno de conversión de un programa político, los Derechos Humanos, en un estatuto normativo, y el saber Penal se articuló para contener el poder punitivo

²⁰⁴ MANCERA ESPINOSA, Miguel Angel, ¿Derecho Penal del Enemigo en México?, UNAM, P. 587, www.juridicas.unam.mxBibliotecaVirtual

para que el Estado de Derecho no degenerara y se convirtiera en un Estado de policía. Sin embargo, como ya hemos señalado, el Derecho Penal y los Sistemas Penales viven en proceso de expansión, de inflación. Viven marcados por la urgencia de la hora, por el concepto de emergencia, por la excepcionalidad, viven preocupados por la eficiencia y el eficientísimo, lo que lleva fatalmente a la disminución de las garantías y a la flexibilización de principios que había aportado el viejo Liberalismo Penal.

En este contexto de expansión irrefrenable de soluciones novedosas o pseudo-novedosas, tanto en el Derecho Penal Sustantivo como Adjetivo, surge el Derecho Penal del Enemigo.²⁰⁵

Gunther Jakobs señaló a inicio de los ochenta, que la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico era uno de los puntos más delicados de ese proceso. Y planteo la existencia de un Derecho Penal del Enemigo, al referirse a la forma especial de reaccionar del Estado para estructurar el *ius puniendi*.

La recuperación del Derecho Penal del Enemigo por parte de Gunter Jakobs ha generado olas de gran altura, no sólo en la discusión Jurídico-Penal de habla alemana, sino principalmente de habla española y portuguesa.²⁰⁶

Las principales características de este Derecho son, el adelantamiento del derecho penal, al llegar a sancionar actos preparatorios, bajo el argumento de la idea de seguridad cognitiva, la desproporcionalidad de la pena la cual es mayor respecto de conductas que aun no entran en la fase ejecutiva; el establecimiento de una legislación de lucha o de combate y por último, una importante reducción de garantías procesales.

Resulta este un tema polémico, debido a unas reflexiones de carácter *ius* Filosófico y Jurídico Penal, de cómo se garantiza al ciudadano el disfrute de una

²⁰⁵FERNÁNDEZ, Gonzalo, "Estado de Derecho y Orden Jurídico-Penal", Ponencia presentada en la III Jornada Internacional, Asunción Paraguay. Agosto 2005, BI. JU.PA, S. R. L, Paraguay, 2006, p. 127-128.

²⁰⁶ AMBOS, KAI; Cancio Melia, et alii, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer, B de F, Argentina, 2006. P. 119.

libertad real en un mundo en funcionamiento como el actual, propio de los modernos Estados Democráticos Occidentales, donde los seres humanos están expuestos cada vez más a la devastadoras desgracias del Terrorismo Nacional e Internacional.²⁰⁷

Polaino- Orts manifiesta que el actual Derecho Penal del “enemigo”, no es más que el tradicional Derecho Penal “de la peligrosidad”, creado para combatir a determinados sujetos peligrosos con medidas asegurativas, pero al mismo tiempo rodeado de un arsenal de límites y garantías ajustadas a la propia estructura del Estado de Derecho.²⁰⁸

Gunthter Jakobs, en un trabajo presentado al Congreso de Profesores Alemanes de Derecho Penal, celebrado en Frankfurt en 1985, analiza la noción de “Derecho Penal del enemigo”, en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la “criminalización en el estado previo a una lesión” del bien jurídico.²⁰⁹ En este trabajo enfrenta las pretensiones legislativas eficaces en Alemania, que buscan criminalizar el estado previo a la lesión de un bien jurídico. La criminalización indiscriminada, que se da aún en la esfera privada, expresa un Derecho Penal en el cual la tensión entre la protección de los bienes jurídicos tutelados, y la libertad, se resuelve de manera radical a favor de la primera. La clásica definición de Franz Von Liszt, acerca de cómo el Derecho Penal surge desde el primer momento en una situación de crisis, se resuelve a favor de la protección a ultranza de los bienes jurídicos.²¹⁰

En 1995, Jakobs dictó una conferencia, en la Jornada “Feindstrafrecht Vereinbar mit dem Rechtsstaat” de la Katholische Akademie Traer; en la que al ocuparse de lo que él denominó “Derecho Penal del enemigo”, señaló que no era su propósito convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino el de describir a quien el

²⁰⁷ CARO JOHN, José Antonio, *Derecho Penal...*, Op. cit., p. 264.

²⁰⁸ POLAINOS ORTS, Miguel, *Cuadernos de política criminal*, Segunda época, No. 91, CESEJ, I, 2007, p.267.

²⁰⁹ APONTEO, Alejandro; Cancio Meliá, *et alii*, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la exclusión*, vol. I. Edisofer, B de F, Argentina, 2006, p. 165.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 221.

sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quien atribuirá en el futuro ese papel.

Parte, este jurista, de la objeción de que la juridicidad es un mandato absoluto de la razón, por lo tanto no podría reconocer ni presupuestos ni límites, pero aunque se deje fuera de consideración el carácter absoluto del mando de la razón, subsiste la afirmación de que todos deben ser tratados, al menos en la época actual, como personas con Derechos. Proposición que considera demasiado abstracta, pues también resulta decisivo, entre otros factores, el comportamiento del sujeto. De tal suerte que refiriéndose a Hitler, establece que no cree que nadie ponga en duda la legitimidad del homicidio de este mediante un atentado, y comenta que matarlo de ese modo no es concordante con tratarlo como persona en Derecho, pues se le elimina en cuanto a enemigo.

Hoy, manifiesta, que todos deben de ser tratados como personas en Derecho, siempre que cumplan a su vez con sus deberes, o en caso necesario, se les tenga controlado, es decir, no resulten peligrosos. Si causan problemas hay que combatirlos y si existe la posibilidad de que los hicieran, hay que tomar medidas preventivas. Todos deben ser tratados como personas, sin embargo, esto, no deja de ser un mero postulado, un modelo para una sociedad; pero aún no es algo que realmente acontezca.

Jakobs, cuestiona si aquellos individuos definidos como peligrosos en función a su habitualidad y reincidencia delictiva, estilo de vida, o presumible rechazo al Sistema Institucional, se les ha de privar de su condición de persona por considerar que se apartaron del rol de ciudadanos, ante lo cual se torna enemigo de la sociedad, considera que sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal y que se caracteriza por ser reconocida como portadora de Derechos y Obligaciones; que la función de la pena es

confirmar la identidad de la sociedad y la dirección de la motivación, por lo cual se pueden excluir forma de comportamiento en aras de la estabilidad social.²¹¹

Y describe al Derecho Penal del Enemigo, como aquel sector del Ordenamiento Jurídico-Penal, en el que la pena no significa un reproche hacia la conducta del actor, sino que actúa como un mecanismo de aseguramiento, frente a autores especialmente peligrosos.²¹²

En sus primeros señalamientos al “enemigo”, afirmaba que un Derecho Penal del Enemigo, solo puede tener legitimidad de un “Derecho Penal de emergencia que rige excepcionalmente”, y que ello sería signo de una falta de “fortaleza del Estado de Libertades”.²¹³

Zaffaroni dice que nada es demasiado nuevo en el Derecho Penal, que la prehistoria de la legitimación discusiva del tratamiento penal, diferenciado del enemigo, puede hurgarse en la antigüedad y buscársela en Pitágoras y en Platón, quien desarrollo por primera vez en el pensamiento occidental la idea de que el infractor es inferior por su incapacidad para acceder al mundo de las ideas puras y, cuando sea irreversible debe ser eliminado. Pitagoras en cambio sostiene una teoría preventiva general y especial de la pena, pero también postulaba un derecho penal diferencial, según el cual los incorregibles debían ser excluidos de la sociedad. Lo que podría probar que el enemigo es una construcción tendencialmente estructural del discurso legitimante del poder punitivo.²¹⁴

Este Derecho Penal excepcional ha habido siempre desde los orígenes de la codificación penal en el siglo XIX, desde el momento que se tuvo que recurrir a Leyes Penales excepcionales, lo que contradice el Espíritu Liberal y Constitucional que inspiraron los primeros Códigos Penales; por ejemplo en

²¹¹ ALLER, Germán, *Derecho Penal del Enemigo y la Sociedad del Conflicto. Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la exclusión*, vol. I. Edisofer, B de F-Argentina, 2006, p. 80.

²¹² CANCIO Meliá, GOMEZ- Jara Diez, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la exclusión, Vol. I, Edisofer S. I. Libros Jurídicos, B de F, Argentina 2006, p. 343.*

²¹³ ABANTO VAZQUEZ, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo, el discurso Penal de la exclusión, vol. I, Edisofer, B de F, Argentina, 2006, p. 2.*

²¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Ibañez, Colombia, 2006, p. 111.

España, se promulgo una legislación excepcional para reprimir el bandolerismo; tras la guerra civil (1936-1939) una Legislación Penal de carácter bélico militar que se prolongo con mayor menor intensidad durante todo el régimen franquista. También en el siglo XX encontramos ejemplo de ello en muchos Países Europeos y en otros países del mundo, sobre todo durante periodos de graves crisis económicas, políticas y sociales, situaciones de guerra o posguerra, en regímenes totalitarios de Hitler, Mussolini, Stalin o Franco, o de las dictaduras de Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil, durante las épocas de los setenta y ochenta del siglo pasado.

Lo novedoso de este Derecho Penal del Enemigo que presenta Jakobs, es que este tipo de derecho penal excepcional, contrario a los principios liberales del Estado de Derecho, e incluso a los Derechos Fundamentales reconocidos en las Constituciones y Declaraciones Constitucionales de Derechos Humanos, aparece también en los Estados Democráticos de Derecho, que admiten en sus Constituciones y Textos Jurídicos Fundamentales Principios Básicos del Derecho Penal, materia del Estado de Derecho, como el de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y de manera especial todos los de carácter procesal penal, como el de presunción de inocencia, debido proceso y otras garantías del imputado en un proceso penal. Actualmente el tráfico de drogas, el terrorismo y la criminalidad organizada, son los problemas que han dado lugar a este tipo de Derecho Penal excepcional.

Tratándose de normas excepcionales que el propio Estado de Derecho aprueba una crítica a la supuesta ilegitimidad *per se* o al carácter autoritario al Derecho Penal del enemigo, se desmorona porque estas normas sólo pueden darse precisamente en Estados Democráticos de Derecho. Puesto que los Estados de régimen autoritario, como por ejemplo España o Alemania, en época de Francia o Hitler, no tuvieron necesidad de recurrir a normas excepcionales para procurar el aseguramiento cognitivo de la libertad ciudadana, porque la excepción constituyó

precisamente la regla; ayer como hoy, todas las normas de los Estados Autoritarios son absolutamente ilegítimos *per se* .

Poilano Orts, señala que los Estados democráticos por el contrario existe siempre una presunción *iuris tantum* de Constitucionalidad de las normas de excepción, porque en la medida que han sido aprobadas por sus respectivos parlamentos y en tanto que el Tribunal Constitucional no haya decidido su inconstitucionalidad, rigen plenamente frente al resto de normas del Estado Democrático.²¹⁵

Esto significa que el Estado no dialoga con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas severas, disminuyendo las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas alejadas de lesionar un bien jurídico.²¹⁶

Jakobs critica la “teoría de bienes jurídicos” por tratar al “autor” como “enemigo del bien jurídico”, considerándolo fuente de peligro. Y afirmaba que “El Derecho Penal de Enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho Penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”.

En 1999, radicaliza esta idea tomando en consideración la situación que en esos momentos atravesaba el Derecho Penal, que por cierto no vista mucho de la actualidad, esto es el “dominio del derecho económico” y la “globalización”, circunstancias que exigen al Derecho Penal “efectividad”, en la protección de bienes jurídicos, lo que justifica que “una sociedad consiente de los riesgos” no tendría otra alternativa que construir un “Derecho Penal del Enemigo”, con reglas distintas de las del Derecho Penal del Ciudadano, dirigidas a las “no personas” a aquellas que se han apartado definitivamente del derecho. Mismo Derecho que debería proveer una amplia anticipación de la punibilidad, como en los delitos de peligro, una Legislación Penal de “lucha” y la reducción de Garantías Penales.

²¹⁵ POLAINOS ORTS, Miguel, Op. Cit., p.278.

²¹⁶ MUÑOS CONDE Francisco, *de nuevo sobre...*, op. Cit., p.25.

Medidas que ya habían sido tomadas inconscientemente por el Legislador Alemán y admitidas por la doctrina como por ejemplo, “la preparación de un delito”. Jakobs identifica “enemigos” según su actitud, en los delitos sexuales, y tratándose de criminales habituales, por su ocupación, los delincuentes económicos y los de criminalidad organizada, tráfico de drogas, complot para asesinar.²¹⁷

Los define al señalar, que el enemigo es un individuo que no solo de manera incidental en su comportamiento, o en su ocupación profesional, o principalmente a través de una organización ha abandonado el Derecho, sino que lo ha hecho de una forma presuntamente duradera, y por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento.²¹⁸

La concepción normativa de Jacobs se caracteriza en que su teoría del Derecho Penal nunca ha dejado de estar presente la concepción de que el Sistema Social exige una cierta cooperación o prestación positiva a sus ciudadanos que tiene que ver con la fidelidad al Derecho. El *status* de ciudadanos se define como un deber.

Esto aunado a una excesiva identificación entre Estado, Sociedad y Persona, es lo que origina que sólo sea definido materialmente, no formalmente, como persona quien reconoce internamente las normas o, sea, “actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico”, “a través de la fidelidad del ordenamiento jurídico quedan constituidas las personas”. En consecuencia los que ni siquiera aportan un mínimo de fidelidad tienen que ser declarados por el Sistema Social como no ciudadanos, lo que permite utilizar cualquier medida coactiva contra ellos. El que delinque es infiel, puntual y ocasionalmente es persona formalmente. Pero a

²¹⁷ ABANTO VAZQUEZ, Manuel, op. Cit., p. 12.

²¹⁸ MUÑOS CONDE, Francisco, *De nuevo...* op.cit., p. 37.

algunos ni siquiera es posible adscribirse esa definición formal, a lo sumo una personalidad potencial, es decir, no existe.²¹⁹

En efecto, como señala Gustavo Eduardo Aboso, observamos que Jakobs introdujo el término “Derecho Penal del Enemigo”, en el campo de las ciencias sociales, para diagnosticar un fenómeno propio de la política criminal moderna, el paulatino pero decisivo avance del *ius puniendi* del Estado contra ciertas formas de manifestaciones delictivas, como el terrorismo, el narcotráfico, etc., que presentan un peligro permanente para la sociedad civil.

Sin embargo, esta Legislación Penal se caracteriza por ensombrecer los Derechos y Garantías reconocidas por la Constitución, por los Tratados y pactos internacionales en materia de Derechos Humanos.

Ante esta perspectiva, en un Estado Social y Democrático de Derecho deberían convivir dos Derechos Penales: uno reservado para los ciudadanos, en el que los principios de libertad y dignidad de la personas serian respetados de manera armónica por parte del Estado; y otros en el que dicho marco debe ser reducido en razón de la calidad y actividad de los sujetos actuantes que presentan un peligro permanente para la paz social. Y se caracteriza por:

- a) Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico;
- b) Aumento desproporcionado de penas; y
- c) Supresión de ciertas garantías procesales.

De tal manera que el avance obtenido por un Derecho Penal Liberal en aras de delimitar los bienes jurídicos tutelables (el principio de lesividad y el carácter fragmentario del derecho penal), el carácter difuso de la regulación de tentativa y la anticipación penal mediante la utilización de los delitos de peligro abstracto y la racionalidad de la ejecución de la pena y la idea de resocialización del delincuente, aparecen ahora como anticuados y verdaderos obstáculos para

²¹⁹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “El Derecho Penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho. Derecho Penal Contemporáneo”, Revista Internacional, No 2, LEGIS, Colombia, 2006.

prevenir y combatir un nuevo paradigma de criminalidad organizada que afecta seriamente la sociedad contemporánea.

De tal suerte que los principios de un Derecho Penal Liberal debe ceder su preeminencia ante una política criminal, guiada por el prototipo de la seguridad ciudadana y la necesidad de un Derecho Penal del Enemigo.²²⁰

Esta resulta así, una opinión a favor del Derecho Penal del Enemigo, ante el crecimiento de la delincuencia organizada que se presenta hoy por hoy, en la mayoría de los países del mundo, y ante el reclamo social de garantizar la seguridad. Circunstancia que en nuestro país se ha agudizado de manera alarmante en los últimos años y en especial a partir de la administración del entonces Presidente Felipe de Jesús Calderón Hinojosa.

Muñoz Conde, señala que el Derecho Penal del Enemigo, manifiesta que el renacer de un Derecho Penal de cuño autoritario y que establece su compatibilidad con el modelo de Derecho Penal propio del Estado de Derecho.

Y se pregunta si en el momento actual, ¿Es el Derecho Penal del Enemigo también la “guerra sucia” contra el terrorismo?, ¿Lo es el llamado “asesinato selectivo”?, ¿Lo son los llamados “daños colaterales” de los bombardeos, cuando estos alcanzan a civiles, a población no combatiente, a mujeres y niños?, ¿Lo son la tortura como medio de averiguación de la verdad, la prisión sin los derechos mínimos reconocidos internacionalmente a los presos, la privación de la libertad meramente gubernativa, sin control judicial?²²¹

Las respuestas a dichas interrogantes podrán ser afirmativas habrá quien como Jakobs, señale que los enemigos no son efectivamente personas y por lo tanto,

²²⁰ ABOSO Gustavo, Eduardo, *Derecho Penal del Enemigo, El discurso Penal de la exclusión*; Vol. I, Edisofer, B de F, Argentina, 2006.

²²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre...*, op. cit., p. 52

no pueden ser tratados como tales. De tal manera que señala: “los individuos son actualmente no personas”.²²²

Por su parte, Silvia Sánchez establece que Jakobs considera no persona a aquel sujeto que no defrauda expectativas normativas, por la simple razón de que no se le dirigen, por ejemplo, el inimputable. Sin embargo, se considera no persona al sujeto que ciertamente defrauda las expectativas normativas, pero además no ofrece garantía cognitiva alguna de no volver hacerlo en el futuro; por ejemplo, el inimputable peligroso. El primero de los sujetos sería no persona a efectos de la no imputación de responsabilidad. Mientras que el segundo sería no persona a los efectos de la inaplicación de ciertos principios intuitivos, en particular, algunas garantías políticas-criminales materiales y procesales.

Sin embargo, en realidad ninguna de las “supuestas no personas” antes mencionadas es considerada, realmente en términos absolutos, “no persona” para el Derecho. Mas allá de las palabras, ni su concepción ni ninguna otra concepción teórica contemporánea de algo así como un Derecho Penal de los enemigos, trata al delincuente sea de la clase que sea, como una absoluta no persona. En el trato con el no se preside ni mucho menos, de todas las garantías del Estado de Derecho; y tampoco sucede con ninguna regulación legal. Solo se produce en estos casos, señala Jakobs, un adelantamiento de la intervención, la no reducción de pena en términos correspondientes y la limitación de garantías procesales. Se trata de una reducción, mayor o menor, del *status civitatis*, pero no de una exclusión del *status personas*. De tal forma que no se les excluye de modo absoluto de las garantías del Estado de Derecho y les alcanza de modo pleno, pese a su supuesto carácter de no personas, la protección que el Derecho dispensa a las personas.²²³

²²² JAKOBS, Günther, *La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente*, Trad. De Teresa Manso Porto, Universidad de Bonn; Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2004, p. 60.

²²³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho...*, Op. cit., p. 986-987.

Portillas Contreras opina que en el contexto de la teoría funcionalista de Jakobs, el concepto de persona lo utiliza como sinónimo de sujeto de Derecho, es decir, como subsistema psicofísico de imputación ante el sistema, y es esta cualidad la que dejarían de tener aquellos que se colocan de manera permanente al margen de sistemas y atacan las bases fundamentales del mismo. Es evidente que la discusión se centra en el hecho de valorar si se está de acuerdo en que en una sociedad existan dos clases diferentes de seres humanos, las “personas” y las “no personas”, o sea “sujetos de derecho” y “sujetos de no derecho”, y ante ello merecen un tratamiento jurídico diferente, así como con las consecuencias que ello implica.

El Estado moderno ve en el autor de un hecho “normal” a un ciudadano, a una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma, y que por ello es llamado a equilibrar al daño en la vigencia de la norma. El autor, a pesar de ello, ofrece garantías de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadanos, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico. Mientras que los enemigos son individuos que su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se ha apartado presumiblemente del Derecho de un modo duradero y no solo de manera incidental, por tanto, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal. Las actividades y ocupaciones de estas personas no se desarrollan en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que son más bien la expansión y el exponente de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del Derecho y que está dedicada a actividades inequívocamente delictivas; por ejemplo: organizaciones terroristas, narcotráfico, tráfico de personas, etc. Actividades típicas de la llamada delincuencia organizada.

El concepto de enemigo para Jakobs es el siguiente:

“El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a compactar como persona. Si no existe

esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho Penal pasa a ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que todo este permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se la reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se pueda sobrepasar la medida de lo necesario.”²²⁴

En resumen, los enemigos se caracterizan, primero, por que rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen su destrucción, y en segundo, por su especial peligrosidad para el orden jurídico es decir, su comportamiento ya no es culpable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad.

El peligro que ellos presentan para la vigencia del ordenamiento jurídico, es un problema que no puede ser resuelto con el Derecho Penal Ordinario o del ciudadano ni con medios policiales, por tanto, surge la necesidad de configurar un Derecho Penal del Enemigo diferenciado en sus principios y en sus reglas.²²⁵

Según Jakobs, con el Derecho Penal del Enemigo se trata de combatir a individuos que en su actitud, como en el caso de delitos sexuales, en su vida económica, en el caso de la criminalidad económica, o mediante su integración a una organización, como en el caso del terrorismo o criminalidad organizada son quienes se han apartado de una manera duradera o de modo decidido del Derecho Penal y, por ello, no ofrecen la garantía cognitiva mínima que sería necesaria para ser tratada como persona. Pues un individuo que no admite ser obligado a entrar en un Estado de ciudadanía – dice Jakbos – no puede participar de los beneficios del concepto de persona”. Lesch, discípulo de este autor, considera que sólo en la medida que el individuo acepta el orden social constituido, adquiere el status de persona, y si no lo acepta, se convierte en una

²²⁴ JAKOBS, Günter, *La ciencia del Derecho...*, Op. cit., 2004, p. 138

²²⁵ GARCÍA Martín, Luis, *Sobre la negación de la condición de la persona como paradigma del Derecho Penal del Enemigo. Derecho Penal del Enemigo, El discurso Penal de la Exclusión, Vol. 2, Edisofer, B de F, Argentina, 2006, p. 1053 y ss.*

criatura animal, y por ello el ordenamiento, carece de razones para defender sus intereses. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza porque no se trata en primer lugar de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro cuyo origen son los individuos que rechazan el *status* de ciudadanos y se encuentran y permanecen en el Estado de Naturaleza, o sea en un Estado de ausencia de normas, o sea, de libertad excesiva y de luchas excesivas, quien gana la guerra determina que es norma quien pierde ha de someterse a esa determinación.²²⁶

Jakobs no concibe el Derecho Penal del Enemigo en términos individualistas constructivos sobre que sujetos no quieren asumir el papel de ciudadanos, sino que parte de la concepción de que se trata de una definición del Sistema Jurídico.

Es este quien decide que características mínimas tienen que reunir los sujetos para ser considerados ciudadanos, entonces, quienes no reúnan esos requisitos mínimos no pueden ser tratados como ciudadanos, sino como enemigos. No se trata de definir a todo delincuente como enemigo, sino que hay personas que deben de ser excluidas del trato normal que el Estado otorga a sus ciudadanos, con sus respectivos principios y garantías.²²⁷

De tal modo que el paradigma y el núcleo en torno al cual se construye el Derecho Penal del Enemigo, como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo, respecto al Derecho Penal Ordinario, de la normalidad o del ciudadano consiste en la privación y la negación de la condición de persona a determinados individuos.

Evidentemente para Jakobs, el individuo como tal pertenece al orden natural, es el ser sensorial, tal y como aparece en el mundo de la experiencia, y si a los individuos humanos se les puede concebir como animales inteligentes, el código por el que se conducen es el de la satisfacción conforme a las propias

²²⁶ Ibidem, p. 1060-1061.

²²⁷ FELIJO SANCHEZ, Bernardo, *Nuevas tendencias...*, op.cit., p. 71.

preferencias e intereses, sin referencia a ninguna configuración objetiva, y por tanto, limitativa de las posibilidades de acción. La persona en cambio no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social que se puede o no atribuir a los individuos.

Persona, -dice Gracia Marín- es el destino de expectativas normativas correspondientes a roles, porque ser persona significa tener que representar un papel. Y Jakobs, porque su parte, señala: "Si toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, los participantes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se define entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma": Entonces, los individuos aparecen como personas cuando quedan definidos por las tareas y cuando su actuar aparece como cumplimiento de deberes existentes en interés del grupo.

Finalmente, la "persona" es algo distinto de un ser humano, este es el resultado de procesos naturales, mientras que la "persona" es un producto social que se define como "la unidad ideal de Derechos y Deberes que son administrados a través de un cuerpo y una conciencia". Para Kant, "persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación", sólo puede ser persona Jurídico-Penal, esto es, autor o participe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de la sociedad, precisamente el Derecho", pero, de la competencia forma parte el reconocimiento social como ciudadano pleno, y consecuentemente carecen de dicho reconocimiento, por ejemplo: los niños y quienes padecen de dolencias psíquicas.

Evidentemente que si lo que define a la persona es el obrar vinculado al deber o por una obligación, se comprende fácilmente que todo individuo que no obre de ese modo ha de quedar excluido del concepto de persona. Como ya se ha mencionado, los niños y quienes padecen dolencias psíquicas, son considerados como no personas. Los enemigos tampoco son personas para Jakobs, y en consecuencia, el Estado no puede ni debe tratarle como tales.

Jakobs parece negar el carácter de “Derecho” a las regulaciones “jurídicas” de guerra contra enemigos. Contraponen el Derecho Penal del Ciudadano al del enemigo, expresa que “la voz “derecho” significa en ambos conceptos algo diferente. Contrario a lo que ocurre con respecto a los ciudadanos, la relación con el enemigo ya no se determina por el Derecho, sino por la “coacción”. Ante el enemigo, el Derecho es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.”²²⁸

Al igual que Feijóo Sánchez, consideró que el Derecho Penal del Enemigo planteado por Jakobs, es contrario a los fundamentos que rigen un Estado democrático del Derecho. No es posible admitir que todo aquel definido por el Sistema Jurídico como enemigo, quede automáticamente excluido del ámbito de las personas es decir, queda jurídicamente desprotegido, sin los derechos, libertades fundamentales y garantías de un ciudadano. Y por consiguiente, su idea esencial de que un Derecho Penal del Enemigo, claramente delimitado, es mejor para el Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho Penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho Penal del Enemigo; es la mejor manera de conservar un Derecho Penal de Ciudadanos.

A las regulaciones típicas del llamado Derecho Penal del Enemigo no se le puede reconocer el carácter de Derecho, en razón de que únicamente cabe la posibilidad de conceder el carácter de Derecho a una regulación, si esta parte del reconocimiento del hombre como persona responsable, pues ella constituye la base de donde emerge toda teoría jurídica, pues en caso contrario, la regulación queda reducida a mera fuerza o coacción. Por tal razón, el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no requiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho, según expresa Welzel, “*también aquí y*

²²⁸ JAKOBS, Günter, “¿Terroristas como personas en Derecho? Derecho Penal del enemigo”, *El discurso Penal de la exclusión*, vol. II, B de F, Argentina, 2006, p. 78.

precisamente aquí, el Derecho deberá mostrarse como Derecho y no simplemente como poder”.²²⁹

En realidad, el ordenamiento jurídico no espera que los ciudadanos aporten reconocimiento personal de las normas, sino sólo que no aporten menosprecio a la vida social con sus acciones. En un sistema de libertades, el ciudadano tiene precisamente la libertad para decidir si se comporta de acuerdo a la norma y cuáles son las razones por las que lo hacen. En este contexto normativo el Derecho no puede exigir a los ciudadanos que acaten las normas como correctas y que, en virtud de ese acatamiento, organicen una vida conforme a Derecho.²³⁰

Jakobs también señala que, en el ámbito del efecto preventivo – especial de aseguramiento de la pena privativa de libertad, al autor no se le concibe como persona competente, sino como foco de peligro. En el plano material, se trata de una medida de seguridad que se denomina “pena”: la custodia de seguridad. Al aplicar esto no se toma en serio como al sujeto potencialmente peligroso, pues de lo contrario, se le dirigían expectativas normativas; su ausencia muestra que el sujeto peligroso, en esa medida ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos.²³¹

Pues bien, una vez expuesta la temática de Derecho Penal del Enemigo, podemos concluir que el Derecho Penal vive en una contradicción íntima, como señala Muñoz Conde, inmanente a su propia naturaleza. Por una parte busca la máxima eficacia en la prevención y el castigo de los delitos, y por otra, realizar esto respetando los derechos fundamentales y las garantías del imputado. Esta doble función origina una tensión que amenaza con romperse en cualquier momento, casi siempre en beneficio de criterios de eficacia y seguridad.²³² En nuestro país se ha dado en el último año, un enfrentamiento entre los integrantes de las estructuras de la delincuencia organizada, lo que motivó la intervención de

²²⁹ GRACIA MARTÍN, Luis, *Sobre...*, *Op.cit.*, p. 1079.

²³⁰ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo, *El Derecho Penal...*, *Op. cit.*, 147.

²³¹ JAKOBS, Günter, *Op. cit.*, 2003, p. 52

²³² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Op. cit.*, 2003, p. 18

las autoridades, quienes enfrentan una lucha contra el crimen organizado, y como respuesta han recibido una serie de ejecuciones entre los mandos superiores de las instituciones encargadas de combatir el narcotráfico, según datos publicados en la prensa nacional.²³³ Las entidades más afectadas son: Sonora, Distrito Federal, Sinaloa, Guerrero, Michoacán, Durango, Nuevo León, Tamaulipas, Estado de México, Veracruz y Quintana Roo, en la misma nota se señala, que mientras el Gobierno Federal detiene diario a nueve presuntos narcotraficantes, siete personas son “ejecutadas” por el crimen organizado en el mismo lapso, de acuerdo con cifras de la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena), y de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH); ello a pesar de que el Ejército ha tomado las riendas del combate al narcotráfico.

Esta problemática ha aumentado el clima de inseguridad entre la población, y ello aunado a las críticas recurrentes al Sistema de Justicia Penal en nuestro País, motivaron al expresidente de la República Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, a enviar al Senado un proyecto de reforma a nueve artículos de la Constitución, el pasado 9 de Marzo del 2007.

Proyecto que fue discutido con otros presentados por los legisladores, así como una reforma previa del Poder Judicial; como resultado de ello surgió la reforma a 10 artículos de la Constitución, misma que fue aprobada por el legislativo Federal, en Marzo de 2008 y enviada para su ratificación a los Congresos Locales, después de haber sido ratificada por más de 16 Legislaturas Locales y el miércoles 18 de Junio de 2008 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación.

En esta reforma se incluyen algunas figuras y determinaciones que pueden calificarse como Derecho Penal del Enemigo, así, observamos que se Constitucionaliza la figura del arraigo lo que hace posible que la autoridad judicial, a solicitud del Ministro Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, pueda decretar el arraigo de una persona por un periodo de 40 días, sin que existan pruebas para sustentar una orden de aprehensión, con el propósito que

²³³ Agencia Reforma, Periódico Tribuna, Sección El Mundo. 20 de mayo de 2007.

durante ese lapso se continúe con la investigación, a fin de llevarla a buen éxito; o cuando se requiera la protección de personas o bien jurídicos, o exista riesgo fundado de que el indiciado se pueda sustraer a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse sin que pueda exceder en total de 80 días; siempre y cuando el Ministro Público acredite que subsisten las causas que lo originaron.

Al ser este una medida que restringe la libertad personal, se le da el rango Constitucional a una figura que vulnera la garantía de libertad, privilegiando las garantías de seguridad, esto es indudablemente el Derecho Penal del Enemigo al que se refiere Jakobs, pues se restringen las garantías procesales cuando se trata de investigar delitos que pertenecen a la delincuencia organizada; se ha tratado de justificar esta decisión, alegando que nuestro País, como muchos otros, requiere de disposiciones jurídicas diferenciadas para combatir la delincuencia organizada y con esta reforma se legitima el uso de la fuerza por parte del Estado, con el objeto de combatir el crimen organizado, que se ha visto no es posible contrarrestar con las disposiciones legales aplicados al resto de la delincuencia.

De tal forma que se establecen, en este caso, un tratamiento diferenciado para los casos de delincuencia organizada, como se presenta en los países más avanzados del mundo, donde se aplican un régimen especializado para el combate a este tipo de delincuencia.

Me parece correcto que el artículo 16 Constitucional reformado, determine que sea la autoridad judicial, la encargada de decretar al arraigo de una persona, así como establecer las modificaciones de su ejecución; y que se señale un límite máximo para su duración, pues ello es la forma de garantizar los Derechos de las personas.

Asimismo, se modifico el artículo 20 Constitucional, y entre otras enmiendas se le adiciono un párrafo a la fracción III, del apartado "B" en la que se establece la reserva de los datos de personas que denuncian hechos relacionados con el

crimen organizado, ello para lograr la protección de quienes, arriesgando su integridad, informan a la autoridad la participación de determinadas personas en organizaciones delictivas, tratando de alcanzar la eficacia en el combate del crimen organizado.

Lo que corrobora el establecimiento en nuestro País de un régimen especializado para acometer a la delincuencia organizada, al distinguir dos sistemas de justicia, uno para la “delincuencia organizada” y otra para la “delincuencia común”. Acciones preventivas y de persecución al V crimen organizado, que resulta una tendencia de política criminal, no encaminada a fines preventivos, sino a emprender una batalla en contra de la delincuencia organizada, a cuyos integrantes se les considera diferentes a los ciudadanos y por ello se les restringe garantías procesales, como resulta ser el uso de testigos protegidos, es decir, con la reserva de su identidad y la posibilidad de que estos puedan incluirse como prueba.

Si bien el momento crucial por el que atraviesa la nación mexicana, al enfrentar una delincuencia organizada, cada día más poderosa, se hacen necesario que el Estado tenga que implementar acciones que eviten que este sea rebasado, pero no se puede justificar un trato diferente de dos sujetos que delinquen, pues ambos tienen el carácter de personas, pues de hacerse se tendría que calificar como una mera razón de Estado y para que ello no sea calificado como “Derecho Penal del Enemigo”, como lo denomina Jakobs, es necesario que estas acciones se den con pleno respeto a los Derechos Humanos, y en especial a la dignidad humana.

Así, la división entre ciudadanos y enemigos plantea serios problemas de compatibilidad con el principio del hecho, como principio básico de un derecho de penas propio de un Estado de Derecho, inclinándose más hacia un Derecho de Autor. Resulta peligrosa la idea de que el enemigo, que queda definido como no ciudadano, presenta una culpabilidad distinta con base de que el enemigo no sólo lesiona la seguridad normativa, sino también la cognitiva, y por ello debe

sobrellevar no sólo una reacción normativa como los ciudadanos, sino también la reacción cognitivamente necesaria.

A partir de 1999, Jakobs da un cambio de rumbo a su trabajo sobre el Derecho Penal del enemigo, a partir del atentado del 11 de Septiembre de 2001, se van encontrando cada vez mayores referidas al fenómeno de terrorismo globalizado de origen islámico.

Con los enemigos, como pueden ser terroristas, con fenómenos como el de Guantánamo o el bombardeo de países como Afganistán, se trata de combatir riesgos en la medida de lo necesario, por lo que decidir por unos instrumentos violentos u otros para combatir al enemigo no es más que una cuestión de conveniencia. No es extraño que sus trabajos más recientes, sobre este tema, aparezca mención a la persecución del delito a través de la guerra.

El Derecho Penal del Enemigo puede enfocarse como tal a través de un proceso, o transformarse sin problemas a algo completamente del mismo Derecho Penal e, incluso, al derecho en general. Ello es indiferente en la medida que lo único que importa es la prevención del delito y la reflexión sobre los instrumentos para conseguir que dicho objetivo pierda importancia.

Esto es preocupante dado que vivimos una época en que se han perdido las fronteras entre seguridad interior y seguridad exterior, entre la lucha contra el delito y la guerra, incluso entre la guerra y la paz, en la que el ejército realiza labores de policía, tal como acontece en estos momentos en nuestro País, tampoco es posible distinguir entre investigaciones policiales y actividades de servicio secreto.

Jakobs termina justificando una guerra sin cuartel contra el enemigo en la que pueden desaparecer todos los límites inherentes a un Estado democrático de Derecho, sobre todo cuando se combate riesgos que vienen de fuera de nuestras fronteras, de enemigos externos.

Sin embargo, no podemos aceptar que frente a terroristas brutales no rija ninguna otra regla, que lo racionalmente necesario; si queremos seguir manteniendo un Estado Democrático de Derecho, no hay que aceptar que el trato con enemigos quede fuera del Derecho, pues de ser así, no sería compatible con un Estado de Derecho.

El aceptar el Derecho Penal del Enemigo puede hacer que nos olvidemos, incluso, de que fuera del Proceso Penal existen determinadas Garantías Jurídicas, como los Convenios de Ginebra que también se aplican para los que no los respetan, o en la guerra, en la que según, en nuestro Derecho positivo, existen reglas jurídicas. Cancio Meliá, en una crítica al Derecho Penal del Enemigo, señala que éste se trata sólo y en todos los casos, de medida en Estado de excepción, que por tanto no forma parte del Derecho Penal. Si aceptamos lo anterior, no podríamos entender adecuadamente algunos aspectos de los Ordenamientos Jurídico-Penales vigentes, por ejemplo, los delitos de terrorismo.

Silvia Sánchez, señala que parece que no puede plantearse duda sobre la existencia real de un Derecho Penal de tales características, que la discusión fundamental versa sobre la legitimidad del mismo, la que tendría que basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia en un marco de emergencia. Quedando vigente el cuestionamiento de si el Derecho Penal del Enemigo sigue siendo “Derecho” o es, por el contrario, un “no Derecho”, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos “excluidos”, por tanto, se trata de reacciones estrictamente necesaria para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho Penal “de la normalidad”.

Y plantea otra interrogante respecto de que si es posible admitir una “tercera velocidad” del Derecho Penal, en la que “el Derecho Penal de la Cárcel”, concurra con una amplia relativización de garantías política-criminales, reglas de imputación y criterios procesales, señalando que ella podría admitirse siempre que sea el “mal menor”; esta justificación obliga a una revisión permanente y

especialmente intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulación de esa índole. Lo que a su percepción no sucede, sino que por el contrario, los Estados acogen, con comodidad, lo que Mocci denomina de la “perenne emergencia”, pronosticando que el Derecho Penal de los “enemigos” tenderá ilegítimamente a establecerse y a crecer.²³⁴

Es incuestionable que en nuestro país existen determinados tipos de delincuencia que presentan ciertas peculiaridades que deben de ser tomadas en cuenta, sin que ello nos hagan precipitarnos necesariamente en un Derecho Penal de excepción o de emergencia. Lo deseable no es tratarlos como enemigos, sino que sin dejar de ser ciudadanos se les dé un tratamiento Jurídico Penal diferenciado en el marco de un Estado Democrático de Derecho.

El Doctor Mancera Espinosa, propone para solucionar esta problemática, trabajar a nivel Constitucional en una justificación que lleve hacia una legislación especial, la que deberá formar parte del propio Derecho Penal en el que se establezcan disposiciones especializadas en realizar una criminalización particular, si dejar de reconocer a la persona como individuo competente y susceptible de comprender la prevención general positiva; y en cuanto a la ejecución se puede tener la esperanza de reafirmar la vigencia de la norma y en casos particulares mantener limitantes que operen con criterios de peligrosidad que permitan justificar un trato diferente a los demás, en busca de una prevención especial, respetando en todo caso la aplicación estricta al principio de legalidad y a los derechos fundamentales, a fin de evitar excesos.²³⁵

De esta forma no resulta ilegítimo que el marco de un Estado de Derecho existan normas y procesales específicas contra la delincuencia organizada, pues ello no significa que valga todo en la guerra o cruzada que se ha declarado políticamente a nivel estatal y supraestatal, contra las organizaciones criminales; sino que la comisión de delitos vinculados a estas organizaciones presentan determinadas

²³⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, 2006, Op. cit., p.p. 187-188

²³⁵ MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel, *¿Derecho Penal del Enemigo...*, Op. Cit., p. 607.

características que deben de ser tomadas en cuenta. Es indudable que la Reforma Constitucional, incluyen lo que Jakobs denomina Derecho Penal del “enemigo”, pues en ella se establece un trato específico para quienes intervienen en una organización criminal, actividad ilícita que desde hace aproximadamente dos años tiene envuelta al país, en un Estado de inseguridad; sin embargo, será necesario revisar periódicamente los presupuestos que dieron origen a esta legislación, a fin de dejarla sin efecto en el momento de que este tipo de criminalidad deje de ser una amenaza para la seguridad pública, y así retomar el Estado Democrático de Derecho.

CAPÍTULO 4.

EL IMPACTO LEGISLATIVO DE LA EXPANSIÓN INTENSIVA

4.1. LA EXPANSIÓN EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

México, como ya hemos señalado, no es ajeno al proceso de globalización y por lo tanto, se presentan nuevas formas de criminalidad en nuestra sociedad y para enfrentar los retos y riesgos de una sociedad contemporánea, también se ha recurrido a la expansión del Derecho Penal, tanto en su forma extensiva como intensiva, la creación de nuevos tipos penales, y a la toma de decisiones político-criminales, que encaminan sus esfuerzos en un incremento de la punición de tipos que corresponden a la delincuencia organizada.

Lo que también podemos entender como una aplicación del Derecho Penal del “enemigo” para la criminalidad organizada, pues se considera que las personas involucradas en la comisión de estos ilícitos, presentan un rango de peligrosidad mayor al delincuente “normal”, por lo tanto, existe un Derecho Penal del Ciudadano y del “enemigo”, esto conlleva a aplicar ciertas medidas de seguridad para lo cual se restringen las garantías, a fin de adecuar las normas penales a la realidad social.

4.1.1. LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

La delincuencia en las últimas tres décadas ha sufrido una transformación, pues frente a la delincuencia convencional o tradicional en la que es posible identificar con relativa facilidad al sujeto activo como al pasivo, el bien jurídico vulnerado y, desde luego, existe una mayor felicidad para enfrentarlo; surge la delincuencia organizada, que como quedo anotado en el Capítulo anterior, resulta más violenta y deja de ser un problema nacional para convertirse en un problema

internacional, que en el que resulta sumamente complejo identificar a los sujetos activos en sus diversos grados de participación, víctimas e interés jurídico afectado por ser la afectación múltiple.²³⁶

Así, el Derecho Penal Moderno tiene que enfrentarse no sólo a la delincuencia común, asociada a la marginalidad del individuo, sino también a la llamada criminalidad de empresa o delincuencia organizada, cuyo objetivo principal con el tráfico de drogas, a la corrupción de funcionarios públicos, al lavado de dinero, al terrorismo y tráfico de armas, entre otros delitos.²³⁷

El fenómeno de la delincuencia organizada surge en un medio en que las naciones han consolidado sus relaciones a través de la información y la tecnología, se trata de un fenómeno de transnacionalización que ha sido acompañado de medios cada vez más violentos y complicados, por lo que se considera que constituye una grave amenaza al orden y la paz pública.

El fenómeno criminológico de la criminalidad organizada se enfrenta en la mayoría de las Legislaciones Nacionales por tres vías diversas: la tipificación de los delitos más característicos de esta forma de criminalidad; mediante la introducción del elemento agravante de “organización” en una serie de delitos más o menos tradicionales, para atender la particular peligrosidad de las formas de actuación antijurídica; y mediante los clásicos delitos de pertenencia a asociaciones ilícitas o bien los nuevos tipos de pertenencia a organizaciones criminales.²³⁸

Ante ello, al abordar el tema de la delincuencia organizada es preciso señalar las consecuencias que esta origina en la seguridad pública que brinda el Estado a la sociedad, precisamente porque la altera, dado que este tipo de delincuencia

²³⁶ MORENO HERNANDEZ, Moisés. *Política criminal...*, Op. cit., 1999, p. 303.

²³⁷ BORJON NIETO, José Jesús, *Cooperación internacional contra la delincuencia organizada trasnacional*, INACIPE, México, 2005, p. 290.

²³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ¿“Pertenencia o Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “Participación a través de organización” en el delito. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXL. Ara Editores, Perú, 2005, p.p. 211-212.

involucra de alguna forma a las instituciones encargadas de la seguridad pública de los países en los que se hace presente.

Hoy día se cuestiona si los integrantes de estas instituciones, tienen relaciones con el delito organizado: políticos, jueces, policías, militares, etc. El Estado no logra parar la ola de violencia que se ha dejado sentir en el país, Michoacán, Nuevo León, Tijuana, Jalisco, son estados en los que a diario nos enteramos por los medios de comunicación que aparecen personas ejecutadas.

México ha participado en la elaboración de instrumentos internacionales y suscrito algunos otros, entre ellos, se adoptó la Convención de Viena en 1988, en la denominada Convención de la Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el 29 de Diciembre de 1988, suscrito por los Estados Unidos Mexicanos el 16 de Febrero de 1989, aprobado por el Senado de la República el 30 de Noviembre del mismo año, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de el 9 de Febrero de 1990. Que aunque se refiere principalmente al Narcotráfico se ocupa también de la delincuencia organizada.²³⁹

Las políticas emprendidas por el Estado, para contrarrestar el delito, se ha concentrado en reprimir el delito, más que prevenirlo, se pretende que capacitando al personal encargado de procurar e impartir justicia, proporcionando más equipo a policías, creando más juzgados, reclusorios, tipos penales e incrementando las penas, se van a contrarrestar la delincuencia, sin embargo, ello no ha sucedido.

Esta problemática, ya había sido advertida, desde 1985, en el Congreso de Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento de delincuente, celebrado en Milán, Italia; donde se alertó que la delincuencia organizada ponía en riesgo la seguridad pública, pues no sólo rebasaría a las instituciones públicas, sino que se convertiría en un problema transnacional, ocasionando que se

²³⁹ MORENO HERNANDEZ, Moisés, *Globalización...*, op., cit., 1999, p.396.

importara o exportara delincuencia, y más aún, que los delitos cometidos queden impunes.²⁴⁰

Mas tomando en consideración que el fin esencial del Estado, es el de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, en aras de lograr la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, en 1993, durante el Gobierno del Presidente Carlos Salinas de Gortari, se introduce en la Constitución la frase “Delincuencia Organizada”, aunque sin definirla y sin precisar su prevención y represión; siendo así que únicamente, se entienden como conductas delictivas, el narcotráfico, el secuestro, homicidio, pero tampoco se establecen acciones concretas, para prevenir ni combatir.

Durante el sexenio del presidente Zedillo Ponce de León, en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, se establecen las acciones para enfrentar a la delincuencia, como son: El Programa de Prevención al Delito, el Programa Nacional de Seguridad Pública, el de Procuración y Administración de Justicia y el Programa Nacional para el Control de Drogas.

A fines de 1995, el Congreso de la Unión crea la Ley General que establece las Bases de la Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, y aproximadamente un año después, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Esta Ley se expidió a través del decreto publicado el 7 de Noviembre de 1996, y de acuerdo a lo establecido en su único artículo transitorio, entro en vigor ese mismo día. Guerrero Agripino, la califica más que como una Ley como un Sistema Penal especial de excepción, con efectos en el ámbito sustantivo, procesal, penitenciario y administrativo; sin dejar de admitir que también tiene alcance en otros ámbitos. El sustento inmediato de esta normatividad, de acuerdo a lo expresado en su exposición de motivos, es la “Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles”, contra la Delincuencia Trasnacional Organizada.

²⁴⁰ CERDA LUGO, Jesús, op. Cit., p.34.

Se acordó que: “La Comunidad Internacional deberá de definir de común acuerdo un concepto de delincuencia organizada que sirva de base para la adopción de respuestas nacionales más compatibles entre sí, y para la cooperación internacional más eficaz”.²⁴¹

México es uno de los Países de la comunidad internacional que dio cumplimiento a este acuerdo, ya que en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se establece un concepto de delincuencia organizada, en el primer párrafo de su artículo, 2° al señalar que : “Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer algún o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”, párrafo que fue reformado el 23 de Enero de 2009.

La regla general en el Derecho Penal es que el ámbito de punible comienza a partir de la tentativa de un delito, por lo tanto, si se sanciona la simple organización, desde luego que se establece una excepción, a dicha regla, con lo que se da un adelantamiento al Derecho Penal, puesto que antes del inicio de una tentativa, sin que exista una perturbación de orden social, el Estado a través del Derecho Penal, pretende contrarrestar al peligro. Académicos como Caro John, señala que no resulta ilegítimo este actuar de Estado, porque con el procura la máxima protección posible a la sociedad, pues si tuviese que respetarse rigurosamente la regla general de que los actos preparatorios no son punibles, la solución solo rendiría culto a una dogmática Jurídico-Penal extremadamente formal e impracticable, desprovista de realidad y eficacia. Una Dogmática Jurídico-Penal meramente formal que pretenda tener validez, sólo sería posible en un mundo ideal o de “ángeles”, mas no en una sociedad conformada por personas, o simplemente “seres mortales”.²⁴²

²⁴¹ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La Delincuencia Organizada*, facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, México, 2001.

²⁴² CARO JOHN, José Antonio, *Cuaderno de Política Criminal*, 2ª. Época, 2007, p. 265.

Zamora Pierce señala, que los criterios que deben orientar a la delincuencia organizada, de acuerdo a su definición, son: la unión de varios delincuentes dentro de algún grupo permanente, jerárquicamente estructurado, con finalidades de lucro, mediante la comisión de delitos que afecten bienes fundamentales de los individuos y de la colectividad, y a su vez, alteren seriamente la salud o seguridad pública.²⁴³

Las Asociaciones de la delincuencia organizada, son auténticas empresas que generaron empleo, ingresan circulante a las economías nacionales, y llevan cierta prosperidad a sus zonas de actividad; a cambio cometen atropellos a los ordenamientos jurídicos, alteran el orden público y escándalos en el panorama internacional.²⁴⁴

Así, en Agosto de 2002, cuando el presidente en turno Vicente Fox Quezada, dió a conocer el Programa Nacional para el Control de drogas, afirmó que: “el fenómeno de las drogas en México, constituye un problema de seguridad nacional, porque atenta contra la salud de las personal, la integración de la familia, propicia la delincuencia organizada, la corrupción de las estructuras de gobierno y pone en peligro a toda la sociedad”.

Los gobiernos de los Estados modernos no tienen ninguna duda de que la sofisticación de la delincuencia, constituye un grave problema para la estabilidad y bienestar social. No cabe duda, que el narcotráfico es en nuestro País, considerando sinónimo de delincuencia organizada.

Efectivamente, el discurso oficial señaló, al narcotráfico, como un problema de seguridad nacional, en el periodo del entonces Presidente Calderón Hinojosa, centrando el objetivo, de su administración en el combate al narcotráfico, precisamente por considerarlo un inconveniente para la seguridad nacional, que

²⁴³ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. Cit., 1994.

²⁴⁴ GARCIA CASTILLO, Zoraida “El Combate a la Delincuencia Organizada en México, un punto de vista jurídico”, *Revista Mexicana de Justicia*, nueva época, no. 9, Procuraduría General de la República, México 2000, p. 65.

debe de ser atacado desde todos los frente; confirma la exigencia social de plantear reglas más severas para la sanción de delitos cometidos para la delincuencia organizada.

Por su parte, Fernando García Cordero manifiesta que la delincuencia organizada tal y como se encuentra definida en su propia Ley Nacional, contra la Delincuencia Organizada, ya no puede calificarse como tipo delictivo, pues esta, es una organización genérica que remite, al *modus operandis* de algunos grupos de delincuentes en la sociedad moderna, modo operativo sustentado en estructura de organización empresarial, con cuerpos de seguridad propios, con Sistemas de Comunicación altamente sofisticados y con apoyos logísticos en equipos, armamentos, medios de transporte, casas de seguridad y otros tipos de instalaciones, que hacen posible que se trate de un Estado dentro de otro Estado; como sucede con la producción y tráfico de estupefacientes.

Esta Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, tiene aspectos de carácter sustantivo y de carácter material, que se ocupan de dar una definición de delincuencia organizada, tal y como ya lo hemos señalado; también de determinar los ámbitos de aplicación de la Ley, también espacial como personal.

Sin embargo, no son las reformas sustantivas las más determinantes en esta Ley, sino las adjetivas y procesales, porque es ahí donde se señalan las estrategias que permiten, tanto al Ministerio Público, como al Juez, ser más eficientes, frente al problema de la delincuencia organizada.

Eficiencia que para lograrse reduce garantías Constitucionales, como la intervención de comunicaciones privadas y el arraigo, contemplando con el Código de Procedimientos Penales. Surge también la figura de la protección de testigo y reserva de testigo, así como la negativa al Derecho a los beneficios de libertad preparatoria o de condena condicional, remisión total o parcial de la pena salvo que se trate de quienes colaboren con la autoridad en la investigación.

Pero el problema mayor que presenta esta Ley, surge en el momento que se pretende, desde un punto de vista jurídico, analizar cuál es el bien jurídico que se tutela al diseñar tipos penales como el de la delincuencia organizada.

En la delincuencia tradicional, los bienes jurídicos tutelados son fácilmente reconocibles, vida, salud, integridad física, etc. Por el contrario en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se reconoce la intención del Estado, de salvaguardar un sistema y mantener o lograr la estabilidad política en el interior y exterior de la nación.

Intención que nos parece loable; sin embargo, se ha señalado que el problema de la delincuencia organizada proviene de la producción y tráfico ilícito de estupefacientes, situación que día a día se arraiga más en nuestro país, y en la medida en que se ataque, se prevengan el narcotráfico, deberán de desaparecer sus secuelas.

Sin embargo, observamos que la legislación emitida para prevenir la delincuencia organizada, si bien presenta actividades preventivas y de solución a este fenómeno, así como acciones represivas; también altera o restringe garantías Constitucionales algunas de las cuales señalamos a continuación.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en su artículo segundo señala: “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 alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”. Y en siete fracciones señala los delitos de terrorismo, acopia y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, corrupción de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, así como también, pornografía, turismo sexual, lenocinio y tráfico de menores y personas con características antes señaladas; asalto, robo de

vehículos; delitos en materia de trata de personas y delitos en materia de secuestro.

Delitos previstos, unos en el Código Penal Federal, Legislaciones Penales Estatales o del Distrito Federal; otros en Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, Ley de Migración, Ley General de Salud, Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia de Víctimas de estos delitos; y la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro

La crítica que ha recibido el mencionado artículo 2º, de parte de Sergio García Ramírez, es que hubiera sido suficiente con remitirse al concepto de asociación delictuosa que se aplica en la comisión de esos delitos, toda vez que es idéntica su descripción y por lo tanto satisface los extremos de la organización criminal, y la consignación a determinados tipos penales es por la necesidad de salir al paso de estos y no de los previstos en la Ley Penal.²⁴⁵

Contrario a lo anterior, Gómez del Campo Díaz Barreiro hace en su obra: *La Delincuencia Organizada*. Una propuesta de combate, un análisis de la Asociación Delictuosa, Crimen Organizado y Pandilla, en el que concluye que estas figuras se diferencian simple y llanamente, porque en su organización y estructura son más graves unas, que otras. De tal manera la calificativa más grave debe ser propuesta para las conductas que reúnen las características de criminalidad organizada, distinguiéndose por ser una criminalidad transnacional que lesiona a las naciones mediante su economía criminal y fuerza devastadora, por lo que deben corresponderle penas más severas.

Mientras la asociación delictuosa es una banda, con una media organización nacional, que delinque bajo esa forma, y si bien es cierto que es de alta peligrosidad, no es tan grave como una empresa transnacional del crimen.

²⁴⁵ Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, 1996.

En la pandilla no existe organización alguna, sus integrantes actúan en grupo para su protección, pero no existe una jerarquía establecida y ejecuta delitos convencionales. Clasificación considerada acertada por la gravedad con que se actúa en cada una de las figuras analizadas por este autor.

Sandoval Delgado, al realizar un análisis de la Ley contra la delincuencia organizada del Estado de Jalisco, al comentar sobre el artículo segundo semejante a lo establecido, señala los dos supuestos que sancionan estas disposiciones; por una parte la pertenencia a la delincuencia organizada, y por otra, los delitos cometidos por los miembros de la organización delictiva.

Ante ello, señalando el aparente planteamiento de problemas concursales, una característica casi permanente en la realidad criminológica que rodea la figura “delincuencia organizada”, es que, siempre es acompañada de la ejecución de otros delitos.

Un sector de la doctrina señala que se está sancionando doblemente a una persona por la misma conducta. Estima que hay una violencia al principio *non bis in idem*. Por ejemplo, cuando dos o más personas convienen en actuar de manera organizada para almacenar armas de uso reservado al Ejército, sin el permiso correspondiente, conducta que realizan en diversas ocasiones, acuerdan que uno de ellos, dirigirá las operaciones y los otros actuarán bajo sus órdenes, establecen los medios comisivos, acciones que pueden ser calificadas por dos preceptos a la vez, delincuencia organizada y acopio de armas, lo que puede actualizar la figura de concurso.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que se trata de un concurso real de delitos, por tanto, la aplicación de los artículos, 2° y 4°, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, no violan el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; pues el sólo acuerdo de organización o la organización misma, que tenga como fin cometer alguno de los delitos precisados en el numeral 2° de esta Ley es suficiente para imponer las

penas previstas en el artículo 4° de la propia Ley con independencia de la Comisión y la sanción de ellos, lo que implica la Autonomía del tipo y no una agravante.

Por su parte Guerrero Agripino menciona que la definición contenida en el citado artículo segundo de esta Ley, contiene implicaciones dogmáticas importantes en el ámbito de la teoría del delito. En principio nos enfrentamos con la problemática relativa a la justificación del bien jurídico digno de tutelar.

También, al no exigirse un resultado material como resultado de la acción, ni la actualización de un peligro concreto, nos lleva al tema de los delitos de peligro abstracto.

Señala que el término “Delincuencia Organizada o Crimen Organizado”, constituye una formulación elaborada *ex post*, a ciertas manifestaciones de criminalidad grupal. La tendencia del delincuente a reunirse con otros para cumplir su objetivo siempre ha existido, pero poco a poco se ha venido realizando con esquemas mucho más elaborados.

Pero no toda agrupación permanente de delincuentes es criminalidad organizada; para estar en posibilidad de considerar a un grupo de delincuentes, debemos contar con elementos facticos que nos permitan entender cuales son los rasgos más representativos de este tipo de criminalidad grupal.

La criminalidad organizada constituye una forma de actuar de la delincuencia grupal. No puede ser considerada como una manifestación criminal *per se*, sino como un medio de actuación mediante el cual se cometen actos delictivos de naturaleza más o menos uniforme.

Por otro lado, es notorio el adelantamiento de *ius puniendi* del Estado al sancionar el mismo acuerdo de voluntades, sin que sea necesaria la realización de acto externo alguno.

La sanción penal por la mera actuación como miembro o colaborador de una organización criminal se señala en la doctrina, de modo reiterado, como ejemplo de legislación excepcional, y en concreto como manifestación paradigmática del denominado “Derecho Penal de Enemigos”. Así se advierte que tal actuación no implica una presunción de la configuración de ámbito de organización ajenos, sino sólo la realización de actos materialmente preparatorios, que además sucede en el ámbito privado.²⁴⁶

Señala Muñoz Conde, al acercarnos cada vez más a la Günther Jakobs, Penalista Alemán, calificando como “un Derecho Penal del Enemigo”, en el que el legislador, no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, reduciendo sus garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. Si bien, con ellos se puede luchar más o menos eficazmente contra el “enemigo”, también con ellos se está abriendo una puerta por donde puede ingresar un Derecho Penal de cuño autoritario incompatible con el Estado de Derecho. Y se cuestiona: ¿Qué pasaría después de convertirse este Derecho Penal del Enemigo en realidad habitual y corriente en nuestra democracia?, ¿Se reintroducirá a la tortura como medio de investigación? ¿Se abrirán campos de concentración?²⁴⁷

La tipificación penal de estas conductas expresaría una optimización de los intereses de protección de bienes a costa de la libertad individual, redundando, en realidad, en castigar a los autores peligrosos “enemigos” y no hechos peligrosos.

Zaffaroni manifiesta que el poder punitivo siempre discrimina a seres humanos y les depara un trato punitivo que no le correspondía a la condición de personas, considerándolos como entes peligrosos o dañinos; seres humanos señalados como enemigos de la sociedad y por tanto, se les niega el Derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del Derecho Penal Liberal, de

²⁴⁶ Silva Sánchez, Jesús María, *Expansión del Derecho Penal...*, op.cit., 2005, p.213.

²⁴⁷ Ibidem, p. 22.

las garantías que hoy establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Señala que lo anterior no es únicamente acreditado por datos de hechos relevados por la historia y la sociología, sino por datos de Derecho, puesto que tanto las Leyes como la doctrina jurídica legítima son de tratamiento diferenciado.

Este tratamiento diferenciado de seres humanos, privados del carácter de personas, a los enemigos de la sociedad, es propio del Estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y por lo tanto resulta incompatible con la teoría Política del Estado de Derecho.

Circunstancia resultante inadmisibles en un Estado Constitucional de Derecho, donde sólo puede admitirse en las prevenciones de su Derecho de Guerra y con las limitaciones que ha este le impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues ni siquiera éste priva al enemigo bélico de su condición de persona.²⁴⁸

Así mismo, se refiere un concepto unitario de autor, por la amplitud del tipo penal originando que pierda la discusión de cómo determinar la responsabilidad de los sujetos en un ámbito de organización criminal, emitiendo las órdenes desde los altos niveles de jerarquía para la ejecución del hecho.²⁴⁹ Apreciación que me parece de suma importancia por su trascendencia dogmática. Roberto Gómez del Campo Díaz Barreiro, manifiesta que no es recomendable conceptuar sólo algunos tipos penales, porque si bien la delincuencia organizada se ha especializado en determinadas conductas, también comete otros delitos por su propia actividad.

En el artículo 4° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el legislador clasifica tipos y penas, de acuerdo a la distribuciones de las funciones del delincuente organizado, lo que podría resultar complicado al momento de aplicar

²⁴⁸ Ibidem, p. 20.

²⁴⁹ Ibidem, p. 25.

la Ley, puesto que la defensa tratara de probar que su cliente realizaba las funciones con menor penalidad a fin de atenuar la sanción.

En el artículo 12° establece, la posibilidad de que el Ministerio Público de la Federación, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, solicite su arraigo para la debida integración de la Averiguación, hasta por un término máximo de 80 días.

Artículo que se modifico el 23 de Enero de 2009, a fin de que el término del arraigo estuviera acorde a la reforma Constitucional, en la que se autoriza el arraigo en caso de delincuencia organizada, hasta por cuarenta días, pudiéndose extender sin que en ningún caso pueda ser superior a 80 días, siempre y cuando 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. Antes de esta reforma el citado numeral autorizaba al arraigo por 90 días.

Con lo anterior una vez más se demuestra la tendencia a incluir en la legislación mexicana al llamado Derecho Penal del “enemigo”, pues se le da carácter de legalidad a la figura del arraigo, al encontrarse autorizado por la Constitución.

Especial mención merece el artículo 14 de esta Ley que señala: “Cuando se presuma fundamentalmente que este en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a juicio del Ministerio Publico de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción Penal”.

Como establece Jesús Cerda Lugo, el contenido real y la intención jurídica que encierra esta disposición puede considerarse totalmente inquisitorial, nos remonta a la época de la Santa Inquisición, en la cual no sólo carecía de garantías el sujeto, sino también del reconocimiento de Derechos Humanos y Legales que deben tener todo ser humano, como es conocer a la persona que depone en su contra.

Podemos afirmar que esta norma deja en Estado de indefensión al acusado y sin posibilidad de defensa, pues se limita este Derecho, cuando es una garantía fundamental del imputado, como ya señalamos, conocer la identidad del testigo, pues de lo contrario se acota la facultad de demostrar su inocencia.

También se observa que la disposición contenida en el señalado artículo 14, contraviene lo dispuesto en el último párrafo del artículo 13 de la propia Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que establece: “No se concederá valor probatorio a las actuaciones que contengan hechos imputados al indiciado, cuando habiendo solicitado el acceso a las mismas al Ministerio Público de la Federación, se las haya negado”.²⁵⁰

Circunstancia semejante, observamos de lo dispuesto en el artículo 16 que señala: “...Cuando en la averiguación previa de alguno de los delitos a que se refiere esta Ley o durante el proceso respectivo, el Procurador General de la República o el titular de la unidad especializada a que se refiere el artículo 8° anterior, consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas...”

Con esta medida legal adoptada, es posible que se interfiera la privacidad de terceras personas ajenas al asunto y en consecuencia se vulneraría su derecho a la intimidad, a la privacidad, lo cual sería ilícito.

Si vivimos en un Estado de Derecho, no es posible contender el delito con el delito mismo. Máxime que el Artículo 16 Constitucional establece que las comunicaciones privadas son inviolables; y que la Ley sancionara penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y primacía de las mismas.

Exclusivamente la Autoridad Judicial Federal, a petición de la Autoridad Federal que faculte la Ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de

²⁵⁰ CERDA LUGO, Jesús, Op., cit., p.79.

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.

Ante esto, es posible señalar que las intervenciones autorizadas se ajustaran a los requisitos y límites previstos en las Leyes. Las intervenciones que no cumplan con ellos carecerán de todo valor probatorio.²⁵¹

Sin perder de vista que la intervención de comunicaciones es una excepción al respeto del derecho fundamental de la inviolabilidad de comunicaciones privadas, de donde se origina una norma permisiva a la trasgresión del bien jurídico tutelado que es la privacidad o la intimidad de las personas. Se condicionan a requisitos muy estrictos, derivados del artículo 16 Constitucional, que la prevé en el párrafo noveno, que faculta a la Autoridad Federal que señale la Ley.

Uno de los artículos mas controvertidos de esta Ley resulta ser su artículo 29, que se refiere al aseguramiento de bienes, en el se establece que será el Ministerio Publico el que podrá “disponer” del aseguramiento de bienes de las personas cuando existan indicios suficientes para presumir fundadamente que una persona es miembro de la delincuencia organizada, previa autorización judicial, cuando que en estricta técnica jurídica el aseguramiento sólo puede ser ordenado por la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público.

También existe una imprecisión en las disposiciones relativas a la solicitud de orden de cateo e intervención de comunicaciones privadas, cuando se señala que si no se resuelve el pedimento correspondiente en el termino legal, se podrá “recurrir” ante el Tribunal Unitario correspondiente, debiendo decir “ocurrir”, puesto que no se trata de un recurso; y por otro lado, se señala que el auto es apelable, pero no se establece que autoridad es la que conocerá de esa apelación en caso

²⁵¹ SANDOVAL DELGADO, Emiliano, *Análisis a la Ley contra la Delincuencia Organizada del Estado de Jalisco*, Ángel Editor, México, 2005.

de que el auto fuera dictado por un Tribunal Unitario, pues de acuerdo a un orden jerárquico sería la Suprema Corte de Justicia, y esta no cuenta con facultad expreso para ello. En la actualidad, y dado los acontecimientos violentos que se presentan en diversos Estados del País, en relación al crimen organizado, el mayor interés del Estado, es encaminar sus fines de tutela a la estabilidad y seguridad nacional.

Las medidas que se han tomado han sido emergentes y objeto de un importante foco de atención, su inclusión en los ordenamientos legales es justificada para la sociedad y para el Estado, aunque su redacción y conceptualización, no en todos los casos, haya sido suficientemente satisfactorios y atendidos.

La responsabilidad de su aplicación queda en manos de los órganos de seguridad pública, tanto los encargados de la persecución de los delitos como de la administración de justicia, cuyos actos deben de ser cuidadosos de las garantías de todo gobernado cualquiera que sea la presunción de su responsabilidad.²⁵²

El artículo 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece:

El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

- I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio solo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona,
- II. Cuando no exista averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y este aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometido, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes y;

²⁵² GARCIA CASTILLO, Zoraida, *Revista Mexicana de Justicia*, 9ª Época, No. 9, PGR, 2000, p. 79.

- III. Cuando durante el proceso penal, el indicado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros.

Esta prerrogativa a partir de la reciente reforma Constitucional encuentra sustento en el párrafo segundo de la fracción III del inciso b del artículo 20 Constitucional, que señala que “La Ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que presente ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada”; lo cual significa, que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada preveía esta circunstancia con antelación a la citada reforma, sin sustento legal alguno, por lo cual se puede entender que la mencionada reforma enmendó este adelanto de la Legislación Federal, ello indudablemente con el objetivo de dar mayores herramientas a las autoridades para la investigación de la delincuencia organizada.

4.1.2. REFORMAS A LA LEY GENERAL DE SALUD (NARCOMENUDEO)

Como una actividad derivada de la delincuencia organizada surge el comercio de estupefacientes en baja escala o cantidades menores, fenómeno al que se ha denominado “narcomenudeo”, donde los narcóticos, según el artículo 193 del Código Penal Federal, son los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales determinados de tal forma por los ordenamientos vigentes en el País, en especial por la Ley Federal de Salud y los Convenios y Tratados Internacionales firmados por México.²⁵³

En los últimos años se ha presentado un aumento en el consumo de estupefacientes entre la población mexicana, sobre todo entre la gente joven, contándose entre estos adolescentes y en algunos casos hasta niños; esto motivo que el Poder Ejecutivo Federal, el 7 de Enero del año 2004, presentara una iniciativa para reformar y adicionar diversas disposiciones de la Ley Federal de Salud y del Código Penal Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales,

²⁵³ ORTEGA CUEVAS, Joel, “El Narcomenudeo y la Seguridad Publica acciones del Distrito Federal”, p. 199.

iniciativa que después de una larga discusión y análisis en el Congreso de la Unión, se aprueba y se publica el 20 de Agosto de 2009.

En ella se propone acrecentar el número de autoridades facultadas para conocer de este tipo de delitos, abriendo la posibilidad de atender de manera más pronta y cercana a la sociedad, la problemática que genera el fenómeno del narcomenudeo, al sumar a las autoridades locales a los esfuerzos de Federación la atención de dicho delito, según declaración de la Presidencia de la República al presentar las observaciones dentro del proceso legislativo de esta reforma.

E incluye el tratamiento obligado para farmacodependientes en la tercera detención cuando sea portador de narcóticos.

La reforma de la Ley General de Salud modifica la fracción XXIII del artículo 3º; y se adiciona un apartado C al artículo 13, un segundo párrafo al artículo 191; los párrafos segundo, tercero y cuarto con dos fracciones al artículo 192; el artículo 192 Bis; 192 Ter; 192 Quáter; 192 Quintus; 192 Sextus; el artículo 193 Bis; un capítulo VII denominado “Delitos Contra la Salud en su modalidad de Narcomenudeo” al título Décimo Octavo; los artículos 473 a 482.²⁵⁴

Esta reforma pretende establecer como objeto de la Ley General de Salud la prevención del consumo de estupefacientes y psicotrópicos y el Programa contra la Farmacodependencia; así como establecer la obligación a los gobiernos de las Entidades Federativas, para perseguir los delitos relacionados con narcomenudeo, cuando las cantidades implicadas no rebasen determinadas cantidades establecidas en la propia Ley, pues de lo contrario la persecución seguirá siendo facultad exclusiva de la Autoridad Federal.

Se establecen en la Ley General de Salud, delitos especiales relacionados contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, otorgándole facultades para intervenir a los tres órdenes de gobierno, para participar en la prevención y combate a las actividades de posesión, comercio o suministro de estupefacientes y psicotrópicos,

²⁵⁴ Diario Oficial de la Federación de 20 de agosto de 2009.

cuando dichas actividades se realicen en lugares públicos y actuaran conforme a sus actividades.

También se define lo que debe entenderse por narcóticos, comercio, suministro, posesión, farmacodependiente y consumidor, así como la cantidad de narcótico que será considerada facultad persecutora de las autoridades estatales.

Por su parte, las reformas para el Código Penal Federal consistían en definir qué se entiende por suministro, posesión, establecer que la posesión, el comercio y suministro de narcóticos serían investigados, perseguidos y, en su caso sancionados por las autoridades del fuero común en los términos de la Ley General de Salud.

Esta iniciativa fue aprobada por la Cámara de Senadores el 13 de Diciembre del año 2005 y fue aprobada en lo general (con modificaciones) en la Cámara de Diputados con 349 votos en pro y 6 abstenciones, el martes 25 de abril de 2006; y devuelto a la Cámara de Senadores para los efectos del inciso e) del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; consecuentemente fue aprobada en la Cámara de Senadores con 53 votos en pro, 26 en contra y una abstención, el jueves 27 de Abril de 2006; y remitido al Poder Ejecutivo Federal para los efectos Constitucionales correspondientes.

Sin embargo, el Presidente de la República en uso de la facultad que le confiere el artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, formulo observaciones a los proyectos de Leyes y decretos aprobados por el H Congreso de la Unión, a los que nos hemos referido anteriormente. Estas observaciones fueron emitidas en razón de que el Ejecutivo Federal considero que la modificación realizada a la iniciativa que presento, superaban en mucho la propuesta de esa autoridad, esto respecto a quien es la autoridad competente para conocer de esta modalidad; pues en la propuesta del Ejecutivo se señalaba que aquella sería quien primero previniera en el conocimiento del asunto; y en la propuesta aprobada por el Congreso de la Unión para determinar la competencia,

basta con multiplicar el factor numero mil por la cantidad de algún narcótico que se considera como consumo personal y, en caso de que el monto del narcótico, objeto del delito, sea menor al resultado de dicha operación, será competencia de la Entidades Federativas: de lo contrario o en el supuesto de que la sustancia no se encuentre prevista en los listados del artículo 458 de la Ley General de Salud, el delito sería competencia Federal. Después de este tortuoso proceso el 28 de Abril de 2009 es aprobada la reforma por la Cámara de Senadores y enviada para su discusión y análisis a la Cámara de Diputados; posteriormente a su aprobación fue publicada el 20 de Agosto del mismo año.

El Ejecutivo Federal califica que la reforma en su conjunto significa uno de los mayores y más recientes esfuerzos de México para sumar fuerzas policiales y de investigación de los tres órdenes de gobierno en la lucha contra la posesión, el comercio y suministro de drogas; y que el régimen legal aprobado es plausible, pues permitirá sancionar estos delitos con una misma pena en todo el País, siempre y cuando rebase lo que señala la tabla de orientación, contenida en la Ley General de Salud.²⁵⁵

En la reforma, si bien se faculta a los Estados a conocer de delitos contra la salud, la Procuraduría General de la República podrá atraer cualquier caso de narcotráfico que considere debe conocer. También se podrá autorizar a policías encubiertos para que compren droga a narcomenudistas, pero esta autorización solo podrá realizarla el Ministerio Público Federal.

En los artículos transitorios de esta reforma se señala que los Estados y el Distrito Federal contarán con el plazo de un año para adecuar sus legislaciones; y de tres años para realizar las acciones necesarias, para dar el debido cumplimiento a las atribuciones contenidas en la misma.

²⁵⁵ Farmacodependencia, Narcomenudeo y Narcotráfico, Gobierno Federal, PGR, INACIPE, México, Mayo 2010.

Estos señalamientos que parecen de fácil comprensión, no lo fueron en las diversas entidades federativas, en lo general se entendió que se contaba con el termino de un año para adecuar la legislación pertinente, en este caso, la Ley Estatal de Salud, Código de Procedimientos Penales, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado, Ley de Seguridad Pública, entre otras; adecuaciones que como en otras ocasiones no fueron realizadas a tiempo en todos los Estados.

El problema mayor se presento al interpretar el termino de los tres años, los Poderes Judiciales entendieron que su competencia en esta materia iniciaba el 21 de Agosto de 2012, mientras que las Procuradurías Estatales, en un año, razón por la que fue necesario que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunciara al respecto, a través del estudio de la Contradicción de tesis sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, interpretó el contenido del artículo Primero Transitorio de la Reforma antes señalada, y generó la jurisprudencia No. 34/2011.²⁵⁶

En esta jurisprudencia el Pleno de la Corte manifiesta que el artículo Primero Transitorio del Derecho por el que se reforma, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, entre otras, debe interpretarse acorde a los diversos supuestos de cada uno de sus párrafos, de los que es posible distinguir tres momentos:

- a) El primer párrafo, en el que se señala que inicia su vigencia, el decreto al día siguiente al de su publicación (21 de Agosto de 2009); se refiere a los preceptos relacionados con Derechos Sustantivos y a aquellos que para su operación no necesitan adecuaciones en las legislaciones locales o la realización de determinadas acciones.
- b) El segundo párrafo, que se refiere a un año a partir de la entrada en vigor del decreto (21 de Agosto de 2012), debe entenderse que es el plazo que

²⁵⁶ Datos [J]; 9^º. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXXIV, Septiembre de 2011, p. 5.

tienen las Legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para adecuar en sus ordenamientos las competencias que en materia del narcomenudeo se otorgan a las autoridades locales de seguridad pública, de procuración e impartición de justicia, así como de ejecución de sanciones en términos de lo dispuesto en el artículo 474 de la Ley General de Salud.

- c) El tercer párrafo, que indica que la Federación y las entidades federativas contarán con un plazo de 3 años a partir de la entrada en vigor del decreto (21 de Agosto de 2012) se refiere al tiempo que tienen para realizar las acciones necesarias para dar cumplimiento a las atribuciones contenidas en el propio derecho, tales como la creación de instituciones y centros especializados para el tratamiento y prevención de la farmacodependencia, la formulación de programas y campañas para el mismo fin, así como la capacitación de personal tanto en el ámbito sanitario como en el de investigación del delito.

Por tanto, concluye el máximo Tribunal del País, que resulta incuestionable que a partir del 21 de Agosto de 2010 se encuentre vigente la competencia de las autoridades estatales, seguridad pública, procuración e impartición de justicia, y ejecución de sanciones para conocer, y resolver o ejecutar las sanciones y medidas de Seguridad de los Delitos contra la Salud en su modalidad de Narcomenudeo.

Esta contradicción de tesis se resolvió por mayoría de seis votos, lo que significa que no existe unanimidad en la interpretación del artículo Primero Transitorio.

No concuerdo con el criterio de la Mayoría del Pleno de la Suprema Corte porque considero que la entrada en vigor de la competencia para las instancias locales debe ser hasta Agosto del 2012, pues no es entendible que se inicie y concluya un juicio por estos delitos, imponiendo como sanción tratamientos de rehabilitación, cuando el Estado no ha creado las instituciones y centros especializados para el tratamiento y prevención de la farmacodependencia, la pregunta es: ¿Cómo

ejecutar las sanciones y medidas de seguridad, cuando no se cuenta aun con instituciones y centros de rehabilitación?

La situación económica del país y de las instituciones juega un papel fundamental en la aplicación de esta reforma, pues independientemente de los centros de rehabilitación que deberán crearse en los Estados donde no se cuente con ellos, se requiere capacitar al personal judicial jurisdiccional que tendrá a su cargo su aplicación. Así como implementar medidas de seguridad en juzgados y tribunales, en atención que los delitos de narcomenudeo son el primer eslabón de la delincuencia organizada, que se distingue por la violencia que acompaña la comisión de estos delitos, así como los medios violentos que utilizan para impedir la investigación y persecución de dichos ilícitos, por lo que se requieren dotar a las instituciones estatales de equipo, instalaciones y personal adecuado para enfrentar a estas organizaciones, lo cual con los recursos que se asignan a los mismos resulta tarea imposible, lo mismo podemos afirmar en relación a los reclusorios estatales que no cuentan con las medidas de seguridad necesarias para albergar a los imputados y sentenciados por delincuencia organizada; para poder realizar dicha ampliación de facultades se requiere no solo una reforma Constitucional, sino también la asignación de mayores recursos y contener el avance del narcotráfico.

4.1.3. LEYES ANTIMARAS, SU IMPACTO EN MÉXICO.

Surge un problema criminológico y de Derechos Humanos que preocupa al Estado de Derecho y a la Justicia en varios Países de Centroamérica, es un fenómeno y espectro criminal que se expande rápidamente por varios Países de América, se trata de los *maras* en Centroamérica que están directa y estrechamente asociadas al fenómeno creciente de la inseguridad que provocan miedo y *zozobra* en muchos focos territoriales de profunda depresión social y altísima peligrosidad en varios países de la región.

Este fenómeno comenzó a principios de los ochenta del siglo XX con la integración de pandillas y bandas que actualmente recorren varias ciudades de los Estados Unidos y el Sur de América. Sus integrantes utilizan códigos secretos, se disputan territorios barriales, surgen nuevos tipos de delitos, se presentan delitos, crímenes atroces, rebeliones y motines sangrientos en Sistemas Penitenciarios de Guatemala, de Honduras y el Salvador.

Estos grupos mayoritariamente los componen jóvenes centroamericanos; en estos grupos hay crímenes atroces, asesinatos para salvar y superar pruebas de coraje para la pertenencia al grupo, uno de los aspectos más sorprendentes es la forma en que los protagonistas han expresado y han asumido costumbres culturales foráneas, especialmente la de Estados Unidos con vidas tan diferentes en sociedades tan distintas, los jóvenes van adoptando características norteamericanas, sean Salvadoreños, Mexicanos, Hondureños y hasta Costarricenses, y lo hacen como sustento cultural de la violencia, son expresiones de su dignidad y de rechazo a lo establecido.

Son delincuentes violentos que están atrofiados por las drogas aunque no es ese su único y principal objetivo, reivindican la dominación local y solo sienten rabia y odio contra las instituciones, demuestran su crueldad y fortaleza dañando a las mujeres y sometiendo a otros grupos, a otros *maras*, a otras pandillas, en un fenómeno criminógeno mutante; tiene ya organización y logística, están desplazando lo que constituía hace ocho o diez años la *mara* solamente pandillera, dando lugar a la pandilla criminal ya organizada que está haciendo un sistema de purgas internas, eliminando a los más débiles y a las mujeres por peligro de delación.²⁵⁷

La aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) por la Asamblea General de Naciones Unidas, en Noviembre de 1989, y su rápido proceso de ratificación, origino en América Latina una serie de cambios cuyo impacto real ha sido y es todavía hoy, difícil de evaluar. En ninguna otra parte del

²⁵⁷ Cuellar, Roberto, Ponencia Presentada..., 2006, Op. cit., s. p.

mundo se produjo un cambio social tan intenso con motivo de la CDN como en América Latina.

Así podemos distinguir, en Perú, tres etapas: la primera muy breve, que consistió en el cambio de paradigmas, que va de 1989, la aprobación de la CDN, hasta fines de 1991, y se da un intenso movimiento de ratificación de la Convención, sin embargo, continuo vigente la legislación para el control-protección del “menor abandonado-delincuente, producto de las primeras décadas del siglo XX. Una segunda etapa, de expansión jurídico-cultural de autonomía de la infancia entre 1992 y 1997, produciéndose una gran cantidad de reformas legislativas, pues se adoptan, desarrollan en clave de Derechos humanos los principios de la Convención internacional de los Derechos del niño. Y una tercera etapa de retroceso represiva discrecional con los burdos decretos de “terrorismo agravado” y “pandillaje pernicioso”, de mayo de 1998, teniendo efectos hasta nuestros días el decreto legislativo 899 de 1998 o “Ley contra el pandillaje pernicioso”, y en mayo de 1998, “Ley contra el terrorismo agravado”. Estas Leyes pronuncian las llamadas “Leyes antimaras”.²⁵⁸

México no es ajeno a esta problemática que se presenta mayormente en adolescentes que tienen conflicto con las autoridades al ser contradictoriamente rebeldes y sumisos, aprecian las normas sociales como obstáculo ante sus intereses y valores; adoptan un lenguaje propio para expresar sus emociones y enfrentan una lucha interna en la búsqueda de su identidad, sin embargo, la formación de pandillas se da más en las ciudades fronterizas y en la capital del País y es precisamente en aquellos lugares donde se ha legislado para contener este fenómeno criminológico, como mas adelante expondremos.

Según información oficial, el Salvador en el 2003, contaba con 6, 600, 000 habitantes, de los cuales el 14 por ciento corresponde a jóvenes entre 12 y 18 años. Razon por la cual cualquier proyecto de desarrollo que se pretende

²⁵⁸ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; Beloff Mary, Op. cit., s. p.

implementar en este país, pasa por políticas dirigidas hacia el sector juvenil, dado que se trata de un país joven.

La sociedad Salvadoreña se ha centrado en un debate político que tiene su núcleo en los jóvenes, esto es, el debate generado en relación al tratamiento de las denominadas “Maras o Pandillas juveniles” y de manera específica en relación a las iniciativas gubernamentales conocidas como Leyes “Antimaras” y de la ejecución del operativo policial “Mano dura”.

En atención a estos, se han desarrollado múltiples foros, incluso en nuestro País, que han generado enfrentamiento entre las Instituciones del Estado, Órgano Ejecutivo, la Policía Nacional Civil, la Asamblea Legislativa, el Órgano Judicial, la Procuraduría de los Derechos Humanos, entre otros.

El presidente de ese País, en Julio del 2003, al anunciar el plan “Mano dura”, expresa su inconformidad por una actitud “pasiva y protectora de los delincuentes por Leyes que no protegen a los ciudadanos”, aludiendo a los Códigos Penal y Procesal Penal, así como la Ley del Menor Infractor y la Ley de Ejecución de Medidas al Menor Infractor. Ante lo cual anuncia la presentación de nuevos proyectos de Ley, que Penalicen la mera pertenencia a una pandilla.

Son dos los aspectos en que se centra el debate: a) El problema de los jóvenes, cuyas particulares condiciones de exclusión no les da más opción, que la integración a la pandilla; y b) La inseguridad como condición permanentemente percibida por buena parte de la población.

El tema de las pandillas resulta un problema serio, pues se trata de jóvenes que han sufrido diversas formas de exclusión y de violencia, que se ven identificados con grupos que les ofrecen posibilidades de sobrevivir, reconocimiento y lazos de solidaridad, sin embargo, en ocasiones, esos grupos les requieren la adopción de conductas y actitudes violentas y hasta delictivas.

La Ley Antimaras se funda e informa por una lógica primordialmente político-partidaria y en especial por una lógica que se encamina hacia intereses electorales. Pues si bien, el hecho de incluir en el discurso electoral propuestas de seguridad, no es ello una situación censurable por sí misma.

Lo lamentable es que se acude a la “manipulación de los viejos temores sociales”, recurriendo a un “juego de imágenes y desmedida publicidad gubernamental” orientada a hacer creer que todos los problemas de ese país se deben a los jóvenes marginados.

Las Leyes Antimaras, además de responder a un aspecto político-partidario, se caracterizan por que resultan Leyes impuestas en un doble sentido.

Primero, en razón de que la aplicación del plan “Mano dura” en el que se inscribe la Ley Antimaras, se enmarca en una agenda regional en materia de seguridad pública que es impuesta desde el exterior. Plan y normas que endurecen las penas y promueven el control social, a insistencia del Gobierno de Estados Unidos, ante el interés de ese país de combatir a la amenaza terrorista. Lo que se concluye de la Declaración Conjunta de los Presidentes del Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua sobre las Pandillas “Mara Salvatruchas” y “Mara 18”, suscrita el 15 de Enero de 2004 y en segundo sentido, puesto que a pesar de que la Asamblea Legislativa declaró después de un foro de discusión sobre la Ley Antimaras, que se emitió una conclusión unánime de pedirle que no aprobara la Ley, la aprobó un mes después, sin modificación alguna.

La primera Ley Antimaras se aprobó el 9 de octubre del 2003, por la Asamblea Legislativa, y la segunda el 1° de Abril del 2004. A partir de su entrada en vigor se han constituido en el fundamento jurídico de la coexistencia, respecto a Justicia Penal Juvenil de Dos Sistemas.

Uno con el cual se pretendió que el Salvador quedara entre los países más avanzados en la legislación para menores, en funcionamiento a partir de la vigencia de la Ley del Menor Infractor. Y otro, basado en una especie de

legislación emergente, que ha desencadenado los autoritarismos en América Latina. Dualidad que contradice el discurso del Estado, cuando señala: "que el procedimiento y las garantías establecidas en la legislación aplicable a los menores de edad en conflicto con la Ley Penal, están siendo cumplidas conforme a lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, considerando que dicha legislación es la que mejor se ha adecuado a la Convención".

Es indudable que las Leyes Antimaras son Leyes Penales Especiales, dirigidas a un grupo particular de personas, específicamente a los integrantes de las pandillas, establecen reglas Penales y Procesales Especiales, se crean tipos delictivos particulares y se instauran procedimientos especiales para el juzgamiento.

La primera Ley recibió críticas por contradecir disposiciones Constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como por sus graves limitaciones de técnica legislativa.

Aún y cuando ambas Leyes han sido aprobadas como Leyes Temporales, con un periodo de vigencia de 180 días, la discusión se centra en torno a un proyecto de Ley permanente que sustituirá a la Ley temporal.

A la actual Ley, se le cambio la denominación por la de "Ley para el combate", sin embargo, sigue manteniendo la mayor parte de los contenidos de la anterior, por lo tanto, se trata de una Ley Antimaras, como resulta ser el establecer en una Ley Temporal aspectos tales como la posibilidad de imponer penas privativas de libertad de gran duración y otros, propios de Leyes que pretenden crear reglas de larga proyección en el tiempo, en una Ley de un periodo relativamente breve de vigencia.

Esencialmente la Ley para el combate de las actividades delincuenciales de grupos o asociaciones ilícitas especiales, establece:

- a) Un régimen especial para el combate de las actividades delincuenciales de los grupos o asociaciones ilícitas especiales, conocidas como maras o pandillas, aplicables a toda persona mayor de doce años,
- b) Define a los maras o pandillas como aquella agrupación de personas que en su accionar afecten la convivencia social, el orden público, el decoro, las buenas costumbres o la seguridad ciudadana, y que se caracterizan por tener dos o más de los siguientes requisitos: que se agrupen o reúnan habitualmente, que señalen injustificadamente segmentos de territorios como exclusivo, en relación con otras maras o pandillas, que tengan señas o símbolos como medio de identificación o reconocimiento con los maras o pandillas, que se marquen el cuerpo con tatuajes o cicatrices, como medio de identificación o pertenencia de la misma,
- c) Penaliza la sola permanencia a una mara o pandilla,
- d) Penaliza además siete delitos que son tipificados en ella. Salvo dos de los nuevos delitos contemplados, los restantes ya se encontraban comprendidos en el Código Penal, como delitos con penas más bajas,
- e) Crea la figura de la habilitación de edad, de acuerdo con lo cual, cuando a un menor comprendido entre las edades de doce a dieciocho años de edad, se le imputare la Comisión de Delitos y la Fiscalía General de la República advierta que posea discernimiento de una persona adulta, solicitara al Juez de Menores que evalúe esa situación; si el Juez considera que tiene discernimiento de adulto, lo declarará como menor habilitado y se le aplicara lo previsto en el Código Penal y Procesal Penal, y
- f) Modifica las reglas del procedimiento establecido en la Ley de Menores Infractores y en la Ley de Ejecución de Medidas al Menor Infractor en lo siguiente:
 - 1. Otorgar potestad al presidente de la Corte Suprema de Justicia, para que en los lugares en donde exista más de un Juez de Menores, designe el Juez o Jueces que conocerán de los casos sometidos al procedimiento especial contra miembros de maras o pandillas,

2. Establece la posibilidad de que jóvenes entre doce y dieciocho años, puedan ser capturados sobre la base de una orden administrativa girada por la Fiscalía General de la República, además de la orden judicial y de la captura en flagrancia,
3. Restringe el marco de discrecionalidad del Juez para ordenar medidas provisionales distintas a la detención,
4. Declara improcedente la conciliación,
5. Inhibe a la Fiscalía de la posibilidad de renunciar a la acción Penal,
6. Le otorga valor documental al parte policial,
7. Amplia el límite máximo de la pena de privación de la libertad de siete a veinte años,
8. Supedita la posibilidad de cambiar la medida de privación de la libertad por una diferente, al cumplimiento de la mitad del tiempo impuesto en la medida; y
9. Establece la regla del traslado al Sistema penitenciario de adultos cuando los jóvenes alcancen los dieciocho años y se encuentren cumpliendo medidas de internamiento.²⁵⁹

Como se puede observar, esta nueva Ley contraviene la Constitución y los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, que al restringir la actuación de los jueces, víctimas e imputados, limita las posibilidades de búsqueda creativas de soluciones a los conflictos.

Jaime Martínez Ventura, al comentar una sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que declaró inconstitucional la Ley Antimaras, señaló:

²⁵⁹ SALAZAR, Luis; GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Tomo I, Temis, Colombia 2004.

En pocas palabras el máximo Tribunal Constitucional de nuestro País ha dicho contundentemente que si, se requiere cumplir y respetar nuestra Constitución, no puede emitirse una Ley especial para perseguir, combatir, enjuiciar o procesar a miembros y pandillas. Igualmente ha dicho que la penalización de la sola pertenencia a una pandilla es inconstitucional, por violar al menos cuatro Principios Constitucionales: legalidad (art 15 Cn.), seguridad jurídica (art 1º. Cn.), culpabilidad (art 12 Cn.) y lesividad (art 2 inc. 1º Cn).²⁶⁰

Considero que esta Ley antimaras no sólo viola Derechos Constitucionales, sino que, además, atenta contra los Derechos Humanos, y que en este país una Ley de emergencia ha pasado a ser una Ley Especial, en aras de dar respuesta a un reclamo social.

En nuestro País, los factores de localización geográfica y la falta de control de inmigrantes en el Estado de Chiapas, han sido determinantes para la aparición de este fenómeno criminológico, lo que ha motivado la modificación de su legislación penal para tipificar como delito algunas de las actividades más comunes que los pandilleros utilizan para subsistir como grupo social de autoprotección.

Las reformas fueron publicadas a través del Periódico Oficial del Estado de Chiapas, el 25 de Febrero del año 2007, y han sufrido modificaciones en el 2008, que continúan vigentes hasta la presente fecha.²⁶¹

El artículo 371, en su segundo párrafo, establece: “Las personas que señalen segmentos de territorio como propio, que utilicen señas o símbolos como medios de identificación, o que se marquen en el cuerpo cicatrices o tatuajes con el mismo fin, se consideraran por ese hecho integrantes de una pandilla, y serán sancionados con prisión de seis meses a dos años”.

²⁶⁰ MARTINEZ VENTURA, Jaime; GARCIA MENDEZ, Emilio; BELOFF, Mari, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, tomo I, Temis, Colombia, 2004.

²⁶¹²⁶¹ Código Penal del Estado de Chiapas, www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/..legislacionestatal/textos...

Y el artículo 372 a la letra dice: “Los integrantes de una pandilla que atemoricen, intimiden, asusten, hostiguen o amenacen, por medio de la violencia física o moral, a alguna persona o personas, que habiten o transiten en calles, barrios o colonias, serán sancionados con prisión de dos a seis años”.

La exposición de motivos de esta reforma señala que, el objetivo de este nuevo tipo penal es evitar principalmente la proliferación de conductas intimidatorias, a través de las cuales los pandilleros lograban ingresos considerables; además de proteger y garantizar la paz y libre convivencia de la sociedad en general.

De igual manera, el artículo 373 establece: “A los que en grupo de dos o más participen en peleas con otros grupos de personas, en vías públicas o lugares abiertos al público, serán sancionados con prisión de dos a tres años”.

Estas disposiciones pretenden no solamente evitar las riñas que las pandillas organizan con el propósito de demostrar su fuerza y poderío, sino también prevenir la violencia en las calles, pero principalmente brindar seguridad a las personas que transitan libremente por la vía pública.

Una de las conductas que los pandilleros a realizar con mayor frecuencia y con especial libertad, es la intimidación con fines lucrativos, es decir la solicitud de dinero a través de la intimidación. Hecho que además no necesariamente tiene que ser del todo lucrativo, ya que en la práctica esta solicitud la hacen parecer como mendicidad, conformándose con la “caridad” de las personas que ante la intimidación se hayan obligadas a “cooperar” con cinco o diez pesos.

Por ello el contenido del artículo 374, el cual señala: “Los que en grupos de dos o más personas, soliciten dinero o dádiva en forma intimidatoria en vehículos del transporte público, en la vía pública o en cualquier sitio abierto al público, serán sancionados con prisión de dos a tres años”.

“El que así lo hiciera mostrando tatuajes, haciendo señas con las manos, portando objetos como cadenas, piedras, palos o cualquier otro que pudiera dañar la integridad de las personas, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”.

Es importante señalar que la conducta típica descrita con anterioridad, abarca también un hecho o conducta que los pandilleros acostumbran a hacer, esto es, la “venta de protección”, la cual representa su mayor fuente de ingresos.

Por supuesto que el legislador optó por crear un tipo más abierto, con la finalidad de no probar una circunstancia que en la práctica sería imposible de demostrar, como lo es la venta de protección; por ello, es acertado que en su lugar se requiera el medio violento con que se solicita la dádiva para integrar el tipo.

En el artículo 375, el cual marca: “Los que en grupo de dos o más personas, exijan pago de peaje, para transitar sobre cualquier lugar dentro del territorio del Estado, a transeúntes o conductores de vehículos del servicio particular o público, serán sancionados con prisión de tres a cinco años”, está destinado a proteger el libre tránsito de las personas en el territorio chiapaneco, el cual en ocasiones se ve estorbado por grupos de personas que pretenden obtener un lucro indebido a través del gravamen de paso.

Conducta esta última que los pandilleros realizan en algunas partes de la hermana república del Salvador y cuya tipificación es más preventiva que reaccionaria.

El contenido del artículo 371 señala que, “Se entiende por pandilla la reunión habitual, ocasional o transitoria, de dos o más personas, que sin estar organizadas, comentan las conductas a que se refieren los artículos 372 al 375 de este Código”. “Al que forme parte de una pandilla o banda de dos o más personas, se le impondrá, por el solo hecho de ser miembro de la pandilla o banda, prisión de tres a seis años y de cien a trescientos días de multa”. Erige al pandillerismo como un tipo autónomo, el cual merecerá una pena de prisión de entre dos a seis años.

Vale la pena señalar que la disposición del artículo 371, pretende constreñir la aplicación de las sanciones establecidas en los tipos antes citados y comentados a los pandilleros, y no a la población en general.

Independientemente de que el pandillerismo surge como un tipo independiente y autónomo, el legislador reformista quiso dejarlo también como una agravante en la comisión de diversos ilícitos, de ahí el contenido del artículo 371 en su tercer párrafo, el cual es de la literalidad siguiente: “Cuando las conductas antisociales de los integrantes de la pandilla tengan como resultado otros delitos, se aplicará a los pandilleros, además de las penas que les corresponda por el o los delitos cometidos, la sanción de dos a seis años de prisión”.

Es claro que el combate a las pandillas juveniles, mejor conocidas como maras encontrarán desde sus inicios en tierras chiapanecas, un marco jurídico duro que los hará retroceder en sus intentos de establecerse en el Estado o bien reflexionar sobre su conducta, y que el mejor camino para alcanzar la convivencia y armonía social, es aquel que la Ley y el Derecho han marcado. Por supuesto que este marco jurídico habrá de reformarse para combatir las nuevas realidades que enfrentaremos como sociedad.

Si bien la Secretaria de Seguridad Pública del Estado de Chiapas trató de justificar la reforma al Código Penal, no es menos cierto que esta reforma retoma parte de lo planteado en la Ley Antimaras del Salvador, y crea un tipo penal que sanciona el sólo pertenecer a un grupo independientemente de que se cometa o no un hecho delictuoso, razón por la que considero se vulnera la garantía de igualdad consagrada en la Constitución.

Es importante señalar que endosar al Sistema de Justicia Penal, al Sistema Penitenciario, el fenómeno de los *maras*, no considero que solucione esta problemática, puesto que como mencionamos al inicio de este apartado, se trata de un problema de marginación social, razón por lo que es necesario atacar las

causas, para evitar la integración de las pandillas, pues la sola represión no garantiza la solución al problema.

Guatemala lleva a cabo un proyecto de prevención dirigido a jóvenes que han pertenecido a *maras* o pandillas, este proyecto está a cargo de un sacerdote jesuita español de nombre Manolo Maqueira, quien desde su llegada a ese País le llamó la atención los barrancos de la periferia de la ciudad, donde se encontraban estos adolescentes integrantes de *maras* y pandillas e inició su trabajo en el conocido barrio de San Antonio, que se compone de gente de clase media profesional, que es gente humilde, y los habitantes de los barrancos todavía más humilde, confluyen en esta área cuatro zonas, de las 25 que constituyen la ciudad.

Los integrantes de los *maras* se autocalifican: Somos malos, no tenemos futuro, yo no sirvo para el matrimonio; el insulto más común entre ellos es “basura”, pues los jóvenes piensan que son algo negativo y que nunca dejan de serlo, es evidente la falta de estima e identidad, el 70% de ellos carecen de padre, provienen de familias desintegradas o disfuncionales, en un entorno donde predomina el matriarcado, la madre sostiene el hogar, en ocasiones propicias para que los menores de edad se enfrenten muy pronto a la actividad callejera, por lo que resulta obvio que para reemplazar su falta de identidad, toman otro tipo de identidad que encuentran en los *maras* o pandillas; un punto determinante para el proyecto del padre Manolo Maqueira es establecer algo que proporcione a los jóvenes autoestima y sentido de pertenencia y, desde luego, pensar en un posible futuro, para ello se acercó a los colegios católicos del lugar, proponiendo que éstos integrantes de pandillas se hicieran cargo de confeccionar los uniformes, algunos establecimientos educativos aceptaron la propuesta, y se inició con mujeres, trabajan por la mañana y estudian por la tarde, los propietarios o encargados de los establecimientos capacitan a los “ex mareros”, enseñarles el trabajo de confeccionar la ropa y se les paga un salario básico para su

subsistencia y apoyo a sus familias, actualmente cuentan con 145 alumnos, de los cuales el 70% luego de dos años de estar en el proyecto no han desertado.²⁶²

Ejemplo que podría intentarse en nuestro país, pues éste sí atiende al origen del problema, lo que augura la reincorporación de los jóvenes a la sociedad de manera productiva.

4.2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008, AL DERECHO PENAL DE MÉXICO

La Reforma Constitucional de 2008 al Derecho Penal de México.

En el año 2004 se intentó reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para modificar el Sistema Penal, reforma que por diversos motivos no logró concretizarse; en 2007, dada la situación que presenta el Sistema de Justicia Penal en nuestro País, surge la urgencia de establecer un nuevo modelo de Justicia Penal con fundamentos teóricos-prácticos actualizados, que puedan dar una respuesta eficaz a las exigencias sociales; nace así, una nueva propuesta para reformar nuestra Ley Suprema, reforma que se publicó el 18 de Junio del año 2008, en el Diario Oficial de la Federación.

Esta reforma Constitucional y su reglamentación en los ordenamientos procesales impacta en diversos aspectos a la justicia mexicana, en forma substancial y trascendental, que al igual que Jesús Zamora Pierce, la calificó como la modificación más profunda a nuestro Derecho Procesal Penal en toda su historia.²⁶³

Dicha reforma modificara todo el Sistema Nacional sobre Seguridad y Justicia Penal, pues se consideró necesario actualizar el orden jurídico de la procuración y

²⁶² GARCÍA FONG, Gustavo, El fenómeno de los Maras y Pandillas en sociedades en transición y las posibles propuestas de tratamiento". *Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Penal*, UNAM, México, 19 al 23 de Junio, 2006.

²⁶³ ZAMORA PIERCE, Jesús, *Juicio Oral, Utopía y Realidad*, Porrúa, México, 2011, p. 1.

administración de justicia. Así como poner al servicio del Poder Ejecutivo las herramientas necesarias para enfrentar la actual situación que vive nuestro País en materia de delincuencia, que de acuerdo a información publicada en el Diario de Yucatán, el 5 de Julio de 2008, las ejecuciones en el territorio nacional sobrepasaron las 2000 en lo que va del año. En el comparativo que se publica, en el primer semestre del año 2005, se dieron 667 ejecuciones; en 2006, 1,003 en el mismo lapso; en 2007, 1,410 y en 2008 hasta el 4 de Julio 2001.

Ello, aunado al diagnóstico que sirvió de base para la reforma en el que se establece que uno de los problemas más graves de México es la inseguridad, tanto física como jurídica, a la primera ya nos hemos referido con los datos estadísticos mencionados y la segunda, por la ausencia de un marco jurídico que contribuya a combatir los altos índices de impunidad, ante estas situaciones, los autores de la iniciativa señalan que la respuesta ha sido poco eficiente: aumentan las penas y sobrepoblación en las prisiones, en vez de formular una estrategia de prevención de los delitos, transformar las corporaciones policíacas en instituciones solidas, capacitadas, profesionales, honestas, eficaces y confiables.²⁶⁴

Ante tales datos resulta indudable el incremento desmesurado que presenta la delincuencia en nuestro país, nos encontramos ante una nueva manifestación de ésta, mucho más evolucionada, tecnificada, transnacional y organizada, a la que su alta capacidad técnica y financiera, ha tomado espacios en los que se gobierna bajo la Ley del más sádico, los esfuerzos realizados por las autoridades han sido insuficientes para combatir a estas grandes bandas, sin que ello sea un justificante para establecer un régimen de excepción a compromisos asumidos internacionalmente, y mucho menos que el combate contra la delincuencia organizada pueda realizarse sacrificando el Estado de Derecho.²⁶⁵

²⁶⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Reforma Penal Constitución, Op. cit.*, p. 20.

²⁶⁵ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, "Reflexiones sobre la Reforma Constitucional a la Luz de los Derechos fundamentales. Sistema Penal. La Reforma Penal en México", *Revista del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*, Edición Especial, Agosto, 2007, p. 46.

Ante esta perspectiva se da la reforma que ha sido calificada como “historia”, porque introduce cambios en materia de Seguridad y Justicia en 10 preceptos Constitucionales, y que en opinión de Sergio García Ramírez: “La historia se recorre en dos sentidos: Hacia atrás, desandando los progresos, y hacia adelante, abriendo nuevos progresos. Esta ‘reforma histórica’ hace ambas cosas. De ahí su verdadera importancia y su hondo significado”.²⁶⁶

En este contexto pueden observarse algunos intentos del Derecho Procesal Penal para no caer en ineficacia, como lo es, la implementación del procedimiento abreviado, la adopción de criterio de oportunidad y la implementación de actos de reparación; con ello se pretende dar una respuesta acorde a la inflación del Derecho Penal, evitando el congestionamiento judicial, aunque para ello sea necesario sacrificar garantías procesales fundamentales, sin embargo, estos problemas que enfrentan las ciencias penales y que presentan dificultades para la realización del proceso penal, serían equilibrados mediante la aplicación del principio de subsidiariedad. De tal manera que para que el procedimiento penal sea aplicado conforme a la Constitución y sea acorde al Estado de Derecho, se requiere que se razone seriamente el principio de subsidiariedad.²⁶⁷

Para adecuar nuestro Sistema de Justicia a la realidad política y social de nuestro País, se requiere transitar de un Sistema Autoritario a uno democrático, lo que trae aparejado modificaciones en todo el ámbito del derecho, pues el orden jurídico está íntimamente relacionado a la construcción política del Estado.

La reforma Constitucional se da en el sentido de implantar un Sistema garantista en el que se respeten los Derechos de la Víctima u Ofendido, así como también del Imputado, partiendo de la presunción de inocencia, orientado por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con las características de acusatoriedad para asegurar una trilogía procesal en la que el

²⁶⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Reforma Penal Constitución (2007-2008)*, Porrúa, México, 2008, p. XI.

²⁶⁷ MONTIEL, Juan Pablo, *XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Sede Córdoba.

Ministro Público sea la parte acusadora, el inculpado esté en posibilidades de defenderse y que al final, sea el Juez quien determine lo conducente; y de la oralidad que coadyuvará a fomentar la transparencia, garantizado al mismo tiempo una relación directa entre el Juez y las partes, favoreciendo que los Procedimientos Penales sean más ágiles y sencillos. Esto de acuerdo a la declaración emitida en el Dictamen de las Comisiones Unidas de puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión.

La oralidad intenta resolver la problemática en la celeridad de la Justicia Penal, prevista en el artículo 17 Constitucional, que prevé el acceso a la justicia, por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las Leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.²⁶⁸

El procedimiento propuesto presenta dos objetivos principales: la eficiencia, que incluya prevención, procuración, administración y ejecución de sanciones; y el segundo objetivo es la protección, que incluye el mejoramiento de los estándares del debido proceso tales como el Derecho a un Juicio, la Revisión Judicial, el Derecho a Defensa y el Derecho a Juez Imparcial.²⁶⁹

Y puede ser calificado como especial, en cuanto a la necesidad de conjuntar la participación en el mismo de agencias publicadas ya existentes, como fiscales, jueces, policías, defensores, entre otros.

Sin embargo, se han escuchado comentarios de académicos como los de Luis de la Barreda Solórzano quien califica a la reforma como “farragosa” o a Miguel Carbonell, quien manifiesta que es racista, aberrante y regresiva; lo cierto es, que estas reformas no resultan totalmente equívocas, sino que en ella se introducen cambios favorables para el mejoramiento de la procuración e impartición de

²⁶⁸ CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 162ª, Porrúa México, 2010.

²⁶⁹ BARDALES LAZCANO, Erika, *Guía para el Estudio de la Reforma Penal en México*, 2ª, MaGister Publicaciones de Derecho Penal, México, 2008, p. 18.

justicia, aunque no hay que soslayar que tiene algunos aspectos oscuros, que más adelante señalaremos.

Los artículos modificados en el Derecho publicado el 18 de Junio de 2008, en el Diario Oficial de la Federación, reforma los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Más adelante me avocaré a resaltar algunos puntos que considero importantes de la citada reforma Constitucional, que atañen a la delincuencia organizada, que por su complejidad, entre otras razones, ha hecho necesario modificar la estructura Constitucional del Sistema de Justicia Penal, para la construcción de un nuevo Sistema de Justicia que garantice el éxito del proceso, evite injusticias, pero sobre todo que disminuya la impunidad y restituya la confianza de los ciudadanos en las instituciones de procuración y administración de justicia.

4.3. TRATAMIENTO DE EXCEPCIÓN PARA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LA REFORMA

El Derecho Penal, para afrontar los nuevos riesgos que la sociedad enfrenta, con motivo “de la modernidad”, los avances tecnológicos y la globalización, junto a la idea de riesgo, ha llevado a ampliar sus contenidos para atender a las nuevas realidades delictivas, entre estas, la Delincuencia Organizada, para cuyo tratamiento en la reciente Reforma Constitucional se establecen casos de excepción, como resulta ser la prisión, el arraigo de personas; la duplicidad del plazo para ser retenido por el Ministerio Público, antes de poner a los indiciados a disposición de la autoridad judicial; la prisión preventiva decretada por el Juez oficiosamente en este tipo de delitos, suspensión del plazo para la prescripción de la acción penal cuando el inculcado evada la acción de la justicia o sea puesto a disposición de otro Juez que lo reclame en el extranjero; otorgarle valor probatorio

a las actuaciones realizadas en la fase de investigación bajo ciertos supuestos; y la extinción de dominio. Queda establecido así, a nivel Constitucional, un régimen de excepción para el caso de delitos calificados como delincuencia organizada.

Excepciones que si bien no comparto plenamente, si las encuentro en algunas medidas dignas de comprensión, pues es indiscutible el alto índice de violencia por el que atraviesa nuestro País, debido a la delincuencia organizada, sin embargo, falta aún comprobar la eficacia y efectividad de estas medidas de excepción en la lucha contra dicha criminalidad. Por otro lado, existe el riesgo que estas medidas de excepción puedan extenderse a otros tipos de delincuencia frente a la necesidad de que el derecho penal cumpla satisfactoriamente las nuevas funciones que se le demandan, dejando de ser esto un régimen de excepción para convertirse en la regla general.

De tal forma, que en un futuro, nos encontremos con un Estado dirigido a utilizar el *ius puniendi*, de forma más agresiva y violenta para otros tipos de criminalidad, a través de una Reforma Constitucional que amplíe estas excepciones y así legitimar la violación de Garantías y Derechos, que hasta hoy, se encuentran contenidas en distintos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Por lo contrario, lo recomendable, como ya se ha señalado, es revisar periódicamente estas disposiciones a fin de derogarlas en el momento que cese la “emergencia” y no caer en la inercia de extenderlas a otros tipos penales.

4.3.1. EL ARRAIGO.

Una de las actuaciones estatales, relacionadas con la afectación a la libertad personal es el arraigo, es una medida cautelar sumamente cuestionada por ser una disposición que si bien trata de asegurar el éxito de la investigación de los delitos, tiene una trascendencia directa en la libertad personal, y a pesar de tal

controversia la reforma Constitucional del 18 de Junio de 2008, la eleva a rango Constitucional.²⁷⁰

En el artículo 16 Constitucional que reglamenta, la Orden de Aprehesión, introduce en él nuevas medidas cautelares; adicionando un VII párrafo en el que eleva a rango Constitucional el arraigo, figura que ya se venía aplicando, y que resultó polémica desde el momento de su inclusión en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996, al utilizarse como medida de seguridad para que una persona a la que se le presume responsable de un delito no se sustraiga de la acción de la justicia mientras se investiga su participación en los hechos que se le imputan, y si bien en algunas partes del mundo a la gente se le ordena que no salga de su ciudad o País en tanto se lleva a cabo la investigación, esta medida no puede ser equiparable al arraigo, puesto que si bien limita su libertad de tránsito no la priva de su libertad total, como en el caso del arraigo en México que significa una privación de la libertad, llegando al extremo de que gran parte de las personas que son arraigadas no son acusadas formalmente ni se les somete a proceso penal alguno, lo que se traduce en que fueron privados de su libertad personal inocentes, lo que implica una violación al principio de inocencia.

En un foro de análisis y crítica a la reforma Penal Constitucional, Miguel Sarre señaló que Constitucionalizar el arraigo, resulta la forma inquisitorial más pura que puede haber, dado que desde hace muchos años, Amnistía Internacional ha establecido el principio fundamental de que la autoridad que custodia, no debe ser la que investiga. Lo que significa que en nuestro país se estaría actuando en contrario, puesto que la autoridad investiga con la persona custodiada a su disposición.²⁷¹

Es oportuno señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el año 2005, al resolver la acción de inconstitucionalidad 20/2003, del artículo 122 del

²⁷⁰ EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis, Fuentes Cerdán, Omar, *et alii*, *Arraigo y Prisión Preventiva*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010, p. XI.

²⁷¹ SARRÉ, MIGUEL, "La Reforma Constitucional frente al debido proceso. Sistema Penal". *Revista del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del DF*, México, Agosto 2007.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, determinó que el arraigo es inconstitucional por dos razones:

Primera. Porque el arraigo no estaba contemplado en la Constitución como una forma de detención, y en las que se encuentran previstas, flagrancia, detención en caso urgente, por orden de aprehensión y arresto administrativo; la diferencia del arraigo es que, se prevé plazos breves, para que la persona sea puesta inmediatamente a disposición del Juez de la causa, y éste decida su situación jurídica.

Segunda. Porque se priva de la libertad al ciudadano, cuando la averiguación no arroja aún datos que establezcan la presunta responsabilidad de éste, y privación de libertad se extiende hasta 30 días sin que se justifique con un auto de formal prisión, que le permita conocer el delito que se le imputa ni tampoco se le da la oportunidad de ofrecer pruebas para desvirtuar su responsabilidad.

Desde luego que este criterio en su primera parte ha sido superado al introducirse el arraigo en la Constitución Federal, aunque siga prevaleciendo la segunda razón para declararlo inconstitucional la cual tendrá que ser allanada por la legislación secundaria que tendrá que establecer una fórmula acorde a la disposición Constitucional, con reglas claras que no permitan que el Ministerio Público se exceda en sus funciones.

Hay que subrayar que no podrá ordenarse esta medida por disposición Constitucional, en delitos comunes o graves, sino sólo y exclusivamente en casos de delincuencia organizada, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia, sin que pueda exceder de 40 días, plazo que podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. La duración total del arraigo no podrá exceder de 80 días; también se define lo que se entiende por delincuencia organizada.

El argumento que se utilizó para su inclusión en la Ley Suprema de nuestro País, es el fortalecimiento de la Constitución, del régimen especial para la delincuencia organizada, con el establecimiento de medidas como la que ya existe en otros países democráticos para enfrentar a delincuentes peligrosos. Pronunciamiento con el que no concuerdo, en razón de que no considero que sea el Derecho Penal el que puede solucionar el problema de la inseguridad que enfrenta nuestro país, y en particular del crimen organizado, contrario a ello es necesario atender los orígenes del problema y no sus consecuencias.²⁷²

Los diputados y senadores han señalado que la figura jurídica del arraigo, constituye una excepción a la garantía última determinación me parece individual de libertad personal, previa autorización judicial, esta última determinación me parece adecuada, en razón de que sólo podrá ser ordenado por la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público, lo que de alguna manera evitará que se abuse del arraigo como ocurre actualmente, sobre todo en el ámbito común.²⁷³

Aclarando que esta medida cautelar se seguirá aplicando en las entidades federativas donde aún no entra en vigor el Procedimiento Acusatorio Oral, esto como medida cautelar para asegurar el éxito de la investigación de cualquier delito, así lo dispone el transitorio décimo primero de la citada reforma Constitucional.²⁷⁴

Esta modificación al artículo 16 Constitucional, desde luego que se aleja del Sistema Garantista, que señala el dictamen formulado por la Cámara de Diputados y que orienta a la reforma Constitucional, puesto que se establece un régimen de excepción para personas que comenten delitos relacionados con la delincuencia organizada, lo cual significa que damos un trato diferenciado a los probables responsables de la comisión de un hecho que la Ley señala como delito; lo que nos lleva afirmar que estamos ante lo que Jakobs ha denominado,

²⁷² Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia.

²⁷³ www.eleconomista.com.mx

²⁷⁴ EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis, *Op. cit.*, p.3.

“Derecho Penal del enemigo”, que consiste en la pérdida para el delincuente de su calidad de personas, misma que trae aparejada la pérdida de Derechos y Garantías, pues se trata de un enemigo al que hay que darle un trato de no persona.

4.3.2. LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Actualmente la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal que afecta el Derecho de Libertad durante un lapso, que de acuerdo al texto Constitucional no excederá de cuatro meses, si se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediera de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa, en virtud de que esos son los términos que se señalan para que todo imputado sea juzgado.

La prisión preventiva representa una manifiesta violación al principio de presunción de inocencia, pues ella no puede ser calificada de otra forma más que como una pena anticipada a la sentencia. En México se ha abusado de ella pues cada día es utilizada en mayor forma, sin importar las consecuencias que acarrea en la honra de las personas, el haber Estado preso sin que se le haya probado su culpabilidad, y peor aun cuando al final del procedimiento resulta inocente. Esta problemática ha generado manifestaciones en pro y en contra pues existe quien a pesar de todas sus consecuencias la defiende y por el contrario otros que pretenden desaparecerla.²⁷⁵

Ante este panorama, la reforma Constitucional de Junio de 2008, modificó el artículo 19 Constitucional, adicionándole un párrafo segundo, para establecer que el Ministerio Público sólo podrá solicitar la prisión preventiva al Juez, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado al juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de

²⁷⁵ OROPEZA BARBOSA, Ana Luisa, “Prisión Preventiva vs Presunción de inocencia”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, N° 14, INACIPE, México, Noviembre-diciembre, 2007.

los testigos, o de la comunidad, también cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. También establece que el Juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos por medios violentos como armas o explosivos, así como delitos graves que determine la Ley en Contra de la Seguridad de la Nación, el Libre Desarrollo de la Personalidad y de la Salud. La prisión preventiva se cumplirá en el centro de internamiento más cercano a la competencia del órgano jurisdiccional que la ordenó.²⁷⁶

Tomando en consideración, que México es en la actualidad un país de origen, tránsito y recepción de migrantes, situación que ha contribuido a aumentar la vulnerabilidad de las personas, que entran y salen del País como turistas, visitantes locales o trabajadores temporales, sobre todo mujeres, niñas, niños y adolescentes, por lo que pueden convertirse en víctimas de la trata de personas, especialmente con fines de explotación sexual y laboral. Delito que es considerado como una modalidad contemporánea de esclavitud y como forma extrema de violencia contra mujeres y niños que viola sus Derechos Fundamentales. En este contexto el legislador por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de Julio de 2011, reforma el párrafo segundo del artículo 19, para concluir la prisión preventiva oficiosa en los casos del delito de trata de persona.

Con esta medida, la prisión preventiva se limita para aquellos casos en los que otras medidas cautelares o de prevención no son suficientes para garantizar que el acusado se presente a las audiencias, para proteger a la víctima, a los testigos o a la comunidad, así como cuando se trate de reincidentes en delitos dolosos o se cometa un tipo de delito que agravia seriamente a la sociedad. Con ello, la prisión preventiva pasa a ser una medida excepcional, como lo exigen los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país.

²⁷⁶ BARDALES LAZCANO, Erika, *Guía para...*, Op. cit., p. 52
[247]

Es importante que se haya elevado a nivel Constitucional el principio de presunción de inocencia, pues esto evitará el abuso que de la prisión preventiva se presenta en nuestro País. Pues si se recluye a un acusado antes de que se le dicte sentencia que determine su responsabilidad en los hechos que se le imputan, van en contra del principio o presunción de inocencia. Además de que produce un sobrecupo en los centros de internamiento.

Es un claro ejemplo del Derecho Penal Simbólico como demostración de fuerza del Estado. El imputado es considerado un enemigo, al que hay que vencer utilizando un Derecho Penal para Enemigos. No solo funciona como una pena anticipada, sino también como una medida de seguridad en protección de los ciudadanos ante el temor a la violencia, sin atender el principio de culpabilidad.²⁷⁷

Así, queda establecido que el ejemplo de la prisión preventiva debe reservarse para supuestos excepcionales y vincularse estrictamente como las necesidades del enjuiciamiento, de acuerdo a un criterio riguroso sobre esta restricción del Derecho a la libertad del presunto inocente, no bajo un concepto agotado que difunda el ordenamiento de disposiciones favorables a la prisión cautelar. Rigen las reglas legitimadoras de legalidad, excepcionalidad, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y mínima duración. Para favorecer el principio de presunción de inocencia también se acordó establecer el de subsidiariedad y excepcionalidad.²⁷⁸

Con esta determinación, se pretende acabar con la arbitrariedad en que ha caído la prisión preventiva, al aumentarse día a día el catálogo de delitos graves, en las diversas Legislaciones Penales. La legislación secundaria deberá reducir al máximo la prisión preventiva que ha sido uno de los reclamos constante de las organizaciones de Derechos Humanos.

Aprecian que esta reforma constituye un paso significativo en la protección del principio de presunción de inocencia, pues lo ideal sería que no existiere

²⁷⁷ PINTO, Ricardo Matías, *Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera*, www.juridicas.unam.mx

²⁷⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma Penal Constitucional*, *Op. cit.*, p.100.

excepción en la aplicación de la prisión preventiva, dado los efectos negativos que esta conlleva, no debería de aplicarse la prisión hasta en tanto no se compruebe la culpabilidad del responsable, sin embargo, considero que por el momento como ya lo señale se da un avance en este sentido.

En efecto, en un Estado Democrático de Derecho, la prisión preventiva debe ser la excepción y no la regla. Como lo prevé el artículo 9.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; con esta reforma se pretende asentar las bases Constitucionales para acabar con el uso y abuso discriminado de la pena de prisión preventiva.

Sin embargo, resulta contrario al principio de presunción de inocencia el hecho de que en los delitos calificados como Delincuencia Organizada de manera sistemática proceda la prisión preventiva de manera oficiosa, sin tomar en consideración la posibilidad de que pueda existir alguna medida cautelar menos dañina, dada las características personales y sociales del imputado, ni su disposición para colaborar con la investigación.

Nuevamente encontramos presente en la reforma Constitucional el llamado Derecho Penal del Enemigo, aplicado a quienes cometen delitos relacionados con la delincuencia organizada.

4.3.3 LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

En el artículo 22 se establecen formas Constitucionales que permiten la afectación de bienes que son consecuencias de conductas delictivas, esto surge como una necesidad de afectar los recursos económicos que utiliza el delincuente o que bien son resultado de su actividad ilícita, sin embargo, esta necesidad no debe consistir en una infracción del orden jurídico, reduciendo el régimen de garantías y el sistema jurídico democrático.

Así, el citado artículo 22, regula la extinción de dominio, señalando que no se considerara confiscación cuando se trate de “aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia”, y seguidamente establece un procedimiento para los casos de extinción que se regirá por las siguientes reglas:

- I. Sera jurisdiccional y autónomo del de materia penal;
- II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:
 - a) Aquellos que sean instrumentos, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
 - b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.
 - c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
 - d) Aquellos que estén intitulados a nombre de tercero, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.
- III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

Aún y cuando de manera expresa se señale en el texto Constitucional que no será considerado confiscación, el decomiso que se ordene a favor del Estado de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia, no se advierte que

se trate de una figura diversa al decomiso o confiscación, realmente se puede interpretar como una medida de desesperación de la autoridad por contrarrestar el avance de la delincuencia e impedir su crecimiento atacando sus recursos económicos.

Por otra parte, el procedimiento que se detalle en el propio artículo 22 para la extinción de dominio, que según se señala en el dictamen, tiene como objetivo combatir a la delincuencia de manera sistemática, afectando a su economía, aumentando sus costos y reduciendo sus ganancias, pretende crear una herramienta eficaz que coadyuve a fragmentar las organizaciones delictivas y limitar sus efectos negativos, impedir su crecimiento y principalmente decomisar sus activos.

Con esta forma novedosa y menos complicada que otros medios de privación de bienes, según se señala en el dictamen de la Cámara de Diputados, se pretende atacar la economía de la delincuencia organizada. Pero una vez más observamos que se intenta frenar el avance de la delincuencia con procedimientos que reducen los requisitos para el decomiso y se señala al mismo tiempo que no se entenderá como decomiso tal acción, cuando en realidad se trata de eso.

Se señala también que la extinción de dominio se llevara a cabo mediante un procedimiento jurisdiccional y autónomo del ámbito penal, no encontramos justificación para esta determinación, puesto que si el decomiso surge como consecuencia de un delito, desde luego es materia penal, y no debe ser atendido de manera autónoma a esta, cuando su origen es precisamente penal.

Es decir la extinción de dominio es una herramienta jurídica que se aplica contra ciertos bienes jurídicos de características especiales; consiste en la pérdida absoluta del dominio que tenía el particular sobre el bien y su aplicación a favor del Estado.

Llama también la atención, la autorización de decomiso, de aquellos bienes que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la

sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficiente para determinar que el hecho ilícito sucedió; a este respecto como señala Sergio García Ramírez, la propia Constitución consagra un doble Sistema Penal Sustantivo: uno ortodoxo, con acreditación de delito y responsabilidad a los que siguen consecuencias punitivas, mediante sentencia; y otro heterodoxo o "novedoso", con soporte diferente, en el que se encuentra probado el hecho ilícito y la responsabilidad todavía no probada, y sin embargo, se califican de ilícito los bienes, cuya propiedad se afecta, revirtiéndose así la carga de la prueba, pues es la culpa y no la inocencia la que debe ser demostrada.²⁷⁹

Resulta evidente, una vez más, la introducción del llamado "Derecho Penal del Enemigo" en la legislación mexicana, con este régimen de excepción.

En el inciso d) del multicitado artículo, se aplica la extinción, sino también para los bienes, producto de delitos patrimoniales, lo que resulta un exceso del poder punitivo y a la vez un detrimento de las Garantías Constitucionales, que no se justifica en el caso de delitos patrimoniales. Extendiéndose así el régimen de excepción a otras figuras delictiva.

Resulta un acierto que en la fracción III del artículo 22, se conceda la oportunidad a todas las personas que se considere afectada, de interponer los recursos pertinentes para demostrar la procedencia lícita de los bienes, así como su actuación de buena fe, de tal forma que pueda recuperar su patrimonio.

Si bien es cierto, que la legislación secundaria tiene que avocarse a la instrumentación del procedimiento para el caso de extinción de dominio, no menos cierto es que esta legislación tiene que respetar los lineamientos dados en la Ley Constitucional; y en cumplimiento a ello, el Ejecutivo Federal en Septiembre de 2008, envió al Senado de la República una iniciativa de Ley Federal de Extinción de Dominio, la cual permitirá aplicar la incautación de bienes al crimen organizado. Esta iniciativa fue turnada a las comisiones unidas de justicia y de estudios

²⁷⁹ Ibidem, p.50.

legislativos, primero, de la Cámara de Senadores, para su análisis y dictamen. Para los mismos efectos fue turnado a ese órgano el proyecto de Ley Reglamentaria del artículo 22 Constitucional en materia de extinción de dominio presentada por el Senador, Tomas Torres Mercado, del grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática. Ambos proyectos fueron analizados considerando el orden cronológico en que fueron presentados ante la Cámara de Senadores; posterior a ello, las comisiones antes señaladas presentaron al pleno de la asamblea, el proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se reforma y adiciona la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, misma que fue aprobada el 3 de Abril del año 2009, y fue turnada a la Cámara de Diputados para su discusión y aprobación si así lo considera.

Con esta iniciativa se pretende expedir una Ley que contribuya al fortalecimiento del marco jurídico, que permita a las instituciones encargadas de la procuración de justicia ampliar su margen de acción para hacer frente a la delincuencia en sus diversas modalidades; y así cumplir con la obligación asumida por el Estado Mexicano en la reforma Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de Junio de 2008, para implementar un procedimiento jurisdiccional y autónomo distinto al de materia penal, que permita la aplicación a favor del Estado de aquellos bienes cuyo dominio pudiere ser declarado extinto en una sentencia.

Después de la valoración de las iniciativas antes señaladas, la Cámara de Senadores aprobó el proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Mayo de 2009; misma que consta de 70 artículos y se encuentra dividida en cinco títulos. En el Título Primero, por ejemplo, señala que el objeto de esta Ley es regular la extinción de dominio de bienes a favor del Estado, así como el

procedimiento correspondiente, la actuación de las autoridades competentes, los efectos de la resolución que se emita, y los medios para la intervención de terceros, que se consideren afectados por la misma.

Es así como se dota al Estado de la herramientas necesarias para atender una avasalladora urgencia de seguridad y certeza jurídica, al dirigir su sentido y alcance a la extinción de las facultades y obligaciones que se otorgan a gobernantes y gobernados, para acceder al ámbito de una verdadera tutela judicial efectiva de los derechos o intereses que puedan entrar en conflicto con motivo de la aplicación a favor del Estado. Combatiéndose así, de manera frontal y decidida, un fenómeno que agravia cotidianamente la sociedad y a sus propias instituciones.²⁸⁰

En la citada Ley, en su artículo tercero, se define la extinción de dominio, como la pérdida de los derechos sobre los bienes, que sean instrumento, objeto o producto del delito; que hayan sido utilizados o destinados a ocultar, o mezclar bienes producto del delito, o aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si se acredita que su dueño preste auxilia o cooperación de cualquier especie, para la comisión de tal delito u oculto o favoreció el ocultamiento del indiciado.

También prevé la aplicación supletoria a falta de regulación del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código Penal Federal y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; del Código Federal de Procedimientos Civiles, la Ley Federal para la Administración y Enajenamiento de Bienes del Sector Público, y del Código Civil Federal.

Establece que la información que se genere u obtenga con relación a la misma, se regirá en los términos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Así como la obligación del Procurador General de la República de entregar un informe anual al Congreso de la Unión

²⁸⁰ Gaceta del Senado, N° 362, www.opina.uenlacetransparencia@senado.gob.mx

sobre el ejercicio de las facultades que le otorga esta Ley. Ello en razón que de acuerdo con la misma, el ejercicio de la acción de extinción de dominio corresponde al Ministerio Público, quien para desistirse de la acción intentada requerirá del acuerdo previo del Procurador General de la República.

El Ministerio Público podrá hacer uso para la preparación de la acción de extinción de dominio, de la información que genere en las averiguaciones previas que se inicien conforme al Código Federal de Procedimiento Penales y en su caso, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Llama la atención que, siendo esta una Ley que emana de las disposiciones previstas en la reforma Constitucional de 2008, a través de la cual se establece un nuevo Sistema de Justicia Penal, siga conservando el término averiguación previa, cuando que en dicha reforma se señala que se llevara a cabo una investigación para establecer que el delito ocurrió verdaderamente, lo que significa que el termino averiguación previa desaparece en este nuevo Sistema de Justicia.

Para que proceda la extinción de dominio, bastara la existencia de un procedimiento de investigación realizado por el Ministerio Público, si en el mismo se hubiese llegado a la prueba plena de los hechos, no así de la responsabilidad penal, aspectos que el Ministerio Público podría llevar al conocimiento y decisión de un tribunal, siempre y cuando la Ley Secundaria establezca la competencia y el procedimiento, en forma separada del ejercicio de la acción penal por aquellos hechos delictuosos.

Sin embargo, establece el artículo 10 del Decreto de la Ley en comento, que en los casos en que existiere sentencia en el Procedimiento Penal en que se determinara la falta de elementos, para comprobar la existencia del cuerpo del delito, los afectados por un proceso de extinción de dominio que verse sobre el hecho ilícito, tendrá derecho a reclamar indemnización con cargo al fondo que en la propia Ley se establece en el artículo 61.

Resulta relevante también que el particular no queda sin defensa en este procedimiento, pues la puede ejercer por vía de recurso, una vez que se haya resuelto en el procedimiento jurisdiccional de extinción de dominio.

Por otra parte, la reforma que se pretende implementar a la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adiciona un tercer párrafo a la fracción III del artículo 114 que se refiere a las causales de procedencia para el amparo indirecto, estableciendo en la citada fracción que ello será aplicable en materia de extinción de dominio.

Y se recorre en su orden el párrafo tercero para pasar a ser el párrafo cuarto. Asimismo se reforma el inciso g) de la fracción segunda del artículo 124, que se refiere a las causales de suspensión.

La fracción segunda señala que considera entre otros casos, que sí se siguen esos perjuicios o se realizan esas contravenciones cuando de concederse la suspensión se establece en el nuevo inciso g), se interrumpa el procedimiento de extinción de dominio incluyendo la ejecución de la sentencia.

La iniciativa presentada para modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, hasta este momento no ha sido aprobada, y considero que es necesaria su modificación a fin de establecer quién será la autoridad jurisdiccional encargada de aplicar el procedimiento de extinción de dominio.

A pesar de lo aquí señalado es necesario dar un tiempo razonable para que se implemente y aplique la reforma Constitucional en nuestro país, para poder determinar si se cumplió con el objetivo propuesto y si ha resultado benéfica para la sociedad, así como, hacer un nuevo balance de la Justicia Penal en nuestro país.

4.3.4 CONFIDENCIALIDAD DE DATOS, VÍCTIMAS O TESTIGOS.

La reforma Constitucional a la que nos hemos referido, establece también el resguardo de datos y protección personal de la víctima, o del ofendido, cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesaria para su protección salvaguardando en todo caso los Derechos de la Defensa.

Además, establece la obligación del Ministerio Público de garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. E impone a los jueces la obligación de vigilar el buen cumplimiento de esta obligación.

Como se puede observar, la fracción V del artículo 20 Constitucional, la reforma Constitucional, instaura el Derecho de la Víctima o del Ofendido al resguardo de su identidad y otros datos personales.

Sin embargo, no hay que olvidar que existe una Garantía Constitucional que establece que al inculpado se le proporcionaran todos los datos que solicite para su defensa, es por ello, que la legislación secundaria deberá equilibrar estas dos garantías con la finalidad de que no se afecte la defensa del activo. La protección de víctimas y testigos, no es algo nuevo, es una estrategia que se utiliza en algunas partes del mundo para combatir la delincuencia organizada, como también la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, contempla el anonimato, hasta antes de la acción Penal, ello acorde con las reglas establecidas en la Convención de Palermo, pero para que esta restricción de garantías del inculpado, sea regulada adecuadamente, es preciso que se contenga dentro del texto Constitucional.

Y tomando en consideración que la reforma a que nos referimos establece un nuevo Sistema de Justicia Penal, que tiene como objetivo ajustar el sistema a los principios de un Estado Democrático de Derecho, y para ello implanta que el proceso penal será acusatorio y oral, donde solo se practican medios de prueba durante el proceso, salvo que se trate de pruebas anticipadas. Por lo cual el Juez

solo valorara las pruebas que se desahoguen ante él, lo que resulta una garantía para el imputado. Así mismo, se hace necesario establecer en la legislación secundaria una distinción específica de los diversos tipos de testigos que pueden existir en el ámbito de la delincuencia organizada. Podemos señalar tres tipos de testigo: la víctima, el testigo, el arrepentido y los policías, confidentes y sujetos que se predisponen para poder obtener pruebas en caso de delitos permanentes, resultando una realidad que ellos tienen necesidad y expectativas distintas y por lo tanto requieren tratamiento específico, lo que conlleva a que la práctica de la prueba testimonial y en general de las pruebas personales, se deben de realizar a través de mecanismos eficaces de protección, para lo cual se puede recurrir a mecanismos tecnológicos, como son la videoconferencia, videograbación y el circuito cerrado de televisión, y dado que cada uno de ellos tiene reglas de aplicación específicas, es necesario que los Congresos Locales legislen en la forma en que deben de practicarse estos tipos de pruebas para lograr una certera y adecuada protección, sin violentar los Derechos Fundamentales del acusado.²⁸¹

En este sentido se ha pronunciado, La Corte Interamericana de Derechos Humanos al momento de estudiar los casos sometidos a su conocimiento, cuando existe peligro para la vida de un testigo, con las facultades conferidas en el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 24 del Reglamento de la Corte, aplica disposiciones para establecer medidas de protección a testigos amenazados o que estuviese en peligro de su vida. También establece medidas precautorias para persuadir a determinados testigos para que comparezcan ante ella, cuando estos miden el riesgo para sí y su familia al tomar la decisión de colaborar con la Corte; de ahí surge la necesidad de hallar mecanismos que permita poner a la Corte en contacto con la información que requiere sin provocar riesgos previsibles para el testigo, haciendo más efectivo el

²⁸¹ DAGDUG KALIFE, Alfredo, "La Prueba Testimonial ante la Delincuencia Organizada", Sistema Penal. *Revista del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del D F*, México, Agosto 2007.

principio de mediación a su vez asegurar el equilibrio procesal y garantizar el Derecho de defensa del Estado.²⁸²

En resumen los testigos y/o víctimas pueden ser quienes interpongan la denuncia o ser testigos de cargo, y pueden ser incluidos en un programa de protección policial; reubicación temporal en lugares seguros, o medidas de protección al rendir testimonio, así como ayuda económica de ser necesario.

La reforma Constitucional de 2008 transforma el Sistema Penal y la Seguridad Pública, al incluir un Proceso Penal Acusatorio y Oral en el artículo 20 Constitucional, este sistema establece un sistema garantista suprime valor probatorio a las confesiones que no se realicen directamente ante un Juez, esto es una decisión que ayudara al respeto de los Derechos Humanos de las personas a quienes se les impute la comisión de un delito, pues ayudara a erradicar la tortura con la finalidad de que el imputado admita su participación en los hechos; el principio de inmediación resulta también un tema importante en esta reforma en virtud de que en ninguna audiencia podrá celebrarse sin la comparecencia del juzgador, si bien es cierto que en los casos de delincuencia organizada se prevé un régimen de excepción, pues en estos casos, en un determinado momento, la emitida durante la investigación podrá obtener valor probatorio aun y cuando no se haya realizado ante el Juez, además de que se otorga discrecionalidad al Ministerio Público, para investigar estos delitos. En lo general considero que esta reforma es trascendental para la aplicación del Derecho Penal y sobre todo respetuosa del debido proceso.

²⁸² VIVANCO, Jose Miguel., MENDEZ, Juan E. "Medidas de Protección para testigos en casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derechos Humanos*, IIDH., Derechos Humanos., Corte Interamericana de Derechos Humanos, enero- junio 1994.

CAPÍTULO 5

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

5.1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 10 DE JUNIO DE 2011

La experiencia histórica del siglo XX, siglo en que se estableció el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, parece haber demostrado de manera contundente que los Sistemas Nacionales de Protección de los Derechos Fundamentales son falibles y que en nombre de la “soberanía” y del ámbito de los “asuntos internos” de los Estados, se han cometido atrocidades y violaciones injustificables. El reconocimiento internacional de Derechos Humanos y la creación de mecanismos Internacionales de protección, responden precisamente a la conciencia internacional acerca de la limitación de los mecanismos nacionales de reconocimiento y protección de derechos fundamentales. El objetivo de las normas internacionales de Derechos Humanos es constituirse como parámetro para la evaluación de la normativa y la práctica de los órganos del poder nacional, en razón que pueden incumplir con los estándares internacionales por contradecirlos o bien por ignorar sus mandatos.

En México, después de casi dos años de análisis y discusión, y reunidos los requisitos del artículo 135 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, el 10 de Junio de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma Constitucional en Derechos Humanos.

Esta modificación comprende cambios a la designación del capítulo I del título primero de la Constitución Federal y a sus artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102, apartado B, y 105, fracción II.

Constituye un cambio significativo en la forma de admitir, interpretar y aplicar estos Derechos en México; representa la transformación más importante de los últimos años en materia de Derechos Fundamentales.

La incorporación de los Derechos Humanos a la Constitución mexicana es mucho más que una simple modificación de lenguaje normativo. El nuevo texto reconoce el orden jurídico internacional y, en especial, una forma de concebir la relación entre el Estado y las personas y grupos, orientada a ampliar su ámbito de protección.²⁸³

Como antecedente de la reforma del título primero del capítulo I, podemos señalar que desde 1917, fecha de la promulgación de la Constitución, este ha sido reformado aproximadamente 92 ocasiones, la mayoría de ellas en las últimas tres décadas, que concuerdan con el periodo en que México comenzó a firmar tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

Sin embargo dichas reformas no fueron suficientes para tener un texto Constitucional, como los estándares internacionales emanados de los Tratados internacionales de Derechos Humanos ni con los principios de un Derecho Penal Democrático, y día a día era más evidente su necesidad. Los factores que influyeron en ello se presentan a partir de 1990 con la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y su labor de difusión; la participación de agrupación no gubernamentales o de la sociedad civil, con la difusión de temas de Derechos Humanos; el sometimiento de México a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 1998 y algunos Comités de Naciones Unidas que supervisan el cumplimiento de Tratados Internacionales, en 2002; los criterios jurisprudenciales emitidos respecto a la jerarquía de la Constitución en relación a los Tratados Internacionales, Leyes Federales y Locales; las constantes violaciones a Derechos humanos en el ámbito interno, las observaciones, recomendaciones y sentencias por instancias internacionales, que dejaban en evidencia el rasgo de la Constitución en tema de Derechos Humanos.

²⁸³ VÁZQUEZ, Luis Daniel; Serrano, Sandra, *Los principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 135 www.juridicas.unam.mx

En este contexto, el 6 de Junio de 2011 se publica en el Diario Oficial de la Federación la reforma de los artículos 94, 103, 104, y 107 de la Constitución, que corresponden fundamentalmente al juicio de amparo, medio protector Constitucional del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la protección de los Derechos Fundamentales por excelencia; en esta reforma, entre otras modificaciones podemos citar las siguientes: se amplía la procedencia del amparo respecto de cualquier norma general, al establecerse su procedencia por violaciones a los Derechos Humanos plasmados en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; con la introducción de figuras nuevas como el amparo adhesivo y los intereses legítimos individual y colectivo; la adopción de nuevos conceptos en torno a la violación de derechos por omisión de las autoridades; la declaratoria general de inconformidad cuyos alcances y condiciones se determinaran en la Ley Reglamentaria; la creación de los plenos de circuito; y una nueva forma de integrar jurisprudencia “por sustitución”.²⁸⁴

Si bien esta reforma no es el tema central de este apartado, era necesario enunciar su existencia porque sin la modificación a la institución del juicio de amparo no sería posible cumplir con su objetivo que es, precisamente, hacer real y eficaz la protección de los Derechos Humanos, por tanto, las reformas del 6 y 10 de Junio de 2011 se encuentran íntimamente relacionadas.

La reforma publicada el 10 de Junio modifico la denominación del título primero, capítulo I, cambio “De las garantías individuales” a “Los Derechos Humanos y sus Garantías”, aún y cuando se conservo el concepto “garantías” este tiene un significado distinto al anterior. La expresión “Los Derechos Humanos” significa el reconocimiento Constitucional pleno a la denominación universal de los Derechos básicos de la persona, ello evita la discusión de que son diferentes los Derechos Humanos y las Garantías, pues desde luego que lo son, los Derechos Humanos son los Derechos Básicos de las Personas y las Garantías Individuales son instrumentos o los medios, a través de los cuales se busca su eficacia cuando las

²⁸⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reformas Constitucionales en materia de amparo y Derechos humanos, junio, 2011.

autoridades los desconozcan o los trasgredan, por ejemplo: la facultad de investigación, que la reforma deposita en la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Juicio de Amparo, el Juicio de Protección de los Derechos Político-Electorales y las Controversias y Acciones de Inconstitucionalidad.²⁸⁵

Esta reforma eleva a rango Constitucional a las normas de Derechos Humanos y conlleva la urgente necesidad, de adentrarse en el estudio de los tratados internacionales relativos a los Derechos Humanos, de los cuales México forma parte por la obligación de su acatamiento por parte de las autoridades en general, y de forma especial, por los operadores jurídicos.

Esto en razón que el artículo 1° reformado de la Ley Fundamental a la letra dice:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran 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 podrán restringirse ni suspenderse, salvo en y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los Derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tipo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar, y reparar las violaciones a los Derechos Humanos, en los términos que establezca la Ley...

²⁸⁵ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *Las Reformas y las normas de Derechos humanos previstas en los tratados interNacionales*, 2011, p. 43-44, www.juridicas.unam.mx

Con la modificación a este artículo se elevaron a rango Constitucional los Derechos humanos protegidos tanto por la Carta Magna, como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, lo que implica la creación de una especie de bloque de Constitucionalidad integrado ya no solo por la Ley fundamental sino también por los referidos instrumentos supranacionales; así mismo, se incorporaron diversas herramientas que pretenden garantizar el respeto de los derechos humanos por parte de los operadores jurídicos, entre ellas la interpretación conforme, el principio pro persona, los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; y se impuso como obligación del Estado la prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a derechos humanos, lo que indica el reconocimiento expreso de la facultad que tienen todos los jueces del país para ejercer, dentro de sus respectivas competencias, el control de convencionalidad y el control difuso de Constitucionalidad.

En este sentido, la gama e índole de los derechos reconocidos en el nuevo párrafo primero del artículo antes descrito, es amplísima y de lo más beneficiosa al reconocimiento de los Derechos Humanos a favor de las personas.

Estos Derechos no solo adquieren un reconocimiento Constitucional expreso, sino que además se les sitúa en la cúspide de la jerarquía normativa respecto a las demás disposiciones del Orden Jurídico Mexicano.²⁸⁶

Eduardo Ferrer Mac – Gregor, define el control de convencionalidad como la obligación que tienen todos los Jueces Nacionales, como parte del Estado, de ejercerlo de oficio dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales y define a este control como “control difuso de convencionalidad”, para diferenciarlo del “control de convencionalidad” que realice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sede internacional.²⁸⁷

²⁸⁶ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, Op. cit., p.43

²⁸⁷ CARBONELL Miguel Ferrer Mac – Gregor, Eduardo; *et alii*, *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, IJ-UNAM, México 2011, p.340, 343, www.juridicas.unam.mx

La reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos tiene múltiples consecuencias en varios niveles. Los Derechos y sus Obligaciones no están direccionadas solo a jueces, magistrados o ministros del Poder Judicial, sino a todos los integrantes de los tres poderes, nivel Federal, Local o Municipal. (Pie de página VÁZQUEZ, LUIS DANIEL, SERRANO SANDRA. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica. Biblioteca Jurídica Virtual. Del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.www.juridicas.unam.mx.)

Estos breves comentarios nos permiten concluir que la reforma, en materia de Derechos Humanos, trae aparejados cambios sustantivos, puesto que establece nuevos estándares de Derechos Humanos, y de operación, pues amplía los dispositivos de garantías de los Derechos, para que tengan mecanismos y posibilidad de exigir su apropiada aplicación.

Son garantes de Derechos Humanos todas las autoridades, así lo dispone el art. 1º Constitucional, pero en el ámbito jurídico todos los operadores tendrán que considerar a la Constitución en su actuar, así como ser agentes de respeto, protección, garantía y difusión de los derechos humanos.

En el escenario del proceso penal se coloca a los Derechos Humanos al centro, el poder judicial debe ejercer un control de convencionalidad cuyo objetivo es determinar si la norma nacional contrastada a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es acorde con la citada Convención, o con cualquier otro instrumento internacional de Derechos Humanos, si lo es, la aplica; en caso contrario, no, pues resulta “inconvencional”; y así garantizar a los imputados el respeto a sus Derechos Humanos. Con ello se robustece el proceso acusatorio que implementa la reforma Constitucional de 2008 y se avanza hacia un Derecho Penal Democrático en nuestro País.

Ello, es lo teórico, en la practica el Poder Judicial tiene el reto de capacitar a sus jueces a fin de que se encuentren en posibilidad de ejercer el control de

convencionalidad que la reforma determina, es importante que el órgano jurisdiccional esté consciente del papel de garante de Derechos Humanos que la Constitución les otorga, para ello deberán realizar un examen de compatibilidad entre los actos o normas Nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicando el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en la medida en que los jueces ejerzan su labor a favor de los Derechos Fundamentales, avanzaremos hacia un Derecho Penal Democrático.

5.2. SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (CASO RADILLA)

Como antecedente podemos señalar que en 1974, el señor Rosendo Radilla Pacheco fue presunta víctima de desaparición forzada por elementos del ejército Mexicano, después de varias denuncias interpuestas por familiares ante autoridades estatales y Federales, el 15 de noviembre de 2001, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, y la Asociación de Familiares, Detenidos o 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.

Ante el incumplimiento del Estado Mexicano de dar cumplimiento a las recomendaciones hechas por la Comisión Interamericana, el 15 de Marzo de 2008, esa instancia internacional sometió el caso a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el 23 de Noviembre de 2009 la Corte Interamericana dictó sentencia y se notificó al Estado Mexicano el día 15 de Diciembre del mismo año; el 09 de Febrero de 2010 se publicó un extracto de la sentencia del caso Radilla Pacheco en el Diario Oficial de la Federación.

El 26 de Mayo de 2010, el entonces Ministro Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, formuló una consulta al Tribunal Pleno, para:

- a) Analizar qué medidas y trámites debía seguir el Poder Judicial de la Federación para atender dicha Sentencia.
- b) Evaluar las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por considerar trascendente la posición y las acciones que el Poder Judicial de la Federación debe adoptar al respecto.

De la anterior consulta se formo el expediente 489/2003, en el cual el Tribunal Pleno, con fecha 07 de Septiembre de 2010, ordeno que se determinara cual debería ser la participación del Poder Judicial de la Federación en el cumplimiento de la sentencia del caso Radilla Pacheco, por lo que sería necesario:

1. Analizar si en el caso concreto se configura alguna de las salvedades a las cuales se condiciono el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. Interpretar el alcance de las reservas o declaraciones interpretativas que formulo el Estado Mexicano, tanto al adherirse a la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas.
3. Definir que obligaciones concretas le resultan al poder judicial de la Federación y la forma de instrumentarla.

Es preciso señalar que el 6 y 10 de Junio de 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que resultaban importantes para la resolución del asunto planteado, respecto al juicio de amparo el artículo 103 fracción I y en materia de protección de los Derechos Humanos el artículo 1°.

En el expediente “varios” 912/2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió:

1. Se determino que frente a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es posible revisar las excepciones y salvedades o interpretaciones realizadas por el Estado Mexicano.

Lo que significa que la Suprema Corte no puede hacer pronunciamiento alguno que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues constituyen cosa juzgada y, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos.

Indico el Tribunal Pleno, que ni el Estado de la Corte y su Reglamento, ni de los dos Tratados, tanto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como de desaparición forzada de personas, se desprende que la jurisprudencia adquiera el carácter de obligatorio. En consecuencia, el criterio orientador es el que se puede tomar o no, en consideración sin ninguna responsabilidad y que no tiene fuerza vinculante.

2. Se indico que el Estado Mexicano está obligado a respetar la sentencia que haya establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se instaura dos tipos de obligaciones:

- a) De carácter administrativo. El Pleno de la Suprema Corte tiene atribuciones para establecer dentro de su administración interior, las que sean necesarias para dar cumplimiento a las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- b) En relación a los criterios interpretativos aun con fundamento en el párrafo tercero del Art. 1°. Constitucional, no se tenga todavía una Ley que establezca el cumplimiento de este tipo de obligaciones, esto no impide a la Suprema Corte de Justicia de la Nación su cumplimiento.

3. El pleno determino que de conformidad con el párrafo 339 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Radilla Pacheco, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad, es decir, de todos los Tribunales del Estado de Mexicano deben de ejercer el control de convencionalidad. (Control de Convencionalidad *ex officio*).

4. Se determino por unanimidad que del contenido de los párrafos 337 a 342 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Radilla Pacheco, si resultan obligaciones para los jueces del Estado

Mexicano, particularmente al ejercer el control de convencionalidad que se ha reconocido como ineludible.

Se resolvió que los Jueces del Estado Mexicano deberán replicar en casos futuros, el criterio de restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia del caso Radilla y en aplicación del artículo 1° Constitucional.

Se aprobó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación para la efectividad y en aplicación del artículo 1° Constitucional deberá reasumir su competencia originaria, para conocer de los conflictos competenciales entre la jurisdicción militar y la civil. Se precisó que esta decisión se tomó para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su calidad de Órgano Jurisdiccional Límite del Estado Mexicano, cumpla con la obligación.

5. Se aprobó el establecimiento de cursos y programas de capacitación para todos los jueces, magistrados y funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas del Poder Judicial.

- A. Capacitación permanente respecto de los contenidos de la jurisprudencia Interamericana sobre los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial.
- B. Capacitación en la formación de los temas debido juzgamiento del delito, de desaparición forzada, para el adecuado juzgamiento de hechos constitutivos de este delito, con especial énfasis en los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar íntegramente el fenómeno de la desaparición forzada; así como en la utilización de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, el objetivo es conseguir una correcta valoración judicial de este delito.

De conformidad con el párrafo 332 de la sentencia de la Corte Interamericana, una vez que el poder ejecutivo lleve a cabo las medidas que le corresponden para el cumplimiento de la citada sentencia, el Poder Judicial de la Federación deberá garantizar, que la averiguación previa respecto al caso Radilla se mantenga bajo

el conocimiento de la jurisdicción ordinaria y bajo ninguna circunstancia en el fuero de guerra.

En relación al párrafo 339 de la sentencia, todos los jueces del Estado Mexicano y de conformidad con el artículo 1° Constitucional están facultados para inaplicar las normas generales que a su juicio considere trasgresoras de los Derechos Humanos, para lo cual es necesario que el pleno de acuerdo a lo establecido en la Ley orgánica, modifique la jurisprudencia P/J74/199, en la que se interpreto el artículo 133 Constitucional, en el sentido de que el control difuso de la Constitución de normas generales no está autorizado para todos los jueces del Estado Mexicano.

De conformidad con el párrafo 340 el Poder Judicial de la Federación deberá tomar en consideración los criterios orientadores de dicha corte para adecuar sus subsecuentes interpretaciones Constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar, con los estándares internacionales de Derechos Humanos.

De acuerdo con los párrafos 252 y 256 de la sentencia analizada, esta Tribunal ordena que deba garantizarse en todas las instancias correspondientes el acceso al expediente y la expedición de copias del mismo para víctimas, todo ello, en el ámbito de sus competencias.

6.Finalmente, la Corte deberá reasumir su competencia originaria para conocer de conflicto competenciales, o bien ejercer de oficio su facultad de atracción que confiere la Constitución y la Ley Orgánica por tratarse de un tema de importancia y trascendencia, se propone solicitar a todos los Juzgados y Tribunales Federales del País, que en el caso de que tenga bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, lo informe a ese Alto Tribunal para los efectos anteriores.²⁸⁸

²⁸⁸ MUSALEM OLIVER, Héctor, Unidad de Crónicas de la S.C.J.N. julio 2011. www.scjn.gob.mx/CRONICAS/TP-140711-MBLR-912.

Esta resolución resulta un caso emblemático, en razón de que realizó cambios muy importantes en materia de Derechos Humanos, y transformo la forma de aplicar el derecho en nuestro país, misma que ha contribuido a generar una nueva conciencia del ejercicio de la función jurisdiccional y de todas las autoridades en general, basada en la protección y el respeto de los derechos fundamentales. La intención es que los juzgadores apliquen en sus resoluciones las sentencias de la Corte Interamericana de tal manera que se vaya creando una corriente universal de respeto a los Derechos Humanos.

5.3 OBLIGACIONES CONCRETAS QUE DEBE REALIZAR EL PODER JUDICIAL

Derivada de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco, resultan las siguientes obligaciones para el Poder Judicial como parte del Estado Mexicano:

- a) Los jueces deberán realizar un control de convencionalidad *ex officio* , en un modelo de control difuso de Constitucionalidad.
- b) Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos.
- c) El Poder judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco.²⁸⁹

Para efectos de este trabajo únicamente nos ocuparemos del control de convencionalidad *ex officio*, a que se refiere el apartado a).

El control de Constitucionalidad se ha ejercido en México de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal, mediante los mecanismos de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad, esto derivado de una interpretación jurisdiccional de los siguientes rubros: “control judicial de la Constitución, es atribución exclusiva

²⁸⁹ Expediente Varios 912/2010. Suprema Corte de Justicia de la Nación, p.28.

del Poder Judicial de la Federación”, “control difuso de la Constitucionalidad de normas generales”. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución, jurisprudencias que con motivo de la reforma Constitucional de 10 de junio de 2011, el Pleno de la Suprema Corte determino dejar sin efectos al emitir en diciembre de 2011 la tesis titulada “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”, en la que admite que de acuerdo a lo previsto en el artículo 1º Constitucional todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias se encuentran obligadas a velar no solo por los Derechos Humanos contenidos en la Constitución Federal, sino por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al Derecho Humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*.

Al realizar este control de convencionalidad *ex officio*, los jueces del ámbito estatal no pueden hacer una declaración general sobre la validez o excusar del orden jurídico las normas que considere contrarias a los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados, pero si están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a los contenidos en la Constitución y de los Tratados en esta materia.

El mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio*, en materia de Derechos Humanos, debe ser acorde con el modelo general de control establecido en la Constitución. La Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente Varios 912/2010 deo de manifiesto su temor de que los jueces locales se extralimitaran el realizar el control de convencionalidad *es officio*, de tal manera que en la misma resolución determino parámetros de análisis que deben de observar los jueces del País, los cuales son:

1. 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;

2. 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. Así mismo establecen tres pasos para llevar a cabo la interpretación por los jueces:

- a) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país al igual que 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. Consiste en que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de Constitucionalidad de las Leyes, preferir aquellas que hacen 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.
- 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 primicia y aplicación efectiva de los Derechos Humanos, establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.²⁹⁰

De esta manera, el control de Constitucionalidad en el Orden Mexicano, se ejerce en primer término el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control de acciones de inconstitucionalidad,

²⁹⁰ Ibidem, p. 33

controversias Constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término el control por parte del resto de los jueces del País, en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

Finalmente, el párrafo segundo del artículo 1° Constitucional establece “las normas relativas de los Derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Esta disposición prevé un mandato interpretativo en materia de Derechos Humanos, antes de la reforma al citado artículo 1°. Constitucional de 10 de junio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación aplicaba un criterio o principio interpretativo específico de los Derechos Fundamentales de manera poco clara y aislada.

A partir de la reforma todas las autoridades del Estado Mexicano dentro del ámbito de su competencia deben de realizar esta técnica de interpretación en todos los asuntos relacionados con normas de Derechos Humanos, los jueces en los asuntos de sus competencia los legisladores y todo órgano de la administración pública deberán adecuar su actuación a la nueva pauta interpretativa de Derechos Humanos, ello coadyuvara a crear una practica sistemática y constante de dicha interpretación, ello constituye un deber y no una facultad.

Esta interpretación deberá realizarse no únicamente con los Derechos Humanos previstos en la Constitución o en Tratados Internacionales sino en toda norma sin importar su rango o jerarquía, este también incluye la aplicación e interpretación del Tratado que realice la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues la norma interpretada por dicho Tribunal adquiere el mismo grado de eficacia que el texto convencional por tratarse del único Órgano Jurisdiccional previsto en el Sistema Interamericano como competencia última y definitiva en la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos y sus protocolos.

El intérprete debe procurar una interpretación que permita “armonizar” la norma nacional y la internacional. Cuando el artículo Constitucional refiere que las normas de Derechos Humanos se interpretaran “de conformidad con” “esta Constitución y con los Tratados Internacional...” y entre las posibles interpretaciones conformes de armonización, el interprete deberá optar por la protección más amplia, cuando se presente una antinomia, lo que implica aplicar el principio *pro persona*, lo que significa una interpretación más estricta cuando se trate de restricciones o limitaciones a Derechos y Libertades.

Esta interpretación debe completarse aplicando los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, todo ello, para favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El párrafo tercero del citado artículo primero Constitucional también establece la obligación de todas las autoridades para promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos, por lo que la “interpretación conforme” debe considerar esta previsión para optimizar en todo momento “la protección más amplia”²⁹¹

Las bases para la aplicar los Derechos Humanos, para promover, respeta, proteger y garantizar los Derechos Humanos en México están dados, corresponde ahora al Poder Judicial tomar el papel de garante que la propia Constitución les confiere, será necesario para cumplir con esta postulado Constitucional la capacitación en materia de Derechos Humanos a las Autoridades Nacionales, tal como lo previo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Radilla.

5.4 AMPARO DIRECTO 517/2011. (CASO FLORENCE CASSEZ)

El presente caso refiere a una ciudadana francesa a la que se le imputo haber participado en un secuestro y fue sentenciada en primera instancia a 96 años de

²⁹¹ FERRER MAC GREGOR, Eduardo, Interpretación conforme, Biblioteca Jurídica Virtual, p.. 363 y ss.

prisión, y 2675 días de multa que equivale a \$ 195,190.00, interpuso el recurso de apelación ante el Juzgado Quinto de Distrito en Procesos Penales Federales en el Distrito Federal el Tribunal Unitario encargado de estudiar el recurso interpuesto absolvió a la apelante de la comisión del delito de secuestro al no poder establecer indiciariamente que la agraviada participo en el delito de estudio, también se le absolvió de la Portación de Arma de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea se confirmo la resolución apelada por el delito de Privación Ilegal de la Libertad en su modalidad de secuestro, portación y posesión de arma de uso exclusivo del ejército, armada o fuerza aérea y violación a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

El Tribunal Unitario que le toco conocer del asunto confirmo la acreditación de los ilícitos de secuestro, portación de arma de uso exclusivo del ejército, armada o fuerza aérea y violaciones a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, igualmente encontró acreditada la responsabilidad Penal de Florence Cassez, por los delitos antes señalados, este Tribunal modifico la pena impuesta a la quejosa en primera instancia reduciendo la Penalidad a 60 años de prisión e impuso una multa de \$6,400.00.

Contra dicha resolución se interpuso una demanda de amparo directo, calificando los conceptos de violación hechos valer por Florance Cassez, como infundados, inoperantes y fundados pero inoperantes e inatendibles y en consecuencia confirmo la sentencia impuesta.

Inconforme con tal determinación, Florence Cassez interpuso el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 07 de Marzo de 2011, siendo designado Ministro Ponente Arturo Zaldivar Lelo de Larrea, quien al realizar un estudio de los agravios hechos valer por la recurrente presento un proyecto de resolución en el cual proponía conceder el amparo y protección a Florence Marie Lousie Cassez Crepin en contra de la autoridad y el acto precisado en los antecedentes de la sentencia, en razón de haberse violado derechos fundamentales como resulta ser primero el Derecho Fundamental a la asistencia

consular, previsto en el artículo 36 párrafo primero, inciso b de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, y a la violación al mandato de puesta a disposición sin demora de un detenido, previsto en el párrafo quinto del artículo 16 Constitucional, así como la violación al Derecho de su presunción de inocencia, por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que produjo un efecto corruptor en la totalidad del proceso seguida en contra de Cassez Crepin, viciando tanto el procedimiento en sí mismo como sus resultados.

Dicha resolución fue presentada acorde con el contenido del artículo 1° Constitucional, párrafo segundo y tercero, que impone la obligación genérica para el Estado Mexicano orientada a buscar siempre y en todo momento una tutela efectiva de los derechos fundamentales de los gobernados, reconociéndose la imperiosa necesidad de adoptar las medidas que resulten necesarias para reparar íntegramente las violaciones cometidas contra dichos derechos, por lo que se ordenaba la inmediata y absoluta libertad de la recurrente.

Efectivamente la sentencia propuesta por el Ministro Zaldivar Lelo de Larrea es una clara muestra de la forma como debe interpretarse y aplicarse el artículo 1° Constitucional, al realizar la revisión de una sentencia y advertir violaciones a Derechos fundamentales pues el hecho de que un extranjero no cuente con asistencia consular vulnera el artículo 36 párrafo primero de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, que establece que los funcionarios consulares, así como los Nacionales del Estado que envía deberán tener libertad para comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos. Y que si el interesado lo solicita se deberá informar sin retraso alguno a la oficina consular, su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, por lo que al no darse cumplimiento a ello, se vulneran derechos fundamentales.

Lo mismo sucede cuando no se pone inmediatamente a disposición de la Autoridad Investigadora a una persona detenida, así lo establece el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Misma situación ocurre en el caso de que no se respete el Derecho de presunción de inocencia, previsto

en el artículo 20 Constitucional que una vez establecida en la Constitución ha dejado de ser un principio general de Derecho, para convertirse en un Derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata.

De lo anterior se advierte que el Ministerio Público realizó un control de convencional y control de Constitucionalidad *ex officio*, para arribar a la determinación de conceder el amparo y protección de la Justicia Federal a Florance Cassez, pues dichas violaciones violentaron el debido proceso, razón por lo que no era necesario adentrarse en el estudio de la culpabilidad de la quejosa.

Sin embargo, este proyecto al momento de su presentación ante los integrantes de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no alcanzó mayoría, razón por la que no fue aprobada y el asunto fue turnado para su resolución a otro Ministro.

El 23 de Enero de 2013 fue presentado para su resolución un proyecto diverso que proponía conceder el amparo y protección de la justicia Federal, para efecto de reponer el procedimiento en primera instancia, durante la discusión del proyecto el Ministro Ponente adoptó la postura propuesta por el Ministro Zaldivar y en consecuencia se concedió el amparo en los términos y razones que este planteó.

Aún y cuando la sociedad no vio con buenos ojos la decisión tomada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considero que la actuación de los Ministros resulta compatible con el Pacto de San José, pues era necesario analizar el caso sujeto a su jurisdicción a la luz de la propia normatividad interna y atendiendo a la Convención Americana de Derechos Humanos, a fin de realizar el ejercicio del control de convencionalidad, como ya ha quedado determinado en diversas resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como por ejemplo el caso Radilla, caso Cabrera García y Montiel Flores, en los que se ha establecido que los jueces y órganos vinculados a la

administración de justicia en todos los niveles, está en la obligación de ejercer *ex officio*, un “control de convencionalidad” entre las normas internas y al Convención Americana.

Decisiones como la anterior, son las que comprueban que México avanza hacia un Derecho Penal Democrático, en el que se respeten los Derechos Humanos de las personas a quienes se les sujeta a un Proceso Penal, y si bien que en ocasiones es necesario tomar decisiones que podrían calificarse como generadoras de impunidad, lo cierto es, que en la medida que todas las autoridades asuman su rol de garantes de los Derechos Humanos será posible enjuiciar con éxito a las personas a quienes se les impuso la comisión de un hecho delictuoso.

5.5 EL FUTURO DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO

En los últimos años se ha cuestionado el futuro del Derecho Penal, tanto mediato como inmediato. Se cuestiona la incierta crisis del Derecho Penal Moderno y de manera más profunda el Derecho punitivo actual; como menciona Morrillas Cueva: es necesario jerarquizar esas disfuncionalidades que trasladan de lo particular a lo general, por ejemplo, ¿Es el Sistema, como tal, el que está en debate o su concepto más tradicional?, ¿Su restringido ámbito territorial de aplicación está desfasado en su contexto económico, social y cultural, cada vez más globalizado, cada vez más internacionalizado?, ¿Su mecanismo estructural está débil frente al avance de las nuevas tecnologías?, ¿Es a veces desproporcionada utilización ocultadora de determinadas realidades infamantes para el Estado Democrático de Derecho?

Estas interrogantes necesariamente conducen al punto neurálgico de cuál es el futuro del Derecho Penal en la sociedad actual, ¿tiene realmente futuro el Derecho Penal?, si es así, ¿Cuál es ese futuro? No es fácil dar respuesta a esta pregunta pues influyen muchos factores que no hacen posible dar un pronóstico certero, sobre todo por la propia evolución de la Ciencia Penal y las transformaciones

inesperadas que se producen en la sociedad y en el ámbito político, pues todo ello influye en el orden punitivo.

Cierto es que resulta difícil pronosticar el futuro del Derecho Penal, por ser este una ciencia social; y que resulta más fácil hacer un pronóstico de las ciencias naturales porque en estas, los avances se dan de forma inicial, mientras que en la evolución social se produce de manera lógica, puesto que las posiciones y contraposiciones varían; sin embargo, es posible diseñar una respuesta coherente, aunque sea en grado mínimo, partiendo de la propia evolución político – criminal por donde transitan los avances y críticas al Derecho punitivo.²⁹²

La respuesta, desde mi punto de vista, es que el Derecho Penal tiene un futuro asegurado en razón de que cada que se presenta una alarma social, las circunstancias que lo generan inmediatamente son objeto de renovada atención penal, creando nuevos tipos penales ante la necesidad social de proteger los valores fundamentales de la sociedad, habitualmente útiles solo en el plano simbólico con efectos instrumentales y demagógicos; en ocasiones las nuevas disposiciones no son destinadas a una efectiva aplicación, ni en grado de desarrollar alguna función general preventiva, algunas veces, el Derecho Penal simbólico ni siquiera tiene una posibilidad concreta de aplicación, sin embargo, es innegable que este representa, al menos una cierta eficacia disuasiva.

También puede afirmarse que los cambios que se dan en la sociedad sobre nuevos riesgos, no pueden llevar a modificar el carácter del Derecho en un Estado de derecho, corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia establecer los límites que permitan seguir confiando en la vigencia de las garantías y derechos fundamentales.²⁹³

El Derecho Penal Moderno tiene la incongruencia de estar dirigido a intercambiar garantías por un afean de eficacia; el apasionamiento por la orientación del

²⁹² MORRILLAS CUEVA, Lorenzo, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-06-2002.

²⁹³ PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno*, 2007, p. 364.

sistema a la prevención, cuando que esta no es más que una meta secundaria de la justicia penal, se presenta más anticipada, más amplia cada vez en ciertos ámbitos tutelada por la búsqueda de eficacia, a través de procedimientos que fuerzan el sistema y afectan a caracteres básicos – humanistas, conformadores del modelo Penal en el Estado de Derecho.

Quienes defienden el Derecho Penal Moderno, sostienen finalmente la mayor eficacia de este frente al Derecho Administrativo Sancionador y frente a otros tipos de intervenciones jurídicas, aún y cuando, por una parte, queda evidenciado que un método alternativo es menos limitador de Derechos para el logro eficaz de las finalidades propuestas por el legislador, ante ello, la aplicación del principio de subsidiariedad hace posible arribar a conclusiones contrarias, pues en el moderno Derecho Penal las tendencias político-criminales-expansionistas, que lo caracterizan, amenazan con hacer de este instrumento de configuración de política social encargándole tareas que no le corresponden o que trasforman su carácter de *ultima ratio* dentro del conjunto de ramas y de mas instrumentos protectores de que dispone el ordenamiento jurídico, con la consecuente demora de los clásicos criterios limitadores del *ius puniendi*.²⁹⁴

En pro de una mayor eficacia o funcionalidad, la ciencia del Derecho Penal y la política criminal no pueda aceptar que las conquistas tradicionales humanistas más valiosas del Estado de Derecho sean sacrificadas simplemente en aras de una mayor eficacia y funcionalidad, necesitan comprobar que estas restricciones van a ser aceptadas si van a permitir alcanzar un resultado apropiado.

Roxin coincide con la permanencia del Derecho Penal al señalar que no es posible una supresión de este, puesto que todavía existirá dentro de 100 años, pues en cualquier tipo de Estado, el derecho penal es inevitable; para el Estado Penal Moderno y del futuro, el presupuesto del Estado Democrático y de Derecho es un eje necesario. Los cambios sociales repercutirán en las formas de aparición de la

²⁹⁴ Idem.

criminalidad, pero ello no cambia la existencia ni la necesidad del Derecho Penal, por lo tanto, se asegura su permanencia.

En realidad, el Derecho Penal es un producto del desarrollo cultural de los Estados, por lo tanto, debe tener como finalidad una protección progresiva y escalonada, coordinada y colectiva de aquellos bienes fundamentales para el desarrollo comunitario y para las libertades y derechos de todos los ciudadanos, destacando los estrictos marcos económicos para obtener un Derecho Penal de carácter internacional que haga frente de manera coherente a las nuevas formas de criminalidad que han de surgir de la expansión globalizadora.²⁹⁵

Como su nombre lo indica, el Derecho Penal del futuro es el derecho penal del mañana, el derecho penal del mañana, el derecho penal que será y que no es, el derecho penal que ante todo no debe dejar a un lado los Derechos y garantías de las personas.

Con base en ello puede afirmarse que resulta equivocado pretender que el Derecho Penal solucione los problemas del futuro, en primer lugar, porque no está legitimado para salvaguardar directamente al futuro, esta tarea solo puede realizarla por medio de la protección de las condiciones de libertad de los ciudadanos en la actualidad; en segundo lugar, no aumenta en nada la prevención de determinadas conductas lesivas, porque en realidad no son perseguidas y no se enlazan otros medios más adecuados para obtener su resolución. Aquí no estamos ante un Derecho Penal, Simbólico, sino en la realidad de un disimulo idealista, dado que no se utiliza el Derecho Penal o se hace de forma discursiva, por lo tanto, se emplea un ardid, que consiste en afirmar que el cumplimiento del objetivo de solucionar ese conflicto social, es inalcanzable.

La poca capacidad del Derecho Penal para enfrenar los nuevos riesgos de la sociedad deja sin justificación el quebramiento que la política criminal moderna

²⁹⁵ MORRILLAS CUEVAS, Lorenzo, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 04-06-2002., *Op. cit.*, p. 20.

hace del Derecho Penal Garantista, ya que los principios típicos de adjudicación de la responsabilidad pueden quedar modificados de forma permanente y no solo transitoria o excepcionalmente. Si a esta crisis de efectividad se le aúna la de legitimidad, el fracaso del derecho penal resulta incuestionable. Además, la política criminal moderna es insuficiente para prevenir eficazmente las conductas que le preocupan, por lo que termina utilizando el Derecho Penal como un instrumento, dándole una función meramente educadora, que lo llevan a caer en el Derecho Penal Simbólico y a una descomposición del mismo en un Estado de Derecho.²⁹⁶

Evidentemente que el Derecho Penal en el futuro debe permanecer para proteger los valores fundamentales de la sociedad, sustentados en el Estado Democrático de Derecho, pues desde luego que el fenómeno de la globalización no está concluido puesto que es un proceso de transformación continuo al cual el Derecho Penal tendrá que atender, pero siempre buscando una mejor protección de los Derechos humanos y no una vulneración de los mismos.

La globalización conduce a una mejor y mayor protección de los Derechos humanos que se presentan en este siglo como una interrogante, en ningún caso, como una certeza, situación que se incrementa al relacionarse con el Derecho Penal, si el mercado mundial propuesto por la globalización no es la panacea de la igualdad, la política criminal de los Derechos Humanos tampoco se siente afectada ante el hecho de que se pueden señalar intereses que afectan a los Derechos humanos y privilegian el Sistema Penal de la Globalización y otros a los cuales relega. Se presenta así una dicotomía expansionismo – desregulación que es necesario concretizar.

La globalización política y económica puede conducir a una contradicción extrema, por una parte, los afanes expansionistas de un Derecho Penal al servicio de los intereses de las nuevas formulas del mercado y por otro lado, un proceso de vaciado de los contenidos de las normas punitivas.

²⁹⁶ PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Op. cit.*, p. 371

El primer caso se refiere a que para atender los programas políticos y económicos derivados de la globalización, se utiliza al Derecho Penal mas allá de su función primaria protectora de bienes jurídicos esenciales con ruptura de las garantías inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, que una a una criminalización excesiva de determinadas conductas y aun irreflexivo aumento de las consecuencias derivadas del delito.

En el segundo caso, se manifiesta la incidencia globalizadora en la despenalización de las conductas, este se relaciona fundamentalmente con políticas económicas, donde se dota al Derecho Penal de una mera función simbólica que impacta el principio de intervención mínima del Derecho Punitivo para colocarse en ejes de inhibición que llevan a un evidente e interesada desregulación penal, con este se presenta una doble orientación político criminal del Derecho Penal de la Globalización: a) su ausencia en el área de libre mercado; y b) rígida intervención, cuando sea necesario, para la tranquilidad del citado mercado.

El Derecho Penal del Futuro que enfrente esta situación no debe de abandonar el principio de intervención mínima, sin que ello signifique caer en un excesivo simbolismo, sin dejar de atender la criminalización de nuevas formas de delincuencia, siempre bajo la cobertura del absoluto respeto a los principios delimitadores del Moderno Derecho Penal, entre los que se encuentra el carácter de la *ultima ratio*. Penalización – despenalización, con mayor incidencia en esta última, son las directrices que han de conformar el acontecer del Derecho Punitivo en los aspectos más positivos de la globalización y rechazando los más negativos.

Cuando se expone la crisis del Derecho Penal, también se plantea la crisis de la legitimación política de la pena, se ha planteado como un mal necesario y su carácter de *extrema ratio de la última ratio* no disipa el problema de la crisis.²⁹⁷

²⁹⁷ Morrillas Cueva, Lorenzo, *Revista electrónica de Ciencia Op. cit.*, p.p. 22-23.

Considero que es necesario seguir utilizando sus contenidos, pero desde otras dimensiones, debe replantearse la posibilidad de que las penas sean menos severas, de menor duración, a pesar de que la tendencia actual es contraria a esto, para afrontar problemas coyunturales es necesario implementar otras penas y medidas de seguridad o de otras consecuencias del delito, emplear para ciertos delitos alternativas con origen más que en lo coercitivo, en la libre voluntad del propio delincuente, se ahondara en los sustitutivos penales, como una opción benéfica para el delincuente y para la propia sociedad.

El Derecho Penal del Futuro deberá dar otro tipo de respuesta a la criminalidad o a los problemas delincuenciales o de controles sociales o del Derecho de los Delincuentes o de las víctimas, esto no significa que las sanciones desaparecerán, pero el órgano jurisdiccional se preocupara menos por las sanciones y se ocupara mas de formular regulaciones de los conflictos; regulaciones poco desvalorizantes, poco estigmatizadoras de la persona, pero fundamentalmente se preocupara de reestructurar a la sociedad disminuyendo las exageradas desigualdades económicas, las irritantes injusticias sociales, los abusos políticos, más que a reeducar o reinsertar al delincuente.

El Derecho Penal resulta ser un instrumento al servicio de la política criminal, que es una parte de la política general del Estado, en consecuencia, lo convierte en un instrumento político.

Existe también una postura defendida por Bakunin, entre otros, que expresa la más absoluta negación del Derecho Penal, del derecho en general y de la propia sociedad, esta es defendida por los tradicionales anarquistas puros o históricos, que hacen énfasis en la supresión del Derecho Penal, para quienes la sociedad se debe constituir sin autoridad alguna, sin más normas que la educación de la propia personalidad y de la solidaridad innata y espontanea, en un sistema comunista, el Estado será abolido y el derecho liquidado.

De todo lo anterior concuerdo con Pérez Cepeda cuando señala que no es adecuado justificar la supresión de los principios de imputación, cuando de antemano se sabe que el derecho penal no va a ayudar a solucionar la existencia de graves problemas reales, sobre todo si se trata de instituir al Derecho Penal como medio de seguridad de las generaciones futuras, tampoco se puede admitirla disminución de la protección de los Derechos y garantías en todo el Derecho Penal, aunque si se pueden aceptar excepciones para enfrentar alguno de los problemas de la modernidad, ante los riesgos tecnológicos, económicos o de delincuencia organizada, pero siempre con una razonable tolerancia, lo que no es aceptable que se realicen sin límites o controles criminalizando la sola sospecha, así, en los delitos de peligro abstracto, si se trata de un peligro grave y colectivo, debe requerirse la peligrosidad del acto, desde una perspectiva *ex ante* que desde el momento de la realización de la conducta aparezca como probable, no precisamente matemática, la lesión del bien jurídico. Por tanto, no solo se requiere la contravención de la norma extrapenal, sino que es necesaria la imputación de un peligro abstracto definido en el tipo que demanda la concurrencia de pruebas periciales que establezcan esa probabilidad.

Soy positivo en el futuro del Derecho Penal en México, al considerar que las recientes Reformas Constitucionales de 2008 y 2011 permitirán establecer un Sistema de Justicia Penal acorde a un Derecho Penal Democrático, esto se logra en la medida en que los órganos encargados de administrar la justicia adopten las medidas que garanticen la aplicación efectiva de los Derechos Humanos; es necesario construir un orden de convencionalidad que permita analizar la legislación interna con la convencional para resolver su contrariedad o no para efectos de su no aplicación, en aras de proteger los derechos humanos del justiciable. A medida de que esta labor se desarrolle, iremos constituyendo el Derecho Penal democrático del futuro en nuestro País.

CONCLUSIONES

1. Podemos afirmar que un Estado Democrático tiene como limite el respeto a los Derechos Humanos y es ello lo que genera la legalidad al Gobierno, sus acciones tienen que generar el bien común, y que el quehacer fundamental de este tipo de Estado, radica en garantizar el desarrollo de los ciudadanos en un marco de seguridad y libertades, por tanto, tienen la compleja tarea de encontrar un equilibrio entre ser eficaces para mantener la seguridad de los ciudadanos y al mismo tiempo estar sometidos a la Ley.

Es así, que, la reciente reforma Constitucional publicada el 18 de Junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación y a la que nos hemos referido en este trabajo, pretende dar vigencia plena a las garantías individuales y Derechos Humanos que consagra la Constitución y brindar la seguridad debida, a personas y propiedades, y tiene como objetivo ajustar el Sistema de Justicia a los principios de un Estado Democrático, sin embargo, establece restricciones de garantías procesales en casos de delincuencia organizada, que corresponden al Derecho Penal del Enemigo y que si bien no corresponde al Sistema Acusatorio, se justifica dada la situación de violencia que aqueja a nuestro país, esperamos que se trate de una medida de emergencia y que llegado el momento se eliminen de la Codificación Penal a fin de que rijan plenamente el Sistema Acusatorio.

Confirma esta reforma, el avance hacia un Derecho Penal Democrático, como se planteó en la hipótesis de este trabajo, misma que fuera publicada el 10 de Junio de 2011, y trae aparejada transformaciones sustantivas que implementen nuevos estándares de Derechos Humanos y

cambios también operativos que enriquecen los mecanismos de garantía de los Derechos, de tal manera que existan los canales y posibilidades de ser exigidos y respetados adecuadamente, e imponen a las autoridades judiciales la obligación de aplicar *ex officio*, el control de convencionalidad y Constitucionalidad, a fin de proteger adecuadamente los Derechos fundamentales de los ciudadanos.

Era necesaria esta última reforma porque la Constitución no había podido establecer un verdadero límite al Derecho Penal en virtud de que a las Leyes y a la Constitución se le reforma desde el propio Estado y sólo puede responderse con éxito a las nuevas modalidades de delincuencia cuando se crean normas que garantizan Derechos Fundamentales sobre cualquier otra fuente, como sucedió con esta reforma que armoniza la Constitución con compromisos que México ha asumido con la firma de tratados internacionales, y que ahora forman parte del Derecho Constitucional interno, cuyo origen fueron las sentencias emitidas por la Comisión Americana de Derechos Humanos, de manera especial la conocida como caso “Radilla”.

2. Un Estado Democrático de Derecho, que en ejercicio de sus facultades pone en primer plano la seguridad de sus ciudadanos, adopta medidas eficaces que tienden a la prevención del delito, a la persecución del delincuente y su consiguiente reinserción social, así como a la protección en primer plano, de la víctima. Lo que corresponde a un Sistema de Justicia propio de un Estado Democrático al ser respetuoso de los Derechos Humanos de sus ciudadanos, al mismo tiempo que establece límites precisos al ejercicio del *ius puniendi* , para ello, es necesario que las personas estén conscientes de sus derechos y los hagan valer a través de los medios que el propio Sistema Penal establece.

3. La sociedad actual se encuentra sujeta a un fenómeno de globalización que aparece en un contexto económico acelerado y por la aparición de avances tecnológicos, que tienen inferencia directa en un incremento de la inseguridad ciudadana en razón de que los riesgos a que nos encontramos expuestos dependen del actuar de otros ciudadanos, por el uso de técnicas de la industria y la tecnología, lo que conlleva a una demanda de creación de tipos penales para proteger a la sociedad de los nuevos riesgos, lo que se traduce en una expansión del Derecho Penal y en otros casos en el aumento de penas que llevan a la creación de un Derecho Penal Simbólico, lo que convierte gradualmente al Derecho Penal en un instrumento político protector de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto, este Derecho Penal corresponde al de la inseguridad global y de una sociedad del riesgo que no cumple la labor de una política criminal y disminuye la confianza de la población en la administración de justicia.

Si bien para Jakobs, el fin del Derecho Penal es la protección de la vigencia de la norma, porque las personas se encuentran vinculadas a través de normas, se dirigen a ella la expectativa de que su conducta será conforme a la norma (expectativa normativa) y en caso de defraudarla se mantiene la expectativa con la aplicación de la norma se trata pues, de una función de garantía de la identidad normativa de la sociedad.

Según él, todo delito supone un quebrantamiento de la norma, esto es, se rompe la expectativa normativa, lesiona la validez del Derecho y la imposición de una pena al agresor. El Derecho Penal pretende, en consecuencia, que sus normas sigan vigentes que sean validas, que desarrollen sus efectos. Los hechos que quebrantan las normas requieren de un modo contra factico de aseguramiento que reafirme la validez real de la norma. Afirma Jakobs que con esto se dispensa medianamente la tutela penal a los bienes jurídicos protegidos. De tal manera que el delito

se concibe “como afirmación que contradice la norma y la pena como respuesta que confirma la norma”. El Derecho Penal entonces pretende que sus normas sigan vigentes ante toda la sociedad, que sean válidas, que desarrollán sus efectos.

Contrario a lo que señalaba Jakobs, considero que el desarrollo penal protege bienes jurídicos, ya que la sociedad determina qué bienes son dignos de protección de Derecho Penal, es decir, para señalar que un objeto o interés es un bien jurídico, es necesario expresar sobre él, un juicio de valor, de tal manera que cuando se determina un bien jurídico es porque tutela está justificada. Y bien existe previo a la norma penal, razón por la que afirmó que el Derecho protege bienes jurídicos, y no la protección de la norma, puesto que la norma es posterior a la creación de los bienes jurídicos. Y Jakobs al referirse a la vigencia de la norma lo relaciona con la función de la pena y no con la función del Derecho Penal.

4. El Derecho Penal está siendo utilizado como un instrumento didáctico con el fin de sensibilizar a las personas en relación con determinados contenidos protegidos por el propio Derecho Penal, por tanto, se convierte en una valoración y un fin en el mismo, por la propia prevención general, lo que resulta contrario al fin del Derecho Penal, que es la protección de bienes jurídicos, y no desempeñar una función pedagógica o educativa, el Derecho no está para educar al ciudadano sino para limitarse a procurar la protección de los bienes jurídicos, considerados esenciales por la sociedad, pues de lo contrario se vulnera el principio de intervención mínima, erigiéndose como una garantía frente al poder punitivo del Estado, principio por el que derivan los caracteres de subsidiariedad o *ultima ratio* y fragmentariedad del Derecho Penal. Es importante recordar que en un régimen democrático, sólo se justifica la intervención estatal cuando resulta necesaria para el mantenimiento de su organización política.

5. Para que el Derecho Penal sea eficaz, esto es logre sus objetivos es necesario que retome su posición de *ultima ratio*, que se convierta en un instrumento de reacción frente a los ataques más violentos contra los bienes jurídicos más relevantes y en consecuencia, se proceda a la despenalización de aquellos tipos penales que no cumplen con tal requisito; y que partiendo del carácter subsidiario del Derecho Penal se opte por ser atendidos en otras ramas del Derecho, como bien podría ser un Derecho Administrativo Sancionador, que se implante con las mismas garantías que se observan en el Derecho Penal.

6. Es necesario buscar otras alternativas diversas al Derecho Penal, para enfrentar los riesgos globales, a fin de no asignar a este Derecho, tareas que no puede cumplir por no corresponder a su ámbito de protección, lo que conlleva a una mayor deslegitimación del Sistema Penal, pues se hace creer a la sociedad que el Derecho Penal dará solución a problemas que luego no se corresponden con la realidad, pues con decisiones político – criminales y racionales se atiende las demandas de seguridad de la población, lo que conlleva a la expansión del Derecho Penal, creando nuevos tipos penales o incrementando penas a fin de dar respuesta a la demanda social.

En muchos casos, la violencia puede ser prevenida, para ello se requiere identificar los factores de riesgo a través de estudios de campo, para así realizar una prelación de los mismos, resultando importante identificar los grupos sociales de riesgo, esto es, tanto los agresores como las víctimas, contando con lo anterior es posible establecer estrategias de intervención a partir del factor de riesgo, así como de los grupos de riesgo, seguidamente se deberá realizar una evaluación de estos para poder establecer las acciones a seguir que no necesariamente serán incrementar los tipos penales, sino formular políticas públicas para la

prevención de la violencia. Entendida ésta, como el conjunto articulado de acciones desarrollado por organizaciones del Estado y de la Sociedad Civil para trabajar mancomunadamente por un objetivo común.

En esta área, la prevención debe enfocarse a promover la comunicación entre las instituciones y sectores de la sociedad para que se enfoquen a la atención de las causas y el impacto de la violencia generadora de delitos, pues cada disciplina y profesión tiene su propio programa para abordar el problema, y en muchas de las ocasiones esas directrices no coinciden, por lo que no se avanza en su objetivo.

Considero, que la educación es una herramienta útil para atender la realidad social, cultural, jurídica y económica de los sectores marginados a los que se envía su acción, para el fortalecimiento de los factores de protección en la disminución de los factores de riesgo y para la instrucción de agentes de prevención a nivel comunitario. Educación que debe impartirse no sólo en las instituciones educativas, sino iniciando desde el núcleo familiar.

Otro factor importante son los niveles masivos de control de la comunicación especialmente la televisión, que puede contribuir a neutralizar estándares culturales, promotoras de violencia, así como evitar estereotipos negativos y la estigmatización de grupos marginados, que representan en los jóvenes modelos a imitar.

7. El actual Sistema de Justicia Penal no tiene capacidad de respuesta para los legítimos intereses de la víctima ni tampoco a las demandas de la sociedad que exige mayor seguridad, por lo que es necesario conocer cuál es el interés real de los ciudadanos cuando acuden a la Representación Social de Justicia a interponer sus denuncias, la respuesta indudablemente será que el interés radica en el resarcimiento del daño

ocasionado, lo que abre la posibilidad de acudir a los medios alternativos de resolución de conflictos, para dar una pronta solución a la víctima, esta situación ha sido percibida por los legisladores, ya que así lo podemos observar en la exposición de motivos de la Reforma Constitucional de Junio de 2008.

Y así recomponer el orden social quebrantando por medio de la restitución y no de la pena de prisión.

En materia de justicia de adolescentes, en la cual desde 2006 se han aplicado los medios de resolución de conflictos en materia penal, hemos obtenido resultados satisfactorios, es por ello que confiamos en su aplicación en el nuevo Sistema de Justicia Penal, que en el término máximo de ocho años entrará en vigor en todo el país y que puede resultar mucho más eficaz para la protección de los Derechos de las Víctimas que el actual Sistema que sólo acude a la acción penal como medio para obtener una respuesta favorable a los intereses de la víctima, pero lo más importante, desde mi muy particular punto de vista, es que con la aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos, se reduce la intervención del Estado al mínimo posible en la solución de controversias. Además, con la terminación anticipada del proceso penal, se obtendrá una solución más rápida a la demanda de justicia de las víctimas.

8. Es cierto que la creación de nuevos tipos penales es prudente para estabilizar determinados sectores de la sociedad como, por ejemplo: el económico, el medio ambiente y evitar el crecimiento del narcotráfico, pero lo que no resulta sensato es aplicar sanciones penales desproporcionadas por cualquier conducta que se relacione con los temas anteriores y de las

cuales no pueda afirmarse que los lesionen de una manera penalmente relevante.

Así, el Derecho Penal, en las últimas décadas, ha instituido una política de criminalización de hechos, que dejan de manifiesto su carácter expansionista, que se expone en las partes especiales de los Códigos Penales, así como de las legislaciones especiales, ya que amplía los tipos penales existentes y crea nuevos tipos para proteger bienes jurídicos universales, para lo cual utiliza una técnica legislativa que castiga por una conducta que no sólo ha lesionado, sino que tampoco ha puesto a nadie en peligro concreto.

Con ello se da un adelantamiento al Derecho Penal y se legitiman penas excesivas y excepcionales que contradicen Derechos Fundamentales.

Otra problemática que acarrea la protección de estos bienes jurídicos es que la punibilidad está condicionada solamente a la prueba de una conducta peligrosa sin que se requiera una víctima, un daño y causalidad de la acción respecto a ese daño; lo que se traduce en la reducción de los presupuestos del castigo y también provoca la disminución de los medios de defensa, que se presentan ante los conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales.

9. Ante la reforma relativa a los Derechos Humanos, los Jueces Mexicanos enfrentan un nuevo reto. Desempeñar el rol que la Constitución les exige, ser garantes de los Derechos Humanos y para ello, los dota de facultades, como son realizar el control de Constitucionalidad, el control de Facultades y el control de Convencionalidad *ex officio*, estas disposiciones contienen objetivos diferentes el primero afirma la supremacía de la Constitución nacional y el segundo la del Pacto de San José de Costa

Rica y demás instrumentos internacionales que contengan Derechos Humanos, aunque tienen en común manejar un mismo argumento la invalidez de la norma inferior que se opone a la superior.

Esto es, cuando entren en contradicción una Ley y la Constitución, el resultado es evidente, subsiste la Ley Superior. Y en el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana u otro instrumento internacional sobre Derechos Humanos, el asunto se torna más discutido, pero el Estado debe cumplir con la convención, sin que pueda alegar su Constitución para incumplir al Pacto, esto significa que el Pacto se encuentra por encima de la Constitución.

En estos momentos aún se empiezan a dar los primeros pasos en esta materia y por lo tanto, no es posible realizar una valorización sobre la actividad jurisdiccional a este respecto, ni tampoco en cuanto al resultado de la aplicación del nuevo Sistema de Justicia Penal, en razón de que aun no se encuentra vigente en todo el territorio nacional, ya que por disposición Constitucional esto será hasta el año 2016, y al resultar estos los dos pilares que me permiten afirmar que México avanza hacia un Derecho Penal Democrático resulta esta evaluación una tarea pendiente por realizar.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁZQUEZ, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo, El discurso Penal de la exclusión*; Vol. I, Edisofer, B de F, Argentina, 2006.

ABOSO, Gustavo Eduardo, *Derecho Penal del Enemigo, El discurso Penal de la exclusión*; Vol. I. Edisofer, B de F, Argentina, 2006.

ALCACER GUIRAO, Rafael, *Los Fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política* Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2004.

ALLER, Germán, *Derecho Penal del Enemigo y la Sociedad del conflicto. Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la exclusión*, Vol. I. Edisofer, B de F, Argentina, 2006.

AMBOS, Kai; CANCIO, MELIA; et alii, *Derecho Penal del Enemigo, El discurso Penal de la exclusión*; Vol. I. Edisofer, B de F, Argentina, 2006.

APONTE, Alejandro; CANCIO Meliá, et alii, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la exclusión*; Vol. I. Edisofer, B de F, Argentina, 2006.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi, *jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, IIJ, UNAM, México, 2005.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª, Hammurabi, España, 1999.

-----, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Argentina, 1999.

BAJO FERNANDEZ, Miguel, *La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico*, Ara Editores, Perú, 2002.

BARDALES LAZCANO, Erika, *Guía para el Estudio de la Reforma Penal en México*, 2º, MaGister Publicaciones de Derecho Penal, México, 2008.

BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Siglo XXI de España Editores, España, 2003.

BAYTELMAN A, Andrés; DUCE J, Mauricio, *Litigación Penal, juicio oral y prueba*, INACIPE, México, s/f.

BECK, Ulrich, *La Sociedad del Registro. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, España, 1998.

BOBBIO, Norberto, *Fundamento y Futuro de la Democracia*, Edeval, Chile, 1990.

BORJON NIETO, José Jesús, *Cooperación internacional contra la delincuencia organizada transnacional*, INACIPE, México, 2005.

BUSCAGLIA, Edgardo; González Ruiz, Samuel, *Reflexiones en Torno a la Delincuencia Organizada*, INACIPE, México, 2005.

BUSTONES RAMÍREZ, Juan, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Jurídica Cono Sur, Chile, 1994.

CANCIO MELIA; GÒMEZ-JARA DIEZ, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la exclusión*, Vol. L, Edisofer, B de F, Argentina, 2006.

CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México art. 4º*, Instituto de Investigación de Derechos Humanos de la UNAM, México, 2004.

CARBONELL, Miguel, *Una Historia de los Derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2005

CARBONELL, Miguel; FERRAJOLI, Luigi, *Neoconstitucionalismo (s)*, 4ª, Trotta, España, 2009.

CARBONELL, Miguel; Robert Alexi, *Neoconstitucionalismo (s)*, 4ª, Trotta, España, 2009.

CARBONELL, Miguel; PRIETO SANCHIS, Luis, *Neoconstitucionalismo (s)*, 4ª, Trotta, España

CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 162ª, Porrúa, México, 2010.

CARO JOHN, José Antonio, *Derecho Penal del Enemigo: Garantía Estatal de una "Libertad real" del Ciudadano. Una Glosa a Miguel Polaino-Orts*, CESEJ- Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, No. 91,2007.

CERDA LUGO, Jesús, *Delincuencia Organizada*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 2000.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTON, Tomas S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª, Tirant lo Blanch, España, 1999.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Sociedad del riesgo y Derecho Penal. Nuevas tendencias del Derecho Penal económico y de la empresa*, Ara Editores, Perú 2005.

DIEZ RIPOLLES, José Luis, *La Racionalidad de las Leyes Penales*, Trotta, España, 2003.

-----, *La Política Criminal en la Encrucijada*, Editorial B. DF Montevideo-Buenos Aires, 2007.

EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis, FUENTES CERDAN, Omar; PASTRANA BERDEJO, Juan David; BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *Arraigo y Prisión Preventiva*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010.

ESER, Albin – HASSEMER, Winfried-Burkhardt, Björn.- *La ciencia del Derecho Penal ante el cambio de milenio*, Trad. Carmen Gómez Rivero, Francisco Muñoz Conde, España, 2004.

FARMACODEPENDENCIA, *Narcomenudeo y Narcotráfico*, Gobierno Federal, PGR, INACIPE, México, Mayo. 2010.

FERNÁNDEZ MÉNDEZ, Jorge; Ronquillo, Víctor, *De los Maras a los Zetas*, Grijalbo, México, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del gigantismo Penal*, 6ª, Trotta, España, 2004.

-----, *Derechos y Garantías*, Trotta, España. 2009

-----, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, España, 2004.

-----, *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2001.

-----, *La Ley del más débil*, Trotta, España, 2009.

GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 6ª, Tirant lo Blanch, España, 2004.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, 3ª, Themis, Colombia, 2004.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Criminalia*, N° 2, año LXII, Porrúa, México, mayo-agosto, 1996.

----- *La Reforma Penal Constitucional*, México, Porrúa, 2008.

GIMBERNAT, O. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico Penal? Material proporcionado por el Simón Herrera Bazán.*

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El Sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, INACIPE, México, 2008.

GÓMEZ DEL CAMPO DIAZ BARREIRO, Bernardo, *La Delincuencia Organizada. Una Propuesta de Combate*, México, Porrúa, 2006.

GONZALEZ RUIZ, Samuel, MENDIETA J. Ernesto, BUSCAGLIA, Edgardo, *El Sistema de justicia Penal y su reforma. Teoría y Practica*, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A. C.

GRACIA MARTÍN, Luis, *Sobre la negación de la condición de la persona como paradigma del Derecho Penal del Enemigo. Derecho Penal del Enemigo, El discurso Penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer; B de F, Argentina, 20006.

GRACIA, Martín. Derecho Penal contemporáneo, Legis.

GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La Delincuencia Organizada*, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, México, 2001.

HANS-JÓRG, Albrecht. Traducción de Osear Julián Guerrero Peralta. *Criminalidad transnacional comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2004.

HASSEMER, Winfried, *Por que no debe suprimirse el Derecho Penal*, INACIPE, México, 2003.

-----, *Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos*, en varios autos "Pena y Estado", Jurídica Conosur, Chile, 1995.

HERRERA BAZAR, Simón Pablo, *La Imputación Objetiva en el juicio de tipicidad*, México, 2005.

JAKOBS, Günter, *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, 2003.

-----, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-Penal*, Ángel Editores, México, 2003.

-----, *La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente*, Trad. De Teresa Manso Porto, Universidad de Bonn; Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2004.

-----, *Los Desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI*, Ara Editores, Perú, 2005.

-----, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-Penal*, Trad. Manuel Cancio Melia; Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004.

-----, *El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007.

-----, ¿terroristas como personas en Derecho? Derecho Penal del enemigo, El discurso Penal de la exclusión, Cancio Meliá, Gómez-Jara Diez (coordinadores), Volumen II, B de F, Argentina, 2006.

JAKOBS-POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2006.

JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4^a, Gomares, España, 1993.

LASCANO, Carlos Julio, *et alii, Derecho Penal. Parte General: Libro de Estudio*, Advocatus, Argentina, 2002.

MARQUEZ PIÑERO, *Globalización e Internacionalización del Derecho Penal*, México, CEPOLCRIM, 2003.

MARTÍNEZ VENTURA, Jaime; GARCIA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Tomo I, Temis, Colombia, 2004.

MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Delincuencia Global*, M.E.L. Editor, Argentina, 2005.

MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, España, 2001.

MIR PUIG, Santiago, *Globalización, Estado Constitucional y Derecho Penal. Globalización e Internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, CEPOLCRIM, México, 2003.

-----, *Derecho Penal. Parte General, 7^a*, B de F, Argentina, 2004.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Política Criminal y Reforma Penal, Ius Poenale*, México, 1999.

-----, *Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México*, CEPOLCRIM, México, 1999.

-----, *Globalización e Internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y Dogmática*, CEPOLCRIM, México, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Hammurabi, Argentina, 2005.

-----, *Introducción al Derecho Penal, B de F, Argentina, 2003.*

-----, *Las Reformas de la parte especial del Derecho Penal español*, N° 3, Iustel, España, Mayo, 2005.

-----, *El Derecho Penal del Enemigo*, INACIPE, México, 2003.

-----, El nuevo Derecho Penal autoritario. Consideraciones sobre el llamado "Derecho Penal del enemigo". Ponencia publicada en el Libro de Homenaje a Claus Roxin.

-----, La influencia de la ciencia Penal alemana en Iberoamérica, Tomo I, INACIPE, México, 2003.

-----, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª, B de F, Argentina, 2003.

-----, *Teoría General del Delito*, 2ª, Temis, Colombia, 2004.

MUÑOZ ROCHA, Carlos I, *Teoría del Derecho*, Oxford, México, 2006.

PARMA, Carlos, *Derecho Penal posmoderno*, Ara Editores, Perú, 2005.

PEREA RESTREPO, Carlos Mario, "Pandillas en México", *Informes de Investigación, Red Transnacional de Análisis sobre Maras y Pandillas*, 2006.

PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno*, Iustel, España, 2007.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, Porrúa, México, 2001.

REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal Económico*, Ángel Editor, 2004.

RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de, *Función y aplicación de la pena*, Desalma, Argentina, 1993.

RIVERA BEIRA, Iñaki; NICOLAS LAZO, Gemma, *Política Criminal y Sistema Penal*, Anthropos, España, 2005.

RIVERA LLANO, Abelardo, *Derecho Penal Postmoderno*, Temis, Colombia, 2005.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Internacionalización del crimen y Política Criminal. Globalización e Internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, CEPOLCRIM, México, 2003.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia. Cuaderno de Divulgación de la Cultura Democrática*, N° 12, Instituto Federal Electoral, México, 2008.

ROEMER, Andres, *Economía del Crimen*, Limusa, México.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Trad. Thomson, Civitas, España, 2006.

-----, *Derecho Procesal Penal*, Argentina, Del Puerto, 2000.

-----, *Manuel de Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Ángel Editores, México, 1988.

-----, *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el procedimiento Penal*, Tirant lo Blanch; Alternativa, España, 2000.

SALAS CHÁVEZ, Gustavo R., *El Sistema Penal Mexicano*, Porrúa, México, 2010.

SALAZAR, Luis; GARCIA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Tomo I, Temis, 2004.

SANDOVAL DELGADO, Emilio, *Análisis a la Ley contra la Delincuencia Organizada del Estado de Jalisco*, Ángel Editor, México, 2005.

SCHONE, WOLFGANG, *La Reforma del Orden Jurídico-Penal Estado y Desafíos. Estado de Derecho y Orden Jurídico-Penal*, Bibliográfica Jurídica Paraguay; Centro de Ciencias Penales y Política Criminal. Paraguay, 2006.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *El papel de los delitos de cuello blanco en los paradigmas antiempíricos*, Ara Editores, Perú, 2005.

-----, *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*, s. edit., s. l. de edic., s.f.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, José María Bosch Editor, España, 1992.

-----, *Los indeseados como enemigos: La exclusión de seres humanos del status personae. Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, B de F, Argentina, 2006.

-----, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª, B de F, Argentina, 2006.

-----, *¿Pertenenencia o Intervención? Del delito de "pertenencia a una organización criminal" a la figura de la "Participación a través de organización" en el delito.*

-----, *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI*, Ara Editores, Perú, 2005.

-----, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, España, 1999.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, (ES EL LEGISLADOR) *Reformas Constitucionales en materia de amparo y Derechos humanos, junio, 2011.*

YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *La Transformación de la legalidad Penal como desafío del nuevo siglo. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI*, Ara Editores, Perú, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Política Criminal Latinoamericana*, Hammurabi, Argentina, 1982.

----- *El enemigo en el Derecho Penal*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2006.

-----; ALAGIA, Alejandro; *et alii*, *Derecho Penal. Parte General*, Porrúa, México, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley Derechos y Justicia*, Trotta, España, 1997.

ZALAZAR, Pablo A., *Bien Jurídico, Derecho Penal y Política Criminal*, XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Sede Córdoba, Argentina, 2003.

ZAMORA PIERCE, Jesús, *La Procuración de Justicia; Problemas, retos y perspectivas*, Procuraduría General de la República, 1994.

-----, *Juicio Oral Utopía y Realidad*, Porrúa, México, 2001.

Legisgrafía

Código Penal del Estado de Campeche, Colección Legislativa, Poder Judicial del Estado, México, 2012.

Código Penal del Estado de Chiapas,
www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/..legislacionestatal/textos...

DATOS [J]; 9^a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXXIV, Septiembre de 2011.

DIARIO oficial de la Federación de 20 de agosto de 2009.

GACETA Parlamentaria, año XIII, número 3092-VI, martes 7 de septiembre de 2010.

Gaceta del Senado, N° 362, www.Opina en
uenlacetransparencia@senado.gob.mx

LEY General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. (*Párrafo adicionado DOF 14-06-2012*)

LEY Federal de extinción de dominio,
WWW.DIPUTADOS.GOB.MX/LeyesBiblio/pdf/LFED.pdf

Hemerografía

Revistas

ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *Iter criminis*, *Revista de Ciencias Penales*, Núm. 2, INACIPE, México, Octubre-Diciembre, 2005.

CIFUENTE, M; CIFUENTES, S., “El Derecho Constitucional a un medio ambiente adecuado en México”, *Revista Mexicana de Justicia*, Nueva época, Núm. 11, Procuraduría General de la República, México, 2000.

DAGDUG KALIFE, Alfredo, “La Prueba Testimonial ante la Delincuencia Organizada”, *Sistema Penal Revista editada del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del DF*, México, Agosto 2007.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “El Derecho Penal del enemigo y el Estado democrático del Derecho, Derecho Penal Contemporáneo”, *Revista Internacional*, N° 2, LEGIS, Colombia, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, “Criminalidad y Globalización”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Trad. Miguel Carbonell, Redalyc, Universidad Autónoma del Estado de México, México, Año XXXIX, núm. 115, enero-abril, 2006.

GARCÍA CASTILLO, Zoraida, “El combate a la delincuencia organizada en México. Un punto de vista jurídico”, *Revista Mexicana de Justicia*, Nueva Época, N° 9, Procuraduría General de la República, México, 2000.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, “Reflexiones sobre la Reforma Constitucional a la luz de los Derechos Fundamentales. Sistema Penal. La Reforma Penal en México”, *Revista editada por el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*, Edición Especial, Agosto, 2007.

GARCÍA MARTIN, Luis, “Derecho Penal Contemporáneo. ¿Qué es modernización de Derecho Penal?”, *Revista Internacional*, No. 12. Julio-Septiembre, 2005.

GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, "El papel de los jueces en la construcción de la Democracia", Iuri Polis, 2006.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Revista de Derecho (Valdivia) versión online*, Vol. 14, julio, 2003.

HUERTA PSIHAS, Elías, "La delincuencia organizada y la Convención de Palermo", *Revista Mexicana de justicia*, No. 9, Procuraduría General de la República, México, 2005.

LÓPEZ MENDOZA, Noé, "El secuestro en la legislación Penal mexicana", *Revista Mexicana de Justicia*, PGR, México, 2002.

MIR PUIG, Santiago, "Límites del Normativismo en Derecho Penal", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Artículos RECPC-07-18, 2005, <http://criminet.urg.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>

MORRILLAS CUEVA, Lorenzo, *Revista electrónica de ciencia Penal y criminología*, 04-06-2002

---, MORRILLA CUEVA, Lorenzo, "Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Abril 22 2005.

OROPEZA BARBOSA, Ana Luisa, "Prisión preventiva vs Presunción de inocencia", *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, N° 14, INACIPE, México, Noviembre-diciembre, 2007.

POLAINOS ORTS, Miguel, *Cuadernos de política criminal*, Segunda época, No. 91, CESEJ, I, 2007.

Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, Cámara de Diputados LX Legislatura, Senado de la República LX Legislatura.

Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de consulta. Publicado por el Gobierno Federal en julio de 2008.

RODRIGUEZ MORALES, Alejandro, “El bien jurídico en el Derecho Penal de hoy. Técnica legislativa, Big Crunch e injusto Penal”, En “Sistema Penal”, *Revista de Ciencias Penales*, No. 2, Ubijus , México, Abril-Junio, 2008.

SALAZAR UGARTE, Pedro, “Notas para la Transición Constitucional en México”, *Revista Mexicana de Justicia, Reforma Judicial*, INASIFE; UNAM; Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, Julio-Diciembre 2006.

SÁNCHEZ MOGUEL, Daniel, “El Terrorismo, un caos actual”, *Revista Mexicana de Justicia*, “Los nuevos desafíos de la PGR”, Sexta época, No. 4, México, 2002.

SAPRÉ, Miguel, “La Reforma Constitucional frente al debido proceso. Sistema Penal”, *Revista del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del DF*, México, Agosto, 2007.

SÁNCHEZ MOGUEL, Daniel, “El Terrorismo, un caos actual”, *Revista Mexicana de Justicia*, “Los nuevos desafíos de la PGR”, Sexta época, No. 4, México, 2002.

URIBE, Erika, “Seguridad negocio de 2,000 mdd”, *Revista Mundo Ejecutivo*, México, Mayo, 2006.

VIVANCO, José Miguel; MENDEZ, Juan E., “Medidas de Protección para testigos en casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derechos Humanos*, 1994.

Mesografía o Pag. Webs

CAJICA LOZADA, Gustavo, “Estado Constitucional de Derecho y Legitimidad Democrática”, Comentarios a un texto de Ferrajoli, Revista jurídica, 2004,
<http://www.juridicas.unam.mx>, www.esc-libreDerecho.edu.mx.
www.eleconomista.com.mx

CANO CAMPOS, Tomas, "Derecho administrativo sancionador", NOMBRE DE LA REVISTA Española de Derecho Constitucional Año 15 No. 43, Enero-Abril 1995, www.cepc.es/rap/publicaciones/revistas.

CARBONELL, Miguel; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; et alii, la reforma Constitucional de Derechos humanos: un nuevo paradigma, IJ-UNAM, México, 2011, www.juridicas.unam.mx

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *Las reformas y las normas de Derechos humanos previstas en los tratados interNacionales*, 2011, www.juridicas.unam.mx

DIEZ RIPOLES, José Luis, "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la Penal", *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 103, Biblioteca jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 103, Biblioteca Jurídica Virtual UNAM, 2011, p. 14, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art/3.htm>

GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del enemigo*. El Estado intervencionista. El Estado máximo, 2002, www.Carlosparma.com

JIMÉNEZ TORRES, Jorge Alfredo, El estudio y la enseñanza del Derecho en la posmodernidad, UNIVA; Facultad de Ciencias Sociales y de la Salud; La Universidad Católica, Año XXII, N° 60, Enero Abril 2008, www.jurídicas.unam.mx

LASCANO, Carlos Julio, *La insostenible "modernización del Derecho Penal" basada en la "tolerancia cero", desde la perspectiva de los Países "emergentes"*, www.jurídicas.unam.mx

MAC-GREGOR FERRER, Eduardo, Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano, 2011, www.jurídicas.com.mx

MILANESE, Pablo, "El moderno Derecho Penal y la quiebra del principio de intervención mínima", *Revista de Derecho Penal Online*, www.cepc.es/rap/publicaciones/revistas.

NADER KURI, Jorge, "El Sistema Penal acusatorio, los juicios orales y sus implicaciones en la prisión preventiva", www.delitosinformaticos.com.mx/policia_cibernetica.htm, www.Dialnet.com

NAVARRO DOLMETSCH, Roberto, "Reconfiguración del Sistema de fuentes del Derecho Penal y 'amenaza de crisis' del principio de legalidad: la incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización". En Faraldo Cabana, Patricia, et alii, "Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización, Tirant lo Blanch, España, 2004, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=6367>

OLAMENDI TORRES, Patricia, México y el *debate internacional* sobre el terrorismo, www.juridicas.unam.mx

ORTEGA CUEVAS, Joel, "El Narcomenudeo y la Seguridad Publica acciones del Distrito Federal". *Biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2132/16.pdf*

PEÑA FREIRE, A.M., *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Trotta, España, 1997, www.juridicas.unam.mx

PINTO, Ricardo Matías, *Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera*, www.juridicas.unam.mx

Revista de la Escuela Libre de Derecho de Puebla, No. 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, www.juridicas.unam.mx

REYNA ALFARO, Luis Miguel, "La unificación del Derecho Penal: consideraciones a propósito del Código Penal Tipo para Iberoamérica", Derechogeneral.bogspot.com/2007.

RIVERA LLANO, Abelardo, *La Desconstrucción del Sistema jurídico Penal y sus implicaciones. El Derecho como fenómeno de temporalidad*, <http://www.juridicas.unam.mx>

ROJAS ANDREWS, Fernando, *El secuestro en México*, ITESM, Monterrey, www.monografias.com

SALELLAS, Luciano, *Delitos informaticos-Ciber Terrorismo*, www.simomexico.com, www.Sr-hadden.com.ar

Semanario Político, Análisis semanal, septiembre 19, 2008, <http://espora.org/comitecerezo/spip.php?page.Semanario>

Sistemas de inteligencia en Mercado y Opinión, (SIMO), octubre de 2008, www.simomexico.com

VÁZQUEZ, Luis Daniel; SERRANO, Sandra. *Los principios de Universalidad, interdependencia, invisibilidad, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*. Biblioteca jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx

Otros (PONENCIAS PUBLICADAS)

Agencia Reforma, Periódico Tribuna, Sección El Mundo, 20 de mayo de 2007.

BARBERO SANTOS, Marino, "La Ciencia Penal en el Umbral del Siglo XXI", *// Congreso Internacional de Derecho Penal*, Tribunal Superior de Justicia y la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Ius Poenale, México, 2-6 de agosto, 1999.

CUELLAR, Roberto, "Criminología y Victimología", *Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en el Distrito Federal, México, Junio del 2006.

-----, “El fenómeno de las maras y pandillas en sociedades en transición y las posibles propuestas de tratamiento, desde la experiencia guatemalteca”, *Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Penal. VII Jornadas sobre justicia Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006.

FALCON LOZADA, Alma L., “Funcionalización versus garantismo y el Estado actual del Derecho Penal”, *Ponencia presentada en el XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología*, tomo I, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2013.

FERNÁNDEZ, Gonzalo, “Estado de Derecho y orden jurídico – Penal”, *Ponencia presentada en la III Jornada Internacional, Asunción Paraguay, agosto 2005*, BI.JU.PA, S.R.L., Paraguay, 2006.

GARCÍA FONG, Gustavo, “El Fenómeno de los maras y pandillas en Sociedad en transición y las posibles propuestas de tratamiento”, *Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Penal*, El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, del 19 al 23 de junio de 2006.

GONZÁLEZ – SALAS CAMPOS, “Reducción de Garantías individuales y expansión del Derecho Penal. La ciencia Penal en el umbral del siglo XI”, *II Congreso Internacional del Derecho Penal*, Ius Poenale, México, 2001.

MÁRQUEZ, María Julia, “Hacia un Derecho Penal Modern, Alcances”, *XV Congreso Latinoamericano. VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología*, tomo I, Córdoba, Argentina, 2003.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, “Problemas Jurídicos de la Globalización”, *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Ius Poenale, México, 2001.

MONTIEL, JUAN PABLO, *XV Congreso Latinoamericano VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C., Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales Sede Córdoba.

S. a., *Derecho Penal Postmoderno*, Distribuidor Especializado en Libros Jurídicos, Ana Editores.

S. a., “El Legislador no lo Puede Todo”, *Revista en Ciencias Penales*, 2004, www.iupuebla.com

SCHONFELD, L., “La expansión del Derecho Penal como Política demagógica y sus límites”, *Ponencia presentada en el Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología*, Córdoba, Argentina 2003.

TONKONOFF, Sergio Esteban, “Acerca del concepto de subcultura juvenil delictiva como herramienta analítica”, artículo proporcionado en el Seminario “Cine y Criminología”, Universidad Autónoma de Campeche, México, Mayo 2006.