



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

**EL MUNDO DEL DEBER SER Y EL MUNDO DEL SER**

TESIS  
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
**MAESTRO EN DERECHO**

PRESENTA:  
**OMAR ANTONIO HERNÁNDEZ RIVERA**

TUTOR  
**DR. SALOMÓN AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL**  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Santa Cruz Acatlán, Estado de México  
Junio de 2017



Universidad Nacional  
Autónoma de México

UNAM



## **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 está 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.

“No hay por qué tener miedo de empezar; todos estamos aquí para mostrarte que el discurso está en el orden de las leyes, que desde hace mucho tiempo se vela por su aparición; que se le ha preparado un lugar que le honra pero que le desarma, y que, si consigue algún poder, es de nosotros y únicamente de nosotros de quien lo obtiene”

-Michel Foucault-

*Agradecimientos.*

*A mi mamá Alicia Rivera García:*

*Quien a lo largo de la vida me ha dado comprensión, cariño y el apoyo más incondicional que pudiera existir.*

*Por tus esfuerzos para sacarme adelante, mil gracias.*

*Te amo.*

*A mi padre Marco Antonio Hernández García:*

*Por esos momentos que compartimos y que hoy me hacen ser quien soy,  
gracias por todo.*

*A mis hermanos Noe, Rosa, Guadalupe y Eduardo:*

*Por todo lo vivido, las pláticas, las risas y sus consejos.*

*Por formar parte de mi vida.*

*Los quiero.*

*A mis sobrinos y mi primo Erika, Ángel, Noelia y José Antonio.*

*Por tantas sonrisas y los momentos alegres de  
su vida que me brindan.*

*A mi asesor Dr. Salomón Augusto Sánchez Sandoval:*

*Como no agradecer a quien me brindó su apoyo y consejos en todo momento.*

*Por su tiempo, conocimiento y por esas pláticas extraordinarias.*

*Muchas gracias Doctor Augusto.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México:*

*Gracias mi amada Universidad, por permitirme crecer como individuo.  
Por brindarme la oportunidad de decir que formo parte de ti.*

*A la Facultad de Estudios Superiores Acatlán:*

*Por permitirme ser parte de ti, por estos años extraordinarios de  
aprendizaje y conocimiento.*

*Gracias.*

*Al jurado:*

*Doctor Klaus Theodor Müller Uhlenbrock  
Maestro Deiv Dante López Medrano.  
Maestro Roberto Gabriel Ruiz y Ruiz  
Maestro Jesús Ibarra Tapia*

*A mis amigos:*

*Por ese apoyo incondicional que me brindan.*

*Por estar siempre presentes.*

*Gracias.*

## Índice.

Introducción.....	I
-------------------	---

### CAPÍTULO I

#### ANÁLISIS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DESDE LA PERSPECTIVA TEÓRICA CONCEPTUAL

A. Teoría de los sistemas.....	1
B. Control Social.....	12
C. Funcionalismo.....	21
D. Estado de Excepción.....	30
E. Derecho Penal del Enemigo.....	39

### CAPÍTULO II

#### SISTEMAS IDEOLOGICOS, CONTROL SOCIAL Y SEGURIDAD NACIONAL

A. De la sociedad, la idea de estabilidad y orden.....	49
B. Del contrato social liberal al control social del neoliberalismo.....	57
C. La obligación del Estado de combatir la delincuencia dentro del marco del derecho y sus instituciones.....	71
D. Sobre la seguridad nacional como bien jurídicamente tutelado y su repercusión en los Derechos Humanos.....	77
E. El control social a través de la creación de leyes especiales.....	92
F. Las vías de hecho del poder al margen del derecho.....	98

**CAPÍTULO III  
SOBRE EL DERECHO PENAL ACTUAL**

A. El estado de excepción en el neoliberalismo mexicano.....	105
B. Del derecho penal al derecho penal del enemigo.....	114
C. La Función del Derecho Penal del Enemigo en el México neoliberalismo.....	128
D. La perspectiva de la delincuencia en el México.....	134
E. El Derecho Penal aplicado y su conflicto con los Derechos Humanos...	138

**CAPÍTULO IV  
LA PROBLEMÁTICA DE VIOLENCIA EN EL MÉXICO ACTUAL Y LAS  
NORMAS DEL DERECHO PENAL**

A. La política de intolerancia contra la delincuencia organizada nacional..	152
a. Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.....	160
b. Ley Federal de Extinción de Dominio.....	172
c. De las leyes contra el Terrorismo.....	193
B. La aplicación del derecho penal posmoderno y sus resultados en el campo jurídico y social.....	203

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>206</b>
--------------------------	------------

<b>PROPUESTA.....</b>	<b>201</b>
-----------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>210</b>
--------------------------	------------

## Introducción.

En el cumulo de palabras se tejen grandes discursos que transforman el orden social, quien tiene el poder del discurso tiene para sí la posibilidad de construir lo real subjetivo.

Muchas líneas se escriben respecto de los diversos sectores que componen el todo social, los economistas escriben con motivo de la volatilidad del sistema económico, los estudiosos del derecho por su parte invierten gran parte de su tiempo analizando y escribiendo respecto de las normas que se pretende den solución a problemas sociales. La presente investigación tiende a analizar un sólo objeto, el problema de la violencia, pero desde la perspectiva de la general inclusión de los sistemas que integran ese todo social, pues no es de negarse la influencia que existe entre ellos hoy más que nunca como resultado de la globalización.

En un mundo saturado de información violenta, en el que la comisión de delitos es constante, son el terrorismo, el narcotráfico y el lavado de dinero (por mencionar algunos) los que mayor relevancia cobran en los últimos tiempos, así con ello el sin fin de personas que mueren día a día resultado de la lucha contra el delito lleva a los grupos de poder a dar prioridad y justificación a la Doctrina de Seguridad Nacional cuyo punto de referencia será la Seguridad Nacional Norteamericana, cuyo objetivo es la protección del sistema capitalista en el que se da prioridad a la acumulación de capital y en el que hay cabida sólo para aquellos que países, personas o grupos que lo hacen posible.

La problemática se vierte entonces en la posibilidad de encontrar en la normatividad penal una solución viable para contrarrestar los efectos nocivos de la delincuencia organizada, porque las nuevas formas de actuar de las organizaciones criminales han logrado que el derecho en su conjunto no baste para mitigarle, y por ello, los gobiernos recurren a las vías de hecho a fin de eliminar a quienes considera enemigos, el acopio de armas y la movilidad económica que ello representa, se

tornan en una violencia legítima cada vez más estructurada y violenta, pero sobre todo, más complejas en su entendimiento.

La sociedad reclama del Estado el cumplimiento de su función protectora sin darse cuenta que lo que pone en sus manos es su propia libertad, en un juego del consenso en el que la prioridad pareciera dicha seguridad a costa de sus propias libertades. Los dueños de los medios de producción; por su cuenta, hoy y siempre, han solicitado la erradicación de cualquier peligro que ponga en juego su posesión por que la economía les reclama continuar con su flujo incesante.

Los Estados (por llamar así a los sectores gubernamentales e institucionales) deben dar respuesta de alguna manera a todas las solicitudes como carga impositiva de su existencia, hecho que lo vuelve endeble cuando se verifica su capacidad adquisitiva cada vez más limitada en un mundo en el que el dinamismo de la economía liberal le transforma no sólo a él sino a la sociedad misma y sus necesidades.

La presente investigación, tiene una estructura medular teórica y conceptual, es decir, tipos lógicos que permiten el estudio de aquello que llamamos realidad, es por ello que se establecerá como teoría base, la teoría de sistemas expuesta por Ludwin Bertalanffy, Talcott Parsons y nuestro principal autor, Niklas Luhmann, cuyas ideas dictan la existencia de sistemas que interaccionan y se afectan unos con otros a través de la autopoiesis, generando un todo sistémico, que pese a ello, se diferencien con su entorno, y son precisamente esas leyes de interacción las que pretendemos se vean reflejadas en el presente trabajo a fin de no cometer errores epistemológicos.

Con ello el estructural funcionalismo de Talcott Parsons cuya visión de la sociedad es un todo constituido, determinará que partes integrantes de la sociedad se ven influenciadas las unas con las otras, constituyendo un solo organismo funcional, lo que se verá reflejado en la investigación en la forma explicativa del funcionar social a través de los diversos sistemas como el económico, el político, el social y el jurídico, cuya interacción forma el presente.

En tal sentido, continuando con la afectación en la interacción de los sistemas, se nos presenta el otro tipo ideal, estado de excepción en la visión de Carl Schmitt, de cuya visión nos permitiremos tomar la determinación del soberano como única y exclusiva expresión de soberanía tendiente a erradicar los males que afectan a los sistemas, hecho que se ve reflejado a través de la concretización en normas de excepción cuyas características son propias del Derecho penal al que Günther Jakobs denomina Derecho Penal del Enemigo.

Bajo esta tesitura, se construye una investigación en la cual se evidencia el control social a través de las normas penales, con las cuales se busca la obediencia y sometimiento de los individuos a la construcción de una realidad subjetiva de quien ostenta el poder, cuyo propósito es verse beneficiado económicamente a costa de la necesidad del concepto de seguridad, misma que paso de ser una obligación del Estado a un bien adquirible mediante el sometimiento de los individuos a una voluntad irracional e intolerante.

Para tales efectos, es necesario explicar en la presente investigación como la monetización del miedo ha permitido que el sistema económico construya una estructura capaz de influir en las determinaciones de los Estados y sus normatividades a fin de criminalizar individuos mediante la determinación de parámetros que permiten sancionar conductas desde la generalidad, conductas que en sí mismas representan una complejidad, pero sobre todo, un potencial rival del sistema económico legal

En el campo de los denominados derechos humanos y la confrontación con la aplicación de las normas del derecho penal del enemigo, que es por demás necesario analizar, nos percataremos de las constantes violaciones a aquellos y la dificultad que representa su protección y aplicación en una situación de estado de excepción impuesto.

Para concluir la presente investigación, se presentara una propuesta de recursividad del derecho penal aplicado, cuyo objetivo pretenderá la protección de las personas y sus derechos humanos, en un argumento que presupone la necesidad de regresar a un derecho penal mínimo y garantista mediante la creación

de normatividad penal que analice la realidad social mediante las técnicas que ofrece la sociología jurídica a efecto de concretizar una liberación de la violencia estructurada e institucionalizada.

## CAPÍTULO I

### ANÁLISIS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DESDE LA PERSPECTIVA TEÓRICA CONCEPTUAL

#### A. Teoría de los sistemas.

En su obra “Vida de Consumo” Zygmunt Bauman cita a Max Weber para hacer referencia a los tipos ideales, conceptos utilizados en las ciencias sociales -como “capitalismo”, “feudalismo”, “libertad de mercado”, “democracia” o incluso “sociedad”- y se refiere a ellos como herramientas útiles, por no decir indispensables, porque sacan a relucir aspectos de la realidad social, es por ello que, Bauman entiende por esos tipos ideales descripciones de la realidad; es decir, herramientas utilizadas para analizarla.<sup>1</sup> Bajo tales argumentos y a fin de no cometer un error epistemológico en el análisis del presente trabajo de investigación, es indispensable sentar los tipos ideales que permitan la comprensión de la realidad que vive México en materia de violencia, derecho penal y Derechos Humanos para confrontarlo con el mundo del deber ser de la norma jurídico penal.

El primero de estos tipos ideales comprende la teoría de los sistemas ideológicos expuesta por Niklas Luhmann quien expresa:

El punto de partida de cualquier análisis teórico-sistémico debe consistir en la diferencia entre sistema y entorno. Hoy en día por cierto, existe un consenso específico. Los sistemas están estructuralmente orientados al entorno y, sin él, no podrían existir. Por lo tanto, no se trata de un contacto ocasional ni tampoco de una mera adaptación. Los sistemas se constituyen y se mantienen mediante la creación y la conservación de la diferencia con el entorno, y utilizan sus límites para regular dicha diferencia. Sin diferencia con respecto al entorno no habría autorreferencia, ya que la diferencia es la premisa para la función de todas las

---

<sup>1</sup> Véase Bauman, Zygmunt, *Vida de consumo*, trad. Mirta Rosenberg, *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 45.

operaciones autorreferenciales. En este sentido, la conservación de los límites (*boundary maintenance*) es la conservación del sistema.<sup>2</sup>

Ahora bien, Luhmann refiere en su obra “Introducción a la teoría de los sistemas” que existen dos fenómenos durante los años cuarenta y cincuenta de suma importancia. El primero de ellos, el surgimiento de la teoría del funcionalismo estructural (funcionalismo del mantenimiento de las estructuras) cuyo punto de partida son los estímulos de estudios etnológicos y social-antropológicos desarrollados en tribus aisladas con el fin de analizar las estructuras originales de la sociedad. El segundo fenómeno, el desarrollo sobre sistemas expuesta por Talcott Parsons cuyo punto de partida fue la existencia de *Facto* de determinadas estructuras en los sistemas sociales, a partir de la cual se cuestionaba las funciones necesarias para su preservación y mantenimiento.<sup>3</sup>

Partiendo del axioma de una estructura funcional en su obra “*The Social System*” Parsons explica mediante un marco teórico el mantenimiento de la estructura sistémica, su obra catalogada como variaciones sin fin a la fórmula *action is system*, es decir la *acción* y el *sistema* no pueden entenderse por separado, así la acción es sólo posible bajo la forma de sistema. La idea del análisis de Parsons -explica Luhmann- es encontrar un denominador común entre las disciplinas sociológicas expuestas por Durkheim, Weber, Marshall y Pareto, y concluye que la construcción de estructuras sociales se realiza bajo la forma de sistema cuya operación basal de la construcción de ese sistema es precisamente la acción.<sup>4</sup>

Para Parsons la *acción* se lleva a cabo cuando están establecidas las diferencias entre los fines y medios, cuando existe por tanto, una concatenación de valores de carácter colectivo presentes en el momento en que alguien decide

---

<sup>2</sup> *Cit. post.* Luhmann, Niklas, *Sociología del riesgo*, 3ª edición, trad. Silvia Pappe, et al., México, Universidad Iberoamericana, 2006, p. 8.

<sup>3</sup> Luhmann, Niklas, *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones de Torres Nafarrate*, Javier, México, Universidad Iberoamericana, 2009, Colección teoría social, p. 32.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 38.

actuar; distinguiendo 4 componentes básicos para que tenga verificativo dicha acción:

- a) *Instrumentales*: Lo concebido como medio que conduzca al actuar.
- b) *Consumatorios*: El fin, la satisfacción y el perfeccionamiento del estado del sistema al que se llega al actuar.
- c) *Externo*: Relaciones del sistema hacia fuera.
- d) *Interno*: Relaciones del sistema con respecto de su propia estructura.

De la combinación de estas variables resultan 4 acciones básicas:

	Instrumental	Consumatoria
Exterior	<u>A</u> Adaptación ( <i>Adaptation</i> )	<u>G</u> Obtención de fines ( <i>Goal-attainment</i> )
Interior	<u>L</u> Mantenimiento de estructuras latentes ( <i>Latent pattern-maintenance</i> )	<u>I</u> Integración ( <i>Integration</i> )

De lo que resulta:

- A Adaptación. Donde el sistema instrumentaliza la relación exterior para alcanzar un estado en el que satisface necesidades, su relación con el exterior se convierte en medio, en instrumento de satisfacción y en el caso del sistema social, ésta será la de la economía.
- G Obtención de Fines. Donde la consumación de la acción debe llegar de facto a satisfacer necesidades, pues de lo contrario no podrá decirse que la acción haya sido llevada a cabo.
- I Integración. El sistema al realizar la acción que satisface propósitos realiza una integración de lo actuado en los actores. Esto es -dice Luhmann- que desde la óptica de la estructura teórica del

sistema debe aceptarse un estado que se realiza como presente, dado que siempre está integrado.

- L Mantenimiento de estructuras latentes. Esto indica que aun y cuando la estructura debe estar a disposición con el objeto de que conduzcan a resolver necesidades, no necesariamente está siempre presente.<sup>5</sup>

El esquema de las cuatro funciones conocido como *AGIL* expuesto por Parsons tiene como fin estabilizar las estructuras para garantizar su disponibilidad aún en el caso en que no sean utilizadas, lo que constituye así la divisa de la fórmula *action is system*, ofreciendo la posibilidad de colocar cada aspecto relativo a la acción social y como fin último diferenciar un sistema social.

Pese a la referencia a Parsons y los intentos de los años 50's por la sociedad para la Teoría General de los sistemas, Luhmann establece que no existe como tal una teoría general de los sistemas en el campo sociológico, sin embargo establece que un primer modelo es el diseño de la metáfora del equilibrio cuyos orígenes se encuentran en el siglo XVII en el contexto del equilibrio del mercado internacional, cuya metáfora incluye el armamentismo con fines de conservación de fronteras y manipulación de precios en la economía y que a su criterio puede conceptualizarse desde la perspectiva de la teoría de la estabilidad.

En el mismo orden de ideas, la teoría propia de la evolución de las especies expuesta por Charles Robert Darwin publicada en 1859 bajo las categorías de variación, selección natural y estabilización –expone Luhmann- consolidan un sistema abierto en la categoría de teoría general de los sistemas.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> *Íbidem*, pp. 41-43.

<sup>6</sup> La mención a la teoría de Darwin, con respecto de la teoría de los sistemas y más específicamente al sistema abierto expuesto por Luhmann, se expone en la relación especie-entorno afirmando que la variación de aquellas se da en razón a que se encuentran expuestas a condiciones de vida no tan uniformes y más bien diversas, propiamente dadas por la naturaleza, permitiendo la sobrevivencia de las especies mediante selección natural, logrando la estabilidad con el entorno. *Cfr.* Darwin, Charles, *El origen de las especies*, trad. de Aníbal Froufe, Madrid, Sarpe, 1984, colección, Los grandes pensadores, pp. 59 y sig.

En palabras de Luhmann:

Los sistemas abiertos responden a esta referencia teórica en la medida en que los estímulos provenientes del entorno pueden modificar la estructura del sistema: una mutación no prevista en el caso de lo biológico; una comunicación sorprendente en lo social. Estos estímulos exteriores deben llevar a la selección de nuevas estructuras y después a la prueba de consistencia de si dichas estructuras tienen la suficiente solidez para llegar a ser estables.

Las categorías de variación, selección, estabilización empleadas por Darwin consolidaron el modelo de los sistemas abiertos en la teoría general de los sistemas.<sup>7</sup>

De lo antes expuesto se desprenden tres teorías subsidiarias:

a) La primera de ellas *input/output*. Que se explica entre sistema y sistema en el entorno, cuya aseveración es que el sistema desarrolla una alta indiferencia con el entorno, y por tanto éste carece de significado para el sistema (el entorno no determina los factores de intercambio), es el sistema quien determina el *output*, como prestación pudiendo transferirse a otro u otros sistemas en el entorno existiendo 2 variantes:

a.1) La primera de estas variantes parte de un modelo matemático, en el que el sistema transforma el *inputs* de acuerdo al modelo en términos de su estructura, por tanto Luhmann determina que este tipo de sistema es un modelo orientado a la predicción en el sentido de que a condiciones dadas resultados previstos.

a.2) La segunda de estas variantes renuncia al modelo matemático y regresa a la complejidad del sistema estableciendo que no se puede conocer la parte interna del mismo y por tanto solo se puede analizar la relación externa con otros sistemas.

b) La segunda teoría subsidiaria desprendida de los sistemas abiertos denominada *feedback negativo* que consiste en lograr *outputs* estables frente a un entorno inestable o de situaciones variables por tanto el punto céntrico de esta teoría subsidiaria consistirá en encontrar el cambio suscitado en el entorno a efecto de que el sistema pueda proporcionar una respuesta viable a

---

<sup>7</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 3, p. 59.

dicho cambio. Luhmann determina que debe existir un mecanismo mediante el cual el sistema pueda medir ciertas informaciones que expresan la distancia y que se abre entre el sistema y el entorno.

- c) El *feedback positivo*, con el que se llegó a la comprensión de que en los sistemas existen también una tendencia a cambiar radicalmente su estado inicial mediante el aumento de la distancia provocada fundamentalmente en el entorno, su cualidad; la de hacer ver como mecanismos tienden a reproducir estados en el sistema que no toman en cuenta ni las consecuencias ni se ajustan a los fines programados.<sup>8</sup>

Cabe por tanto la posibilidad de que los sistemas tengan la capacidad de distinguirse con respecto del entorno, y con tal distinción sean capaces de alcanzar todas sus operaciones, por lo que hay que presuponer una capacidad de observación, lo que designa el tipo de operación que se lleve en el sistema mismo, por lo que al menos –explica Luhmann- los sistemas cerrados son capaces de llevar a cabo un proceso por medio del cual se diferencia la observación con la finalidad de aumentar su capacidad frente al entorno, distinguiéndose 3 tipos de sistemas, por el modo de realizar esta observación como lo son el biológico, psicológico, y por supuesto el social.<sup>9</sup>

La teoría de los sistemas expuesta en los años 50 y 60's planteaba que la observación se realizaba mediante un observador con capacidad cognitiva representado por uno o varios sujetos o bien mediante una red de observación, bajo la cual se dejaba el arbitrio de decisión sobre lo que había de tomar en cuenta el sistema; pero para formar tal criterio, el observador deberá formara parte del mismo:

La teoría de sistemas se fue constituyendo ella misma en un sistema de autoobservación (sic), recursivo, circular, autopoietico, dotado de una dinámica intelectual propia y fascinante capaz de estar a la altura de los planteamientos

---

<sup>8</sup> *Íbidem*, pp. 60-68.

<sup>9</sup> *Íbidem*, p. 70.

problemáticos que hoy se enuncian bajo la noción de posmodernismo.<sup>10</sup> Lo que la actual comprensión de la teoría de los sistemas cambia con respecto de los avances logrados en los años cincuenta y sesenta es una formulación más radical en la medida en que se define al sistema como la diferencia entre sistema y entorno. La formulación necesita un desarrollo explicativo, ya que está sostenida sobre una paradoja de base: el sistema es la diferencia que resulta de la diferencia entre sistema y entorno, el concepto de sistema aparece, en la definición, duplicando el concepto de diferencia.<sup>11</sup>

Entonces el sistema surge no propiamente entre la relación sistema entorno, sino como resultado de la diferencia entre ambos, es por ello que es de suma importancia diferenciarlos:

La consecuencia para la teoría de los sistemas es que el sistema se puede caracterizar como una forma con la implicación de que dicha forma está compuesta por dos lados: *sistema/entorno* y que uno de esos lados se puede definir mediante un único operador, identificar la operación social que cumpla o no los requisitos de: operación que deba ser una, la misma, y que tenga capacidad de eslabonar operaciones anteriores con subsecuentes.<sup>12</sup>

La operación social que cumple con todos estos requisitos de acuerdo al mismo Luhmann es la *comunicación*, porque un sistema social surge cuando la comunicación se desenvuelve, creando así más comunicación solo mediante la comunicación misma sin necesidad de más elementos, pues desde el punto de vista del análisis de la forma el sistema es una diferencia que se produce constantemente a partir de un sólo tipo de operador llevando el hecho a diferenciar entre *sistema/entorno*, en la medida en que produce comunicación sólo mediante comunicación.<sup>13</sup>

Es necesaria una *clausura operativa* que permita la diferencia clara entre sistema y entorno por lo que nos indica:

---

<sup>10</sup> *Íbidem*, p. 75.

<sup>11</sup> *Íbidem*, p. 78.

<sup>12</sup> *Íbidem*. pp. 86 y sig.

<sup>13</sup> *Íbidem*, p. 89.

El conocimiento sólo es posible porque existe la *clausura operativa*. Si estos axiomas teóricos se trasladan a la teoría del conocimiento producen impactos cuyos efectos son incalculables, ya que inducen a pensar que el conocimiento sólo es posible en la medida en que existan operaciones que no pueden entablar ninguna relación con el entorno. El conocimiento sólo es posible porque existe la clausura operativa, que trae como consecuencia que el sistema dependa de su propia organización.<sup>14</sup>

De lo cual establecemos que, el constructo ideológico de la comunicación cumple su función sistemática al crear el conocimiento que solo se transmite mediante más comunicación. Es por ello que la *clausura operativa* nos lleva a estudiar dos puntos muy importantes en la teoría de Luhmann, la *auto organización* y la *autopoiesis*, por el primero de ellos debemos entender la construcción de estructuras propias dentro del sistema y por el segundo la determinación del estado siguiente del sistema a partir de la limitación anterior a la que llevo la operación,<sup>15</sup> en otras palabras:

Únicamente por medio de una estructura limitante un sistema adquiere la suficiente dirección interna que hace posible la *autorreproducción*. Así, una estructura es la limitación de las relaciones posibles en el sistema, pero no es el factor productor, no es el origen, de la *autopoiesis*. Para una teoría que se sustenta en operaciones, las estructuras solo existen, sólo producen efectos, en el momento en que el sistema pone en marcha sus propias operaciones.<sup>16</sup>

Es por tanto la *autopoiesis* la operación que permite la reproducción del sistema mediante las mencionadas operaciones:

La categorización de la *autopoiesis* asume como punto de partida la cuestión radical de la autonomía, ya que define al sistema desde sus propios elementos.

---

<sup>14</sup> *Íbidem*, p. 101.

<sup>15</sup> *Íbidem*, p. 111.

<sup>16</sup> *Ídem*.

Autonomía significa que sólo desde la operación del sistema se puede determinar lo que le es relevante y, sobre todo, lo que le es indiferente. De aquí que el sistema no esté condicionado a responder a todo dato o estímulo que provenga del medio ambiente.<sup>17</sup>

Caso contrario se determinaría que existe algo que se produce desde fuera de sí mismo a lo que Luhmann denominó *poiesis*, es decir que, se hace esto u (sic) lo otro no para llevar a cabo una acción que tiene sentido por el solo hecho de hacerla, sino porque se quiere producir algo.<sup>18</sup> Sin embargo, dada la complejidad del sistema, surge la necesidad de identificar la manera en que sistema y entorno se regulan, dando paso al *acoplamiento estructural*:

Las transformaciones de las estructuras, que sólo pueden efectuarse en el interior del sistema (de modo *autopoietico*), no se producen a discreción del sistema sino que deben afirmarse en un entorno que el mismo no puede sostener en su totalidad, y que a fin de cuentas no puede incluir en sí mismo a través de la planeación.<sup>19</sup> El concepto de *acoplamiento estructural* especifica que no puede haber ninguna aportación del entorno que sirva para mantener el patrimonio de *autopoiesis* de un sistema. El entorno sólo puede influir causalmente en un sistema en el plano de la destrucción, pero no en el sentido de la determinación de sus estados internos.<sup>20</sup>

El *acoplamiento estructural* por tanto no está completamente inmerso en el entorno, sino sólo la parte que puede proporcionar dirección al sistema, pues de lo contrario existirá una destrucción del sistema. Giancarlo Corsi nos comenta:

El problema al que se refiere el concepto de (sic) acoplamiento estructural está relacionado con la clausura, según la cual cada una de las unidades utilizadas por un sistema está constituida dentro del sistema mismo, sin ningún *input* de materiales o información del entorno. Los sistemas *autopoieticos* están

---

<sup>17</sup> *Íbidem*, p. 118.

<sup>18</sup> *Íbidem*, p. 120.

<sup>19</sup> *Íbidem*, p. 127.

<sup>20</sup> *Íbidem*, p. 128.

determinados por la estructura, en el sentido en el que sólo las propias estructuras del sistema pueden establecer las operaciones que efectúa; se excluye el hecho que los datos del entorno puedan determinar lo que acontece en el sistema.<sup>21</sup>

El *acoplamiento estructural* sin embargo, debe darse mediante la observación de un observador, en donde la primera constituye la simple operación mientras que el observador es un sistema que utiliza las operaciones de observación de manera *recursiva* como secuencia para lograr una diferencia respecto del entorno.<sup>22</sup> Cabría resaltar entonces que, el observador debe entenderse en un doble sentido, pues hay que recordar que un sistema se constituye por operaciones y mediante operaciones, así el observador realizara operaciones y el mismo será una operación, pues como aclara Luhmann al afirmar que de lo contrario no podría observar, generando con ello un *punto ciego* en el sistema:

La única restricción con respecto a la observación es que se debe operar con un punto ciego, con un punto de invisibilidad que es el que garantiza la unidad de la diferencia; y esto no importa de qué distinción se trate, dado que la unidad de la diferencia no es observable. Por consiguiente es característico de la sociedad moderna un aplazamiento de eso que no puede ver y sería imposible el tratar de intentar la determinación de ese punto ciego.<sup>23</sup>

Dado el *punto ciego*, existe entonces la necesidad de observar a quien observa, es decir, observar al observador, lo que Luhmann denomina como *observación de segundo orden*, lo que exige dicho concepto es delimitar que no se observa a la persona en cuanto a tal, sino sólo a la forma en la que ésta observa. La observación de segundo orden no es el empleo de una lógica formal abstracta, sino el esfuerzo por observar aquello, que el observador no puede ver por razones de posición.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Giancarlo, Corsi, *et al.*, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, trad. de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, México, Universidad Iberoamericana, 1996, p. 19.

<sup>22</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 3, p. 153.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 167-168.

Hay que recordar que, los primeros esbozos de una teoría de los sistemas se dio durante los años cincuenta-sesenta con la finalidad de identificar la posición entre entorno-sistema y así como se presencian sistemas complejos, se identifican entornos igualmente complejos, en el entendimiento que se diferencia uno de otro, es de entenderse que en determinados casos los sistemas no cuentan con la capacidad de presentar una variedad suficiente para responder a cada estímulo proveniente del entorno resultando en su complejidad sistémica. El sistema de este modo, requiere desarrollar una especial disposición hacia la complejidad en el sentido de ignorar, rechazar, crear indiferencias o bien recluirse sobre sí mismo.<sup>25</sup>

A tales criterios de complejidad se otorgaron en su momento diversas soluciones de entre las que resaltan:

1. La *reducción de complejidad*: Entendida desde la figura de la generalización en dos sentidos. A) el sistema desarrolla un modelo de reacción igual, frente a datos distintos provenientes del entorno, y B) a un mismo estímulo proveniente del entorno el sistema puede reaccionar de diversas maneras, dependiendo del estado actual en el que se encuentre.
2. La *teoría de la gradación por niveles*: En la que los trastornos que el sistema experimenta provenientes del entorno no tienen que ser afrontados como un todo, sino pueden ser seleccionados y trabajados localmente., es decir que el cambio acontecerá en la medida en que el sistema tenga capacidad de limitación en vista del cambio.
3. La *teoría de la construcción limitada de racionalidad*: En la que el sistema aumenta su complejidad para poder seguir operando mediante la evolución o la planeación de alguna organización.<sup>26</sup>

En todas ellas se busca que el entorno complejo no afecte el sistema, cabe por tanto decir que para Luhmann, la complejidad se entiende como aquella suma de elementos que en razón de una limitación inmanente de capacidad de enlace

---

<sup>25</sup> *Íbidem*, p. 180.

<sup>26</sup> *Íbidem*, pp. 180-184.

del sistema, ya no resulta posible que cada elemento quede vinculado en todo momento.<sup>27</sup>

Con el elemento complejidad se cierra la introducción a la teoría de los sistemas, acto seguido será necesario ir identificando estos elementos en la realidad a efecto de comprobar la aplicación de la presente teoría, no sin antes exponer otros tipos ideales que sean auxiliares para tal fin.

## **B. Control Social**

Desde la perspectiva de Michel Foucault en su obra “Microfísica del poder” o desde la obra de Salomón Augusto Sánchez Sandoval en su obra “Sistemas Ideológicos y Control Social” podemos identificar un segundo tipo ideal para analizar la realidad de nuestro país, el cual se denomina precisamente Control Social, cabe la pregunta entonces ¿Qué es exactamente esto?

Foucault entiende que, la genealogía es gris, meticulosa y pacientemente documentalista y se cuestiona porque Nietzsche genealogista por excelencia renuncia en ocasiones a la búsqueda del origen, pero entiende también como él que el buscar tal origen es encontrar lo que ya estaba dado, lo aquello mismo de una imagen exactamente adecuada a sí<sup>28</sup> que no existe por tanto realidad histórica presente o pasada, y me aventuraría a decir futura, que no se encuentre influenciada ya sea por la pasión de los sabios guiados por sus sentimientos, de su odio recíproco, de sus discusiones fanáticas sólo con el propósito de triunfar que bajo tal tesitura escribieron la historia, ya sea porque la realidad ha sido construida pieza a pieza por las clases dirigentes, porque la verdad de las cosas está enlazada con la verdad de los discursos que la oscurece y la pierde.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> *Íbidem*, p. 185.

<sup>28</sup> Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, 2ª edición, trad. Julia Valera, et al., Madrid, Edissa, 1979, p. 9.

<sup>29</sup> *Íbidem*, pp. 10-11.

El gran teatro expuesto por Nietzsche –dice Foucault- en el que la emergencia es pues la entrada de las fuerzas, donde se distribuyen los unos frente a los otros, donde lo expuesto es siempre lo mismo: hombres dominando hombres creando diversificación de valores, que unas clases dominen a otras surgiendo la idea de la libertad, esta escena propia de una guerra hace que surja la necesidad de conceptualizar la idea de paz, lo resultante es que exista quien se ampare en las reglas<sup>30</sup> e introduzca en el complejo sistema su realidad subjetiva de la verdad, de lo justo, de lo que es bueno o malo, generalizando lo que debe entenderse por un delito, de lo representa el fin a tan atroz imagen, demagogia hipócrita y falsa dado que el trasfondo fue siempre obtener el dominio de las masas.

Sí la sociedad es aprisionada por un régimen que la pone en riesgo a un nivel tal que la desestabiliza, al surgir fuerzas contrarias adoptadas cuya ideología permita su conservación y progreso, es lógico entender que la mayoría acepte tales ideas como única verdad. El problema surge de acuerdo a Foucault cuando dichas fuerzas construyen por siempre la realidad, cuando la historia se crea para la mayoría por estos cuantos bajo el argumento de la conservación, porque la conciencia de lo real se construye a través de las percepciones e intuiciones personales, por lo cual es subjetiva y constituye el mundo individual<sup>31</sup> que al imponerse creara la realidad del dominante<sup>32</sup> constituyendo una sociedad vertical de poder dominación donde no se le reconoce al otro, sino que se le domina y explota, ya que la conciencia de la realidad subjetiva del dominante se impone como única verdad al conglomerado social y éste la acepta y la reproduce.<sup>33</sup>

Entendemos con ello que la sociedad no solo se puede ver como un grupo de culturas sino también como un sistema, en tanto y cuanto el uso de su propia historia así lo expone, este sentido histórico que cuenta con tres usos, el primero

---

<sup>30</sup> *Íbidem*, p. 18.

<sup>31</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas Ideológicos y Control Social*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, p. 5.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> *Íbidem*, p. 8.

de ellos que nos ofrece identidades, irrealidades que nos llevan a nuestra propia irrealidad, pues como expone se ha ofrecido a la revolución el modelo romano, al romanticismo la armadura del caballero, a la época wagneriana la espada del héroe germánico<sup>34</sup>; el segundo de los usos propios de la historia, es la disociación sistémica de nuestra identidad misma que pretendemos asegurar y ensamblar bajo una máscara y retomando a Nietzsche quien nos dice que la genealogía plantea la cuestión del suelo que nos ha visto nacer, de la lengua que hablamos o de las leyes que nos gobiernan, solo para resaltar los sistemas heterogéneos, que bajo la máscara de nuestro yo, nos prohíbe toda identidad<sup>35</sup>; el tercer uso propio de la historia, el sacrificio del sujeto de conocimiento, el análisis histórico de este querer saber hace aparecer que no hay conocimiento que no descansa en la injusticia en tanto no acerca a una verdad universal.<sup>36</sup>

Foucault entiende por tanto la relación entre el poder y el derecho en el devenir histórico como herramientas de control, al aclarar que, nos encontramos sometidos a la producción de la verdad desde el poder<sup>37</sup>, pues un principio general, en lo que concierne a las relaciones entre derecho y poder, es que desde la edad media, la elaboración del pensamiento jurídico se ha desarrollado esencialmente alrededor del poder real<sup>38</sup> pues expone:

Decir que la soberanía es el problema central del derecho en las sociedades occidentales, quiere decir, en el fondo, que el discurso y la técnica del derecho han tenido esencialmente la función de disolver en el interior del poder el hecho de la dominación para hacer aparecer en su lugar dos cosas: por una parte los derechos legítimos de la soberanía y por otra, la obligación legal de la obediencia.<sup>39</sup>

El *cómo* del poder está estrechamente relacionado con el *cómo* es el mundo, que quedara definido por el tipo de racionalidad que opere en la

---

<sup>34</sup> Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 28, p. 25.

<sup>35</sup> *Íbidem*, p. 27.

<sup>36</sup> *Íbidem*, p. 28.

<sup>37</sup> *Íbidem*, p. 140.

<sup>38</sup> *Ídem*.

<sup>39</sup> *Íbidem*, p. 141.

sociedad,<sup>40</sup> en los diversos medios de control y dominación social, consecuencia de la multiplicidad de individuos y de las voluntades a partir de las cuales puede formarse una voluntad única, un cuerpo único, accionado por un alma que sería la soberanía<sup>41</sup> el derecho visto no desde la perspectiva de la legitimidad, sino desde los procedimientos de sometimiento que pone en marcha.<sup>42</sup>

En razón a esto Michel Foucault analiza la relación poder-derecho desde la perspectiva del sometimiento y del control social, renunciando al concepto de soberanía, que ha continuado existiendo como una ideología de derecho y además como la base para crear un código jurídico para reprimir las conductas.

Si entendemos que desde la perspectiva de Foucault la soberanía solo utiliza los cuerpos sometidos, el fondo va más allá de esto - pues dice- la teoría de la soberanía está ligada a una forma de poder que se ejerce sobre la tierra y sus productos mucho más que sobre los cuerpos y sobre lo que estos hacen.<sup>43</sup>

Por tanto, la soberanía no permite más que facilitar la colocación de medios de control social, y los mecanismos de disciplina útiles para la protección de los intereses del poderoso, pues hay que tener presente que, si a esté no se le contempla desde demasiado lejos, no es algo dividido entre los que lo poseen, los que lo detentan exclusivamente y los que no lo tienen y lo soportan, el poder tiene que ser analizado como algo que circula, o más bien, como algo que funciona sino en cadena.<sup>44</sup> Laura Páez Díaz de León opina y cita a Foucault:

---

<sup>40</sup> Díaz de León, Laura Páez y Augusto, Sánchez Sandoval (Coord.) *Analítica del poder y control social: una mirada desde Michel Foucault*, México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, 2008, p. 13.

<sup>41</sup> Foucault, Michel, *op. cit.* nota 28, p. 143.

<sup>42</sup> *Íbidem*, p. 142.

<sup>43</sup> *Íbidem*, p. 149.

<sup>44</sup> *Íbidem*, p. 144.

Michel Foucault propone que para desarrollar el análisis concreto de las relaciones de poder, se debe abandonar el modelo jurídico de la soberanía, que presupone al individuo como sujeto de derechos naturales o de poderes originarios.<sup>45</sup>

De ahí que no aborda el poder desde el lugar privilegiado de la ley, sino desde las diferentes técnicas de coacción que pone en práctica, y propone analizar el papel que el poder juega en la sociedad moderna, desde una perspectiva crítica del pensamiento capaz de poner entre paréntesis los saberes constituidos que no le permiten ver a simple vista que los actos de justicia suelen responder a actos de dominio.<sup>46</sup>

Cabe la aclaración que la presente tesis no tiene por objeto indagar en el concepto de soberanía como forma jurídica, el análisis que aquí se presenta con el fin de seguir una línea coherente de investigación, es la utilización del concepto soberanía como plataforma del discurso liberal con fines netamente de control social, pues de lo contrario se cometería un error epistemológico el análisis en aquel sentido.

Hasta este momento hemos analizado parte de la teoría de Michel Foucault respecto del control social, del cual se desprende una serie de elementos que permiten conceptualizar este tipo ideal, ahora bien, en el mismo sentido, Salomón Augusto Sánchez Sandoval en su obra “Sistemas Ideológicos y control social” identifica tipos de control social divergentes:

- a) El control social formal, consiste en la ideología-derecho que contiene una sanción jurídica y está promulgada
- b) El control social informal, está constituido por la ideología-norma cuya coercitividad se convierte en auto-reproche o culpa, derivado de una construcción previa de la conciencia moral, es decir, del haber aprendido el contenido del mandato de la acción u omisión

---

<sup>45</sup> *Cit. post.* Díaz de León, Laura Páez, “Analítica del poder: violencia y control social”, en Díaz de León, Laura Páez y Augusto, Sánchez Sandoval, *op. cit.* nota 40, p. 39.

<sup>46</sup> *Ídem.*

- c) Los controles sociales formales puros, son ideologías hecha norma obligatoria, que cumplen para su formación discursiva y aplicación, los principios generales del derecho moderno y que son coercitivas jurídicamente – aclarando que- es una perversión del sistema con el que justifica la sanción y pone a las personas en estados de permanente indefensión.
- d) Los controles formales espurios, son los mismos coercitivos jurídicamente, pero que no respetan en su construcción discursiva o en su aplicación los principios generales del derecho.
- e) Controles sociales informales puros, son ideologías coercitivas moral o socialmente, sin una consecuencia de carácter jurídico, pero que provocan sentimiento de culpa - y aclara que- estos pueden ser puros, cuando se hacen respetando las reglas propias del discurso ideológico que les de origen, y son espurios, cuando se construyen trasgrediendo la racionalidad de su propia construcción discursiva.<sup>47</sup>

De la presente clasificación resaltan aspectos muy importantes que no hay que dejar pasar, pues como observamos, la norma jurídica, la moral, la norma penal, la sanción que ella conlleva, la criminalización de los individuos; son estrategias de control social, pues retomando lo expuesto por Michel Foucault se mantiene el terror del criminal, se agita la amenaza de lo monstruoso para reforzar esta ideología del bien y del mal, de lo permitido y de lo prohibido.<sup>48</sup>

Al partir de la idea que, el sistema tiene como estrategia el criminalizar al individuo a fin de garantizar y proteger sus bienes más importantes, las funciones que el trinomio justicia-policía-prisión ha jugado en la historia va en función de estos fines, de aquí que Foucault nos indica los fines de la historia:

- 1) Un factor de Proletarización, tiene como función obligar al pueblo a aceptar su estatus de proletario y las condiciones de explotación del proletariado.

---

<sup>47</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, pp. 20-21.

<sup>48</sup> Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 28, p. 38.

- 2) El sistema penal se dirigirá a los elementos más nómadas, más violentos de la plebe, aquellos que eran los más dispuestos a pasar a la acción inmediata y armada.
- 3) Hacer parecer a los ojos del proletariado, la plebe no proletarizada como algo marginal, peligroso, inmoral, amenazante para toda la sociedad, la hez del pueblo, el desecho, el hampa; se trata para la burguesía de imponer al proletariado por vía de la legislación penal, de la prisión, determinadas categorías de la moral llamada universal, que servirá de barrera ideológica entre éste y la plebe no proletarizada.<sup>49</sup>

Diversos son los ejemplos enlistados en la ya dada historia en las que se nos muestra que el hombre yace como propiedad de otro hombre:

En el imperio romano, los humanos, se dividían en sujetos propietarios con derechos (*sui iuris*) y los demás individuos no propietarios sin derechos (*alieni iuris*), pero estaban sujetos a quienes los tenían. Durante la edad media, el clero y los señores que monopolizaron la tierra dominaron todo lo que en ella había. Los señores tenían los privilegios y los siervos las cargas de la producción. El nacer perteneciendo a alguien, había sido siendo el estado natural en que se había concebido a los seres humanos de occidente durante los treinta siglos anteriores. En el Medievo, el papa tenía el derecho divino y podía otorgar privilegios a los señores y a los reyes, quienes, después, se apropiaron también de ese derecho.<sup>50</sup>

Como podemos ver, el sistema de proletarización ha existido todo el tiempo, en realidad no es algo novedoso, inclusive Foucault nos indica que durante el siglo XVIII principios del XIX, se establece lo que denomina sociedad disciplinaria, en donde el principio fundamental del sistema penal es que la falta a la ley, y por tanto se podía sufrir penalidades definidas por ella, en virtud de que el crimen es aquel que daña y perturba a la sociedad. Siendo precisamente el momento, de acuerdo a Foucault, donde se desvirtúa el sistema penal:

---

<sup>49</sup> *Íbidem*, pp. 57-58.

<sup>50</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, p. 133.

Desde comienzos del siglo XIX la legislación penal se ira desviando de lo que podemos llamar utilidad social, no intentara señalar aquello que es socialmente útil, sino, por el contrario, tratara de ajustarse al individuo. La aplicación rigurosa de la ley, tal como se expone en el Código puede ser modificada por decisión del juez o jurado y en función del individuo sometido a juicio. Toda la penalidad del siglo XIX pasa a ser un control, no tanto sobre si lo que hacen los individuos está de acuerdo o no con la ley sino más bien al nivel de lo que puede hacer, son capaces de hacer, está dispuesto a hacer.<sup>51</sup>

He aquí como la función del derecho penal se ha caracterizado a través de la historia como el medio para crear desigualdad, criminalizar al más débil, quien puede representar un peligro eminente a la hegemonía del poderoso, por tanto, la base del sistema penal se ha constituido bajo la peligrosidad, lo que permitió la maquinaria de instituciones propias para erradicar a estos sujetos; es decir, para obtener un control social, del que Foucault continua explicando:

Esta red de poder que no es judicial debe desempeñar una de las funciones que se atribuye a la justicia a sí misma en esta etapa: función que no es ya de castigar las infracciones de los individuos sino de corregir sus virtualidades. Se trata de una forma de poder, un tipo de sociedad que yo llamo sociedad disciplinaria por oposición a las sociedades estrictamente penales que conocíamos anteriormente, es la edad del control social.<sup>52</sup>

En tal sentido consideramos que se encuentra el control social posmoderno, pues como Augusto Sánchez Sandoval lo define, el sistema político criminal global es aquella estructura cerrada económica e ideológica-jurídica penal, cuyas reglas de construcción son las mismas que originan su auto-reproducción, de tal manera que excluyen cualquier otra motivación o influencia extraña<sup>53</sup>, hecho que explicábamos anteriormente con la teoría de los sistemas expuesta por Luhmann al referir a los sistemas cerrados. Este sistema de control social cerrado debe

---

<sup>51</sup> Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 96-97.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>53</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, p. 173.

tener las características que Sánchez Sandoval describe en los siguientes términos:

- a) El sistema cerrado al construir su universal inclusión, requiere la creación de diferencias que les permitan tener identidad frente a otros u otros y por eso es excluyente.
- b) La evolución del sistema productivo provoca el acontecimiento de la ideología-derecho que le sirve para justificarlo.
- c) Para que los sistemas económicos, políticos o jurídicos funcionen como tales y pervivan están auto-condicionados por su posibilidad de auto-reproducción y auto-control, mediante su propia capacidad para controlar el ambiente, a través del control de sí mismo.
- d) La universal inclusión del control formal penal posmoderno, introduce un grave problema que se presenta al universalizarse una sola razón, que implica la exclusión de muchas otras razones y de grandes masas humanas.<sup>54</sup>

Es así que, la autoconciencia del poderoso construye la realidad en virtud de las necesidades de su poder hegemónico, mediante un poder-dominación constituyendo una sociedad vertical, donde no se le reconoce al otro, sino que se le domina y explota, la conciencia de la realidad subjetiva del dominante se impone como única verdad al conglomerado social.<sup>55</sup>

En una economía globalizada donde lo importante es cuidar la economía, se busca el control de los individuos a efecto de garantizar su reproducción y mantenimiento, es por ello que, el control social se expande más allá de las fronteras de cada nación, las reglas están dadas, pues como nos indica Sánchez Sandoval la *posmodernidad jurídico-política* consiste en la imposición de reglas de control social internacional que hacen que los países centrales a los estados periféricos, obligándolos a pasar de la pre-modernidad en que viven, a la posmodernidad del control legal y de facto extra territorial.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> *Íbidem*, pp. 173 y sig.

<sup>55</sup> *Íbidem*, p. 8.

<sup>56</sup> *Íbidem*, p. 175.

Es por todos estos elementos que, el control social posmoderno es el resultado de la expansión de la ideología a través del discurso que permite la construcción de relaciones verticales de poder-dominación a través de la aceptación de los sujetos resultando en la expansión y mantenimiento de un poder hegemónico particularizado.

Este tipo ideal denominado control social, en la comprensión de la realidad, permitirá dar una explicación del porque los sistemas jurídicos impuestos llegan a fracasar en la solución de los conflictos sociales, puesto que en el mundo del ser, sólo se da la aceptación de aquellos que sean afines a un sistema impuesto por quien ostenta el poder, olvidando y relegando el bienestar de la generalidad y la solución de conflictos sociales que concretiza el mundo del deber ser de las normas jurídico penales.

### **C. Funcionalismo**

A lo largo de la historia han existido infinidad de teorías que tratan de explicar la naturaleza humana desde ámbitos diversos como el filosófico, jurídico, religioso por mencionar algunos; tarea nada fácil, sin embargo, hay quienes cuya visión generalizada de la realidad les ha permitido estudiar al conglomerado humano desde el ámbito de sus diversas relaciones, pues si bien es cierto hemos dicho que se comete un error epistemológico el tratar de analizar figuras desde épocas ya superadas, también es verdad que algunas figuras excepcionalmente permiten ver la construcción social actual, es decir, se reconfiguran no para entender el antecedente, pero si para permitir la comprensión del presente.

Talcott Parsons, sociólogo estadounidense, explica que la sociedad es un organismo en que unas partes están relacionadas con las otras, por lo que la utilidad en que pone énfasis el funcionalismo no es la utilidad del utilitarismo

individual, sino social<sup>57</sup> resultado de la acción (*action is system* como se analizó con antelación):

El punto de partida es el concepto de los sistemas sociales de acción. En este sentido, la interacción de los actores individuales tiene lugar en condiciones tales que es posible considerar ese proceso de interacción como un sistema (en el sentido científico) y someterlo al mismo orden de análisis teórico. El marco de referencia se ocupa de la orientación de uno o más actores -en el caso individual, organismos biológicos - hacia una situación, que comprenda a otros actores. El esquema-relativo a las unidades de acción e interacción- es un esquema racional. Analiza las estructuras y procesos de los sistemas contruidos por las relaciones de esas unidades con sus situaciones, incluyendo otras unidades.<sup>58</sup>

Así, un sistema social comprende tanto pluralidad de sujetos como de acciones mismas en unidades de estructuras integradas de entre las que se mencionan los elementos motivacionales, culturales o simbólicos de donde surgen las instituciones y donde un punto relevante es el orden entre ellos:

Pueden ser distinguidos a su vez, dos aspectos de este problema del orden: el orden en los sistemas simbólicos que hace posible la comunicación y el orden en la mutualidad de la orientación motivacional hacia el aspecto normativo de las expectativas, es decir, el problema del orden de Hobbes. El problema del orden, y por ello el de la naturaleza de la integración de los sistemas estables de la interacción social, se centra en la integración de la motivación de los actores con los criterios normativos culturales que integran el sistema de acción, en nuestro contexto interpersonalmente.<sup>59</sup>

La visión individual en la toma de decisiones es primordial para concretizar las relaciones en virtud de los valores que el individuo posea, pues la orientación

---

<sup>57</sup> D. Agramonte Roberto, *Talcott Parsons y la sociología funcionalista*, Universidad de Puerto Rico, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1055/4.pdf>, 17 de abril de 2015. 12:15 PM.

<sup>58</sup> Parsons Talcott, *El sistema social*, alianza editores, trad. Jiménez Blanco, José y José Cazorla Pérez, Madrid, 1999, pp. 17-18.

<sup>59</sup> *Íbidem*, p. 46.

de sus acciones dependerá de su perspectiva valorativa perfeccionándose el rol del individuo<sup>60</sup> dentro del sistema social en el que ya existen instituciones.

Con ello Parsons entiende por una institución, un complejo de integraciones de rol institucionalizadas que tienen significación estructural en el sistema social,<sup>61</sup> por lo que existe una cierta valoración de ellas dentro del conglomerado social, por las convergentes relaciones individual o colectivamente que con dichas instituciones se dé.

Con motivo del esquema de modos y tipos de orientaciones de la *acción*, pautas culturales e instituciones que Parsons nos presenta en su obra el sistema social, por ser motivo de nuestra investigación, resaltaremos los tipos de instituciones incorporando las pautas de orientación valorativa que estas proporcionan

1. Instituciones relacionales (que definen expectativas de rol recíprocas con independencia del contenido del interés)
2. Instituciones regulativas (que definen los límites de la legitimidad de la persecución de intereses privados con respecto de metas y medios)
  - a) Instrumental (integración de metas privadas con valores comunes y definición de medios legítimos).
  - b) Expresiva (que regulan las acciones, situaciones, personas ocasiones y cánones del gusto expresivo permisible).
  - c) Moral (que define las áreas permisibles de responsabilidad moral para la persona y la sub-colectividad).<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Parsons nos indica que un rol es un sector del sistema de orientación de un actor individual que se organiza sobre las expectativas en relación con un contexto de interacción particular, el cual está integrado con una serie particular de criterios de valor que dirigen la interacción con un alter o más en los roles completamente adecuados. *Íbidem*, p. 48.

<sup>61</sup> *Íbidem*, p. 48.

<sup>62</sup> *Íbidem*, p. 65.

Es de destacar que, Parsons reúne los elementos que hacen funcionar un sistema social mediante los roles sociales, las acciones y las instituciones, con el objeto de llegar a un fin específico como lo pueden ser los cambios económicos:

Si concebimos un sistema de este tipo de interacción instrumental, en el caso más simple es el de reciprocidad de las orientaciones hacia una meta, es el caso económico clásico del intercambio, en el que la acción del *alter* es un medio para el logro de la meta del *ego*, y viceversa, el *ego* es un medio para el logro de la meta del *alter*. El intercambio en ese sentido, puede reducirse a una transacción *ad hoc* muy particular, pero también puede llegar a configurarse como un sistema de interacción muy organizado y durable. Cuando ello ocurre el *ego* puede llegar a estar especializado en el proceso de lograr sus propias metas mediante la producción de medios para el logro de las metas de uno o toda una clase de *alter*.<sup>63</sup>

De esto se deduce que, un sujeto con el fin de satisfacer sus expectativas, su propio *ego*, desde la perspectiva económica puede entrar en un proceso de producción de mecanismos de control respecto de los demás sujetos, controlando y dominando así el sistema. Propiamente dicho, el medio más idóneo para la construcción de la realidad subjetiva del particular es la imposición de normas como lo pudieran ser las penales, siendo precisamente donde el funcionalismo jurídico toma relevancia.

Las anteriores consideraciones iluminan dos puntos focales centrales significantes del problema del orden en los sistemas sociales. Primero y más obvio, el de regulación del establecimiento de los términos del intercambio. Ya que lo que hace cualquier hombre es en potencia un medio (incluso como estorbo) para el logro de las metas de los demás hombres, tiene una importancia vital para la concepción del orden social que existan mecanismos a través de los cuales los términos en que el *ego* pondrá o no pondrá a disposición del *alter* sus servicios, sean

---

<sup>63</sup> *Íbidem*, pp. 76-77.

establecidos de manera que sean compatibles con las condiciones de estabilidad del sistema. Este es el famoso aspecto hobbesiano del problema del orden.<sup>64</sup>

Entonces los mecanismos impuestos por el particular deben ser acordes a su fin, es decir, obtener constantemente los mayores beneficios en el intercambio, pues la acción de su contrario debe estar dirigida en tal sentido, y si la acción de este último resulta contraria, le considera enemigo sistémico.

En segundo lugar –indica Parsons- algo menos obvio es el hecho de que para que exista intercambio, tiene que haber algo que cambie de manos en el curso de la transacción, algo que se pone a disposición y se recibe. Existen poderosas razones para afirmar que la estructura de los derechos que definen las condiciones en que se dispone o se tienen posesiones no se puede establecer, en un sistema social complejo para cada caso particular de intercambio. La institucionalización de los derechos a esas posesiones es, en un aspecto principal, lo que queremos decir por institución de la propiedad.<sup>65</sup>

De esta forma, es preciso indicar que la institucionalización de los bienes es propiamente a través del Derecho y su medio de protección de las conductas desviadas en su contexto más eficaz es el derecho penal, pues como establece el propio Parsons al aseverar que las conductas desviadas son propias de la sociedad:

Se ha hecho evidente que la dimensión desviación-conformidad era inherente y central a toda la concepción de la acción social y, por ende, de los sistemas sociales. Es decir, se trata de un aspecto de las pautas culturales comunes que forman parte de todo sistema de interacción social, que siempre es normativa.<sup>66</sup>

Con lo anterior nos es necesario encontrar un punto medio en el que converjan nuestros tipos ideales hasta ahora analizados, para poder obtener esa visión generalizada de la realidad social en la que nos encontramos inmersos, el

---

<sup>64</sup> *Íbidem*, pp. 77-78.

<sup>65</sup> *Íbidem*, p. 78.

<sup>66</sup> *Íbidem*, p. 239.

punto de encuentro de una teoría de sistemas expuesta por Luhmann y un funcionalismo jurídico es evidenciado incluso por el propio Günther Jakobs al retomar dicha teoría como hace referencia Rafael Márquez Piñero:

Günther Jakobs formula su pensamiento, partiendo de la idea del funcionalismo jurídico-penal concebido como aquella teoría, conforme a la cual el derecho penal está encauzado a garantizar la idea normativa, la constitución y la sociedad. La sociedad dentro de este razonamiento, no es entendida en consideración al punto de vista de la conciencia individual, y en tal sentido en un sistema que puede componerse de sujetos que realizan contratos, producen imperativos categóricos o se extienden en tareas similares.<sup>67</sup>

Esto refuerza lo dicho con antelación en el sentido de que la sociedad debe ser vista desde un conglomerado de relaciones, en las que se produce comunicación con fines económicos, comunicación que se constituye en el elemento propio de una teoría de los sistemas, Jorge Silvero Salgueiro argumenta al respecto:

La teoría de Jakobs se desenvuelve en un marco de comunicación entre sociedad, norma y persona. Para él, la sociedad es la construcción de un contexto de comunicaciones, cuya identidad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes. Sentadas las bases normativas de este contexto de comunicación debe ser capaz de mantener su configuración frente a modelos divergentes, en esta concepción, el delito se presenta en cuanto a comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. De esta forma la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Márquez Piñero, Rafael, *El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/225/dtr/dtr6.pdf>, 18 de abril de 2015. 14:00 PM.

<sup>68</sup> Silvero Salgueiro, Jorge, *Funcionalismo constitucional: ¿El enfoque de investigación en ascenso?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2734/14.pdf>, 18 de abril de 2015. 14:15 PM.

Es así que Jakobs determina al delito desde la perspectiva del mantenimiento de las estructuras sociales, pues en tal sentido está orientada su identidad:

En otras palabras -continúa diciendo- la sociedad mantiene las normas y al propio tiempo niega entenderse a sí misma de otra manera. Lógicamente en la aplicación de esta concepción, la pena no constituye solamente un medio para mantener la identidad social, sino que ya implica ese mismo mantenimiento.<sup>69</sup>

El derecho penal permite por tanto el mantenimiento de las estructuras sociales por legitimación social, sin embargo y como Parsons advertía, los mecanismos de mantenimiento pueden ser instaurados para sostener el ego del individuo en una relación económica de intercambio o de dominación en la que pocos sean los beneficiados, y si los sujetos no son acordes a ese fin, simplemente crea mecanismos para eliminarlos para así mantener el funcionamiento de la estructura sistémica y por su puesto su hegemonía, por lo que las normas de derecho penal que imponga serán más radicales tendientes a eliminar aquello que le perturbe.

Resulta interesante ver la opinión de Jakobs respecto de la teoría de sistemas Luhmann:

La exposición más clara de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al derecho penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de Luhmann.<sup>70</sup>

No obstante, hemos establecido que bajo un funcionalismo jurídico la norma penal tiende a mantener las estructuras, dado que las normas pueden ser impuestas para satisfacer el ego de un individuo, contribuyendo a la construcción de lo real subjetivo sistematizando para ello el control social o bien para el

---

<sup>69</sup> Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.*, nota 67.

<sup>70</sup> *Ídem.*

establecimiento de los delitos desde la perspectiva del mantenimiento de la vida social. Para reafirmar lo dicho tomaremos lo expuesto por Rafael Piñeiro Márquez:

En función de todo lo anterior, podemos considerar que existe una compatibilidad teórica entre el pensamiento sociológico de Niklas Luhmann y el criterio jurídico de Günther Jakobs. Tal situación es detectable desde un primer momento, ya que Luhmann empieza por atribuir al sistema jurídico (uno de los integrantes del sistema social complejo que contribuye a una sociedad moderna), y en nuestro caso a su variante jurídico penal, la función de estabilizar contrafácticamente la perturbación de expectativas normativas. Jakobs sigue argumentando en la misma línea, concretizando el núcleo del derecho penal, mismo que hace consistir en conformidad la identidad normativa de la sociedad. En la actualidad estos dos pareceres se encuentran lejos de haber conseguido unanimidad doctrinal (suponiendo que esa fuera su intención) ni en el campo sociológico, ni en el ámbito jurídico. En lo personal entiendo que hay una relación estrecha entre las dos expresiones, reflejada en la ponderación de la comunicación como un dato esencial en ambas.<sup>71</sup>

Esta construcción sociológica de la norma penal por tanto solo es posible porque la sociedad lo legitima mediante el discurso, y dado que el discurso es una figura globalizada, los sistemas se relacionan con otros sistemas y estos a su vez con posibles subsistemas existentes, y esto es solo posible mediante la comunicación. Miguel Polaino Orts comenta:

Derecho y lenguaje. Ambos son componentes imprescindibles del concepto social. Ésta constituye un sistema que engloba sólo comunicaciones (pero también todas las comunicaciones); esto es, las expresiones de sentido. La sociedad constituye un sistema social global, que se compone de varios subsistemas, los cuales coadyuvan a la estabilidad y a la conformación de la estructura social. Ese es, como cabe suponer, uno de los postulados básicos de la llamada teoría de los

---

<sup>71</sup> *Ídem.*

sistemas sociales, cuya formulación por obra del sociólogo alemán Niklas Luhmann ha ejercido un gran influjo en la dogmática penal funcional.<sup>72</sup>

En efecto, la teoría de los sistemas sirve para explicar el funcionalismo jurídico a nivel mundial y en una visión generalizada para explicar cómo el funcionalismo jurídico penal permite el mantenimiento del poder y la acumulación de capital mediante la criminalización del individuo disidente, pues como menciona Parsons simplemente el sistema le considera estorbo.

Finalmente y ante todo, el derecho y el lenguaje integran pues, desde nuestra perspectiva, subsistemas sociales intercomunicados e interdependientes entre sí, que describen un aspecto esencial de la sociedad y contribuyen al mantenimiento del sistema social global<sup>73</sup> el funcionamiento de las estructuras sociales, en tal sentido no podría explicarse sin la relación derecho y lenguaje, con independencia de quien sea el mayormente beneficiado de esa relación.

Así, las relaciones de poder dominación actuales son una composición ideológica entre lenguaje, derecho y poder, en el que quien ostenta éste último, busca los mayores beneficios de las operaciones resultante entre los tres elementos, ello porque quien tiene poder puede difundir un mensaje tal que construya desde su perspectiva la realidad.

El ámbito cerrado del lenguaje reduce la complejidad del universo, fijándolo en pequeños parámetros de comprensión, que permiten al individuo vivir y orientarse en el máximo o mínimo mundo del lenguaje, como si fuera el mundo de lo concreto, por lo tanto se vive en un mundo artificial.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> Polaino Orts, Rafael, *et al. Derecho penal funcionalista*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009, p. 4.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>74</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, p. 19.

## D. Estado de Excepción

De acuerdo a Víctor Manuel Durand Ponte la primera mención del término estado de excepción fue utilizado por Walter Benjamín en su octava tesis sobre el concepto de historia donde se lee “La tradición de los oprimidos nos enseña que el estado de excepción en que vivimos es la regla”<sup>75</sup>, sin embargo fue el filósofo jurista alemán Carl Schmitt en su obra “La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria”, en el que desarrolla la teoría del estado de excepción.

La teoría de Schmitt es una crítica al liberalismo, que sostiene que la soberanía radica en el pueblo, la independencia y la libertad del individuo, así como la democracia y el estado de derecho y, por la otra, un esfuerzo para refundar el estado conservador, la monarquía, dentro de la cual la soberanía radica en el soberano.<sup>76</sup>

Schmitt durante el desarrollo de su obra establece que para los autores del renacimiento, la dictadura era un concepto que se encontraba en la historia de Roma y en sus autores clásicos, como consecuencia de la expulsión de la figura de los reyes, para que en tiempos de peligro existiera un *imperium* fuerte<sup>77</sup>, en el que las funciones propias del dictador quien era nombrado por el cónsul eran la eliminación de cualquier situación peligrosa, por tanto, su fin era hacer la guerra (*dictadura rei gerendae*) o reprimir una rebelión interna (*dictadura seditionis sedandae*).<sup>78</sup> Al respecto Héctor Fix Zamudio comenta:

En efecto, el destacado jurista Carl Schmitt señaló que durante la República se estableció la dictadura comisarial, la que consistía en la designación por el cónsul

---

<sup>75</sup> Durand Ponte, Víctor Manuel, *Estado de excepción permanente*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Sociales, mayo-2012.  
[http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos\\_final/491trabajo.pdf](http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos_final/491trabajo.pdf), 20 de abril de 2015. 11:15 AM.

<sup>76</sup> *Ídem*.

<sup>77</sup> Schmitt, Carl, *La dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de las clases proletarias*, trad. José Díaz García, Madrid, Alianza Editores, 1999, p. 33.

<sup>78</sup> *Íbidem*, p. 34.

a solicitud del Senado, de un funcionario durante un periodo de seis meses con atribuciones para hacer frente a la emergencia, pero en la práctica, si la situación se normalizaba antes de concluir dicho plazo, el comisario debía dejar su cargo. El mismo autor distingue entre dictadura temporal (comisarial) y la permanente (soberana), que se transformaba en tiranía como los ejercidos por Sila y por Cesar.<sup>79</sup>

Partiendo de esta concepción de Schmitt en la que se expresa la existencia de un individuo cuyo poder es legitimado y cuya obligación es la de erradicar cualquier tipo de peligro, en su estudio sobre filosofía del siglo XVII, titulado *El Leviatán en la doctrina de Thomas Hobbes*, Schmitt sostiene que en el Estado lo que importa no es la representación de la totalidad por medio de una persona, sino el servicio factual y actual de la protección efectiva<sup>80</sup>, la situación excepcional pertenece al derecho, siendo definido el Estado por el monopolio de la decisión, por ello la existencia del Estado conserva la superioridad sobre la valides de la norma jurídica.<sup>81</sup>

El Estado por tanto, desde la perspectiva de Schmitt, es un status de unidad política cuyo objetivo debe ser la protección del Estado mismo, así en la interpretación del Príncipe de Maquiavelo, indica:

La organización política del poder y las técnicas de su conservación y su aplicación es diferente en las distintas formas estatales, pero siempre es algo que puede ser realizado de una manera técnica objetiva, los métodos difieren según las relaciones concretas, situaciones geográficas, carácter del pueblo, creencias religiosas, agrupaciones sociales del poder y tradiciones.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Los estados de excepción y la defensa de la constitución*, Boletín de Derecho comparado, número 111. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/111/art/art2.htm>, 20 de abril de 2015. 13:15 PM.

<sup>80</sup> Durand Ponte, *op. cit.*, nota 75.

<sup>81</sup> Herrera, Carlos Miguel *La polémica de Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/16/teo/teo8.pdf>, 21 de abril de 2015. 09:00 PM.

<sup>82</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota, 77, p. 39.

Desde la visión de Schmitt no es viable la exposición de la organización Estatal a ningún tipo de riesgo, por lo que es necesaria la neutralización y destrucción inmediata del mal, el soberano o rey, monarca dependiendo de la forma estatal impuesta, debe ser visto como potestad absoluta en este sentido, con ello Schmitt expone lo siguiente sobre Hobbes:

Según Hobbes, el soberano determina lo que es útil y lo que es perjudicial para el Estado y como los hombres son representados por sus representaciones del bien y del mal, de la utilidad y el perjuicio, el soberano tiene que tener también una decisión sobre la opinión de los hombres, pues de otro modo no puede determinar la lucha de todos contra todos, a la que el Estado tiene que poner justamente fin. Por eso en Hobbes el Estado tiene, por su propia constitución, el sentido de una dictadura, ya que habiendo surgido de la *bellum ómnium contra omnes*, tiene el fin de impedir permanentemente esta guerra.<sup>83</sup>

Por lo que, de acuerdo a Schmitt, aún y cuando quien ostenta el poder realice promesas de omisión, la falta a estas se justificara siempre que sea en beneficio del interés público, surgiendo con ello el estado de excepción por un tiempo determinado o indeterminado.

Fix Zamudio nos indica que esta dualidad de conceptos (soberano-estado de excepción) continuo durante la edad media, en la cual con diferentes variantes se diferenciaba entre la asunción de facultades amplias necesarias en momento de conflictos internos y externos, que tenían una duración limitada, y el tirano quien usurpaba o distorsionaba estos poderes de manera permanente.<sup>84</sup>

Lo que Schmitt retoma como la transición del Estado moderno del siglo XVIII, donde dicho precepto puede entenderse desde una consideración jurídico-política, en el hecho de que el concepto de la *plenitudo potestatis* papal se

---

<sup>83</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 77, p. 54.

<sup>84</sup> Fix Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 79.

convirtió en fundamento de una *reformatio* mayor, y de una transformación de toda la organización eclesiástica,<sup>85</sup> con ello hay que recordar que existió una etapa en la historia donde la representación del bien y del mal se instauraba no por el hombre o la sociedad, y no muy seguramente por el monarca, sino que tal atribución radicaba en la soberanía papal, así que, la figura del comisario era ejercida por miembros de órdenes religiosas, abates, priores o clérigos inferiores; que con frecuencia tenían que juzgar a otros clérigos, que les precedían en rango eclesiástico.<sup>86</sup>

Con lo anterior podríamos establecer que se incluía la observación de segundo orden en los puntos ciegos en donde se presentare el conflicto que escaba a la vista de las ordenes papales, lo que llega a constituir lo dicho en la teoría de Luhmann, con lo que sus injerencias eran absolutas y cuyo fundamento jurídico era que estas eran realizadas por el papa. Pese a ello, Schmitt nos comenta que la figura del comisario en esta época era muy ambigua:

La edad media se encuentran (sic) en los distintos países jueces ambulantes, *itinerari, discurores e inquisitores*. La palabra comisario es tan general que se emplea para toda clase de misiones políticas, y no solamente los príncipes, sino también los estamentos designan comisarios, es decir que los comisarios delegaban sus facultades en subordinados, con cuya ayuda cumplían sus cometidos, y además, mediante la subdelegación, surgían siempre nuevos comisarios.<sup>87</sup>

FIX Zamudio nos indica que aún en el renacimiento existe la distinción entre la jura *imperii* que comprendía los atributos del soberano, rey o emperador, y que comprendía la expedición de la legislación y su aplicación, en relación con la jura *dominationes*, que se ejercitaba durante la guerra y la insurrección, en interés de

---

<sup>85</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 77, p. 75.

<sup>86</sup> *Íbidem*, p. 77.

<sup>87</sup> *Íbidem*, pp. 82-83.

la existencia estatal y de la tranquilidad social<sup>88</sup>, o al menos era así como se exponía, nos permitiremos aclarar más adelante.

En el mismo orden de ideas Carl Schmitt realiza un análisis de la figura comisarial durante la revolución francesa de la que aremos también breve referencia y de la que Schmitt indica:

Tanto la asamblea constituyente como la legislativa dispusieron en sus decretos sobre numerosas particularidades de la administración. Pero el despliegue peculiar de la dictadura radica en la actividad de los comisarios. Estos aparecen no solo junto a los funcionarios ordinarios y a los numerosos comisarios de servicio de la Administración (comisario de policía, de hacienda y contribuciones, los comisarios nombrados por el ministro de la guerra para la administración del ejército) sino también junto a los comisarios de negocios propiamente dichos que eran enviados por los ministerios, con el fin de abolir las cargas feudales existentes, mantener el orden y la seguridad pública, dirigir las elecciones de nuevas autoridades por el pueblo, velando para que no fuera elegido ningún contrarrevolucionario.<sup>89</sup>

Las características que resalta Schmitt de los comisionarios durante la revolución francesa pueden resumirse de nuevo en el hecho de que su objetivo es la permanencia de la paz social y la seguridad del estado eliminando cualquier peligro latente que se pudiera presentar.

De la explicación del estado de excepción expuesto por Carl Schmitt a lo largo del periodo que comprende su obra *La dictadura*, se resalta que el ordenamiento del Estado de derecho, que comprende el estado de sitio, se mencionó por primera vez en la constitución francesa de 1815 de acuerdo al artículo 66 de la *acte additionnel* bajo el título *Droit des citoyens*, que se reserva a una ley el derecho de declarar el estado de sitio por motines internos<sup>90</sup>, es decir a resumidas cuentas se refiere a la intervención militar por cuestiones de motín, o

---

<sup>88</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 79.

<sup>89</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 77, p. 199.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 254.

bien por cuestiones de guerra donde se viera afectado el Estado de manera directa.

Retomemos nuevamente la definición de Carl Schmitt respecto del estado de excepción que bajo la *jura dominationis*, comprende que su titular pueda apartarse del *jus commune* en caso de necesidad y en interés de la existencia estatal y de la tranquilidad y de la seguridad pública, menciona que la guerra y la insurrección son dos casos de importante aplicación.

De acuerdo a Schmitt en su obra “El concepto de lo Político” el enemigo constituye el concepto primario por referencia a la guerra, con la salvedad de que hay que distinguir entre la existencia de la guerra como acción y la guerra como estado:

Si hacemos pues uso de la vieja y aparente insoslayable distinción entre la guerra como acción y la guerra como Estado, en el caso de la primera, cuando hay una batalla o una operación militar, esto es, en la acción misma, en las hostilidades, el enemigo está tan inmediata y visiblemente presente como adversario, que no hace falta además presuponerlo. Distinto en el caso de la guerra como estado. Aquí existe un enemigo, aun cuando hayan cesado las hostilidades abiertas y directas y las acciones bélicas.<sup>91</sup>

Necesitamos evidenciar algunas cuestiones respecto del pensamiento de Carl Schmitt, a fin de no cometer un error epistemológico y así justificar el que se haya considerado como tipo ideal en la comprensión de la realidad social actual.

El primer punto de referencia es que Schmitt entiende que el estado de excepción se presenta cuando existe un peligro eminente al Estado y a la sociedad y cuyo fin es el mantenimiento de la paz social, objetivo que suena un tanto lógico en el mundo del deber ser, si nos permitimos ver más allá de esta razón podremos evidenciar que el fin último del estado de excepción es

---

<sup>91</sup> Schmitt Carl, *El concepto de lo político*, Alianza Editores, Madrid. 1999. p. 131.

salvaguardar el poder de quien en su momento lo ostenta y por otro lado proteger el sistema económico implementado. Nos permitimos justificar.

Como indica Michel Foucault al mencionar a Nietzsche, hay que entender que el ideal no tiene origen, fue inventado, fabricado, producido por una serie de pequeños mecanismos.<sup>92</sup> Este ideal de lucha a favor del Estado y de la sociedad es sólo una construcción ideológica transmitida a través del discurso, ya visto en la teoría Luhmanniana donde el fenómeno comunicacional es una operación genuinamente social, y lo es porque presupone el curso de un gran número de sistemas de conciencia,<sup>93</sup> mismos que se entrelazan en las relaciones sociales.

Si de acuerdo a Schmitt el estado de excepción se presentó no importando, tiempo o lugar, y el único fin generalizado y presentado era la conservación de la paz social y del Estado, podemos analizar cualquiera de estas épocas para ver el fondo de todas las demás, nos permitiremos dar dos ejemplos. El primero de ellos se dará ubicándonos en la alta edad media donde Foucault nos indica:

Mientras el drama jurídico se desenvolvía entre dos individuos, víctima y acusado, se trataba solo del daño que un individuo causaba a otro. La cuestión consistía en saber si había habido daño y quien tenía razón. A partir de que el soberano o su representante, el procurador, dice: yo también he sido lesionado por el daño, resulta que el daño no es solamente una ofensa de un individuo a otro sino también una ofensa que infringe un individuo al Estado, al soberano como representante del Estado, un ataque, no al individuo sino a la ley misma del Estado. Se sustituye de manera la noción de crimen, la vieja noción de daño por la de infracción, una de las grandes invenciones del pensamiento medieval.<sup>94</sup>

De esto, podemos percatarnos que la figura del poderoso se impone y por tanto se adjudica el poder decisonal de juzgar, constituyéndose así mismo en un

---

<sup>92</sup> Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 51, p. 21.

<sup>93</sup> Niklas Luhmann, *op. cit.*, nota 3, p. 88.

<sup>94</sup> Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 51, p. 76.

monopolio de impartición de justicia con el fin de conservar la paz. Continuemos con lo dicho por Foucault:

Hay por último, un descubrimiento, una invención tan diabólica como la del procurador y la infracción: el Estado, o mejor, el soberano (ya que no se puede hablar de Estado en esta época) es no solo la parte lesionada sino además la que exige reparación. Es así que aparece con el mecanismo de las multas el gran mecanismo de las confiscaciones. Las monarquías occidentales se fundaron sobre la apropiación de la justicia, que les permitía la aplicación de estos mecanismos de confiscación. He aquí el fondo político de esta transformación.<sup>95</sup>

En cierta medida esto es lo que permitía la estabilidad económica del rey, es decir, las multas surgieron como forma justificativa de reparación a la ofensa causada a la investidura que representaba la figura del rey, permitiendo con ello la acumulación de este capital bajo el argumento de la paz social.

Demos paso al segundo ejemplo ubicándonos en Inglaterra siglo XVIII, Foucault indica:

Encontramos en Inglaterra del siglo XVIII otros grupos más interesantes e inquietantes: grupos de autodefensa de carácter paramilitar. Estos grupos surgieron como respuesta a las primeras grandes agitaciones sociales que no son aun proletarias pero que si configuran grandes movimientos políticos y sociales de fuerte connotación religiosa. Los sectores más acomodados, aristócratas, la burguesía, se organizan en grupos de autodefensa y es así como surgen una serie de asociaciones- la infantería militar de Londres, la compañía de artillería- espontáneamente, sin ayuda o con un apoyo lateral del poder. Estas asociaciones tienen por función hacer que reine el orden político, penal o simplemente el orden, en un barrio, una ciudad una región o un condado En última categoría de sociedad están las propiamente económicas. Las grandes compañías y sociedades comerciales se organizan como policías privadas para defender su patrimonio, sus

---

<sup>95</sup> *Íbidem*, p. 77.

stocks, sus mercancías y barcos anclados en el puerto de Londres contra los amotinadores, el vandalismo y el pillaje cotidiano de los pequeños ladrones.<sup>96</sup>

En este ejemplo la unificación de los grupos se presentaba en virtud de un interés unívoco, la protección de sus pertenencias y del buen desarrollo de sus economías al referir una estabilidad política y social. Si logramos comprender estos ejemplos, en los que la figura del comisario fue representada, aún y cuando el discurso fue el interés de la existencia estatal, la tranquilidad y la seguridad pública indicados por Schmitt, el fin último fue la acumulación de capital y la protección del mismo, y para ello el medio idóneo de legitimación social fue el lenguaje, la comunicación que produjo comunicación. Augusto Sánchez Sandoval nos indica:

Los sistemas ideológicos tienen tanto éxito, por que construyen un mundo del lenguaje, que le determinan a los individuos los parámetros dentro de los cuales debe aprender y comportarse, identificándole su valor propio, mediante la diferenciación y estigmatización de lo otro, que a su vez se construye con características de lo maléfico y que debe ser evitado.<sup>97</sup>

Por tanto, la realidad está limitada por las palabras, por el uso del discurso, acoplándose a la teoría de los sistemas de Luhmann, en el estado de excepción de Schmitt representado en un sentido micro, pero si observamos el tiempo en el que vivimos -y eh aquí la justificación del estudio de este tipo ideal- el discurso se ha mantenido, con la diferencia que le podemos observar en un sentido macro pues se re-direcciona en virtud del intervencionismo y con el discurso de los Derechos Humanos con el fin de garantizar la seguridad pública y el interés de la existencia estatal a nivel mundial, en razón de la universalidad de los mismos, y cuyo objetivo oculto será la protección del sistema financiero mundial, pues como veremos nos encontramos en una economía- mundo capitalista neoliberal.

---

<sup>96</sup> *Íbidem*, pp.103-104.

<sup>97</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, p. 17.

## **E. Derecho Penal del Enemigo.**

Hemos de comprender que bajo una funcionalidad sistémica neoliberal el criminalizar al individuo es parte de la función sistémica, porque el disidente es realmente peligro a cualquier ideal, es por ello que las políticas criminales implementadas en el caso de México tienden a ser políticas más severas con respecto a cierto tipo de delitos, el discurso político anti-criminal se reserva su saber para dar a conocer su poder, mismo que se legitima tras el discurso por la sociedad quien atemorizada por el criminal, el delincuente, se ubica dentro del sistema.

Analizando el discurso político-saber saber-político expuesto por Michel Foucault en *La verdad y las formas jurídicas* y en razón de la teoría de los sistemas expuesta por Niklas Luhmann, nos encontramos en presencia de un objeto de estudio creado por el discurso político de la sociedad del sistema neoliberal, pues como expone el propio Foucault, en las prácticas sociales pueden llegar a engendrar dominios de saber, que no solo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen además nacer más formas totalmente de sujetos y sujetos de conocimiento.<sup>98</sup>

Si la tendencia del sistema neoliberal es el criminalizar al disidente, y hemos dicho que las políticas anti-criminales establecidas en México se han endurecido por ser afines al sistema cuyo objetivo es la acumulación incesante de capital, por tanto es necesario analizar cuáles son estas políticas anti criminales y sus resultados en la sociedad.

En materia de derecho penal, las políticas anti-criminales implementadas en México más notoriamente desde que el entonces presidente del país Felipe Calderón Hinojosa declaró la guerra a la delincuencia organizada, han permitido la aplicación de lo que Jakobs Günther llamaría Derecho Penal del Enemigo, en el

---

<sup>98</sup> Foucault Michel, *op. cit.*, nota 51, p. 14.

que discursiva y políticamente se pondera por erradicar al individuo peligroso socialmente y al disidente sistémicamente hablando.

Nos atrevemos a decir en el juego del saber-poder poder-saber que expone Foucault como la perentoria desaparición de esta unión del poder y el saber para garantizar la supervivencia de la sociedad, donde a partir de este momento el hombre del poder será el hombre de la ignorancia<sup>99</sup>; pues discursivamente hablando con el fin de mantener a salvo a la sociedad y cumplir con la función política, en el saber-poder se criminaliza al individuo dañino a la sociedad y en el poder-saber del sistema se elimina al disidente quien no permite la hegemonía del poder.

Pero caben una serie de preguntas entonces ¿Qué es el derecho penal del enemigo?, ¿Es un nuevo derecho penal?, ¿Cómo responde a las necesidades de la sociedad?, ¿Cómo cumple su función sistémica el derecho penal del enemigo? Resolvamos entonces estos cuestionamientos.

Jakobs Günther al hablar del derecho penal (el cual también llama derecho penal del ciudadano) y el derecho penal del enemigo nos indica que:

Aún en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio-derecho penal del ciudadano- se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros- derecho penal del enemigo-, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano.<sup>100</sup>

Este primer argumento nos permite resolver la pregunta respecto de que si el derecho penal del enemigo es un nuevo derecho penal, por tanto responderíamos a tal cuestionamiento que no, el derecho penal del enemigo es un derecho penal de excepción aplicado solo a cierto tipo de individuos por cierto tipo

---

<sup>99</sup> *Íbidem*, p. 58.

<sup>100</sup> Günther, Jakobs y Manuel Cancio, Melina, *Derecho Penal del enemigo*, Hammurabi, Argentina, 2005, p. 19.

de delitos que no permiten principalmente la acumulación de capital y las estructuras verticales de poder-dominación, por tanto como establece Jakobs Günther, no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal.<sup>101</sup>

Ahora bien, jurídicamente hablando ha existido por parte del gobierno mexicano una tendencia a reaccionar ante cierto tipo de conductas delictivas de una manera en la que el poder coercitivo del que dispone se evidencia, estas conductas son: la delincuencia organizada, el lavado de dinero, la trata de personas, el terrorismo, secuestro, actividades en las que el principal medio y cuyo objetivo seguro se recalca son los recursos económicos.

Por tanto el argumento de la existencia del otro polo del derecho penal en Jakobs en razón de la existencia de este tipo de delincuentes que van más allá de lo que se denominaría un delincuente ordinario o común, no faltaría quien argumentara “finalmente hablamos de delincuentes”, pero creemos que el análisis de los especialistas que hablan del derecho penal del enemigo no va en razón de la persona misma sino de los efectos que produce en la sociedad, y quien analiza el sistema neoliberal, nos atreveríamos a decir, se refiere a los efectos que produce en este sistema por las repercusiones económicas al mismo.

En el discurso político Jakobs nos indica que el Estado puede proceder de dos modos con respecto a los delincuentes, puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido errores, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico<sup>102</sup> esta visión sería clara en el mundo del deber ser, no obstante ocurren ese y otros efectos en el mundo del ser.

---

<sup>101</sup> *Ídem.*

<sup>102</sup> *Íbidem*, p. 51.

De esto se desprende que el discurso político crea al individuo que pone en peligro a la sociedad a un grado tal que le resulte dañino, por tanto, la sociedad acepta y legitima el discurso político en razón de que como dice Foucault:

El discurso verdadero es aquel por el cual se tiene respeto y terror, aquel al que es necesario someterse porque reina, es el discurso pronunciado por quien tiene el derecho y según el ritual requerido; es el discurso que decide la justicia y atribuye a cada uno su parte; es el discurso que, profetizando el porvenir, no sólo anuncia lo que va a pasar, sino que contribuye a su realización, arrastra consigo la adhesión de los hombres y se engarza así con el destino.<sup>103</sup>

Así, desde la visión del derecho penal del enemigo se espera un comportamiento más estricto de las personas, en tanto una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir precisamente no infringiéndola.<sup>104</sup>

Esta construcción ideológica discursiva-social y sistémica del llamado no humano por Jakobs, en materia de derecho penal del enemigo, parte de la idea que solo es considerada persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real, por tanto, quien no cumpla esta función sistémica no podrá ser considerado humano. Isabel Claudia Martínez Álvarez expresa que en cuanto a la perspectiva teórica, en la postura de Jakobs, el enemigo es definido básicamente mediante una interpretación negativa: son enemigos quienes no son personas.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Foucault, Michel, *El orden del discurso*, 4ª edición, España, Fabula Tusquets, 2008, pp. 19-20.

<sup>104</sup> Günther, Jakobs, *op. cit.*, nota 100, p. 37.

<sup>105</sup> Martínez Álvarez, Isabel Claudia, *El derecho penal del enemigo*, Porrúa, México, 2013. p. 49.

En tal sentido, es necesario esbozar los principios propios de este derecho penal del enemigo que desde la perspectiva teórica pueden variar, pero de los que destacamos el adelantamiento de la punibilidad, el incremento de la penalidad y la supresión de garantías procesales, todas ellas establecidas por Jakobs durante su teoría del derecho penal del enemigo.

Para establecer el principio de anticipación de la punibilidad citemos al mencionado autor:

El derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectivo (punto de referencia: hecho cometido)<sup>106</sup>

De esta concepción se puntualiza respecto de actos con carácter preparatorio, con lo que consideramos se potencializa la peligrosidad del sujeto, lo que conlleva a establecer penas más elevadas como continúa diciendo Jakobs:

En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionalmente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada.<sup>107</sup>

La lógica de este criterio va en función de 2 puntos importantes, el primero de ellos es que los delitos que sanciona el derecho penal del enemigo producen mayores efectos negativos en la seguridad de la sociedad sobre todo tratándose de delincuencia organizada<sup>108</sup>, el segundo punto y de mayor trascendencia para el

---

<sup>106</sup> Günther, Jakobs, *op. cit.*, nota 100, p. 90.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>108</sup> En tal sentido la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en su artículo 2º establece que por delincuencia organizada se debe entender la organización de hecho de tres o más personas para cometer en forma permanente o reiterada delitos tales como: terrorismo, financiamiento al terrorismo, terrorismo internacional, falsificación o alteración de moneda, en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, corrupción de personas, delitos en materia de trata de personas, secuestro.

sistema es que son delitos que implican una cuestión económica cuya repercusión recae directa o indirectamente en el sistema económico del país. Nos permitiremos retomar este punto más adelante a efecto de dar paso a la explicación del siguiente principio de derecho penal del enemigo que establece Jakobs, la supresión de garantías procesales, bajo un estudio sobre el tema Luis Gracia Martín nos indica al respecto:

En el contexto de su interpretación de *Hobbes*, la disminución de garantías procesales es una consecuencia necesaria de la propia configuración del derecho penal de enemigo, ya que en realidad, el proceso penal frente a enemigos no tiene como fin la imposición de una pena (*punishment*), sino la venganza (*revenge*), de tal modo que sería discutible que, para la venganza en el estado de guerra sean necesarias garantías.<sup>109</sup>

Jakobs indica por tanto que, mientras en el derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal de enemigo es la eliminación de un peligro,<sup>110</sup> eminente como lo describe Carl Schmitt en el estado de excepción.

Existen sin embargo otros principios en materia del derecho penal del enemigo, que Jakobs seguramente encuadraría dentro de la reducción de garantías procesales, no obstante, con el fin de realizar un examen más complementario respecto a esta figura y en atención al derecho garantista con el que se cuenta, es de suma importancia estudiarles por separado, estos que serían considerados principios post-modernos del derecho penal del enemigo, tales como la detención por simple sospecha, la inversión de la carga probatoria y el principio de extraterritorialidad, el agente encubierto entre otros.

---

<sup>109</sup> Gracia Martín, Luis, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. 22 de abril de 2015. 13:23 PM.

<sup>110</sup> Günther, Jakobs, *op. cit.*, nota 100, p. 63.

De lo anteriormente planteado podemos dar respuesta al segundo de los cuestionamientos enunciados en un principio ¿Cómo responde a las necesidades de la sociedad?, las necesidades de la sociedad en materia de seguridad consideramos son cubiertas discursivamente, es decir, el gobierno cumple su función al criminalizar al sujeto, al no humano, en virtud de su peligrosidad aumenta las penas, su punibilidad, se adelanta al hecho, le restringe garantías con el fin de brindar seguridad a la sociedad, misma que por tales motivos legitima el discurso, y hasta este momento cumple con el discurso político-saber al que está obligado, con independencia de que este discurso político-saber tenga eficacia o no, pues finalmente produce efectos en la sociedad, no obstante hay que recordar la otra perspectiva que Foucault nos plantea el saber-político el cual es necesario analizar.

Hemos explicado que si las penas en materia de derecho penal del enemigo son más fuertes es por 2 razones muy poderosas, la primera son los efectos que produce en la sociedad y, en segundo lugar, de mayor importancia, para el sistema neoliberal, es la repercusión directa o indirecta que acarrea al sistema económico lo que debe erradicarse a toda costa. Lo que da pauta a responder al tercer cuestionamiento ¿Cómo cumple su función sistémica el derecho penal del enemigo?

Para dar contestación a esta pregunta, en virtud de un acercamiento anteriormente explicado respecto del sistema político criminal global como aquella estructura cerrada económica, nos permitiremos exponer las ideas de Immanuel Wallerstein en su obra “Análisis de sistema-mundo”, en el que nos indica que el sistema-mundo en el que vivimos tuvo sus orígenes en el siglo XVI, principalmente en partes de Europa y de América y que la misma siempre ha sido una economía-mundo:

Lo que queremos decir con economía-mundo (la *économie-monde* de Braudel) es una gran zona geográfica dentro de la cual existe una división del trabajo y por

tanto un intercambio significativo de bienes básicos o esenciales. Una característica definitoria de una economía-mundo es que no está limitada por una política unitaria. Por el contrario hay muchas unidades políticas dentro de una economía-mundo, tenuemente vinculadas entre sí en nuestro sistema-mundo moderno dentro de un sistema interestatal.<sup>111</sup>

Ahora bien, Wallerstein nos indica que nos encontraremos en un sistema capitalista sólo cuando el sistema da prioridad a la incesante acumulación de capital concepto relativamente fácil en palabras del propio autor, lo que significa que, las personas y las compañías acumulan capital a fin de acumular más capital, un proceso continuo e incesante.<sup>112</sup>

Lo trascendente de esta definición que Wallerstein proporciona es que la acumulación incesante de capital no va directamente al Estado, sino que son las personas y las compañías quienes lo acumulan, por tanto, al no ser el Estado quien lo acumula esté se debilita económicamente, por lo que a fin de mantener su estabilidad se ve obligado a realizar recorte al gasto público, desestatización y privatización de áreas estratégicas, lo que Naomi Klein denomina la trinidad del neoliberalismo.<sup>113</sup>

Es importante indicar que, el medio idóneo para lograr esta estabilidad a recaído en el Derecho, más específicamente el derecho penal, al criminalizar al disidente sistémico, por no permitir la estabilidad económica del Estado y por tanto del sistema mundo capitalista neoliberal, resultando en un derecho penal aplicado al enemigo, pues en tal sentido las personas en razón de cálculo<sup>114</sup> esperan que no se infrinjan las normas, pues de lo contrario se le considera como tal, como un enemigo.

---

<sup>111</sup> Wallerstein, Immanuel, *Análisis de sistema-mundo una introducción*, Siglo XXI Editores, 2ª ed., México, 2006, p. 40.

<sup>112</sup> *Íbidem*, pp. 40-41.

<sup>113</sup> Klain, Naomi, *La doctrina del Schok: el auge del capitalism del desastre*, Madrid, Bolsillo Paidós, 2010, p. 112.

<sup>114</sup> *Vid. supra*, p. 41.

Es así como consideramos que cuando existe protección al sistema económico del Estado, se protege por tanto también y aún más al sistema mundo capitalista neoliberal, permitiéndole mantenerse y por tanto reproducirse, es por ello que el derecho penal del enemigo le es afín al sistema.

Con lo antes indicado nos queda el primero de los cuestionamientos ¿Qué es el derecho penal del enemigo? Dicha respuesta debe ser dada desde una concepción teórico–sistémica sin dejar de lado la visión generalizada en la que se estudia dicho tipo ideal.

En un estudio como el que se pretende realizar consideramos que, si bien Jakobs nos indica las tres características propias del derecho penal del enemigo como lo son: el adelantamiento de la punibilidad, desproporcionalidad de la pena, o la supresión de las garantías procesales, se cometería un error epistemológico considerar esto una definición, pues consideramos que carece de ciertos elementos post-modernos ya antes mencionados, aunado a los medios y propiamente el fin que se persigue mediante su aplicación.

Ahora bien, los elementos que hemos estudiado con antelación, la teoría de los sistemas ideológicos de Niklas Luhmann, el control social expuesto por Augusto Sánchez Sandoval, el estado de excepción de Carl Schmitt, el sistema mundo de Wallerstein, y el funcionalismo de Parsons, nos ayudaran a tal conceptualización, es por ello que es menester retomar bases primordiales de cada uno de estos conceptos.

La teoría de los sistemas expuesta por Luhmann nos indica que un sistema se constituye y se mantiene mediante la creación y la conservación de la diferencia con el entorno, y utilizan sus límites para regular dicha diferencia, por tanto, nos explica la existencia, conservación y reproducción del mismo, en el mismo sentido que Parsons nos indica que las sociedades constituyen un todo social que se traduce en un sistema.

Augusto Sánchez Sandoval nos menciona que el control social es el resultado de las estrategias que han permitido que el poder logre de los dominados la obediencia y el consenso, para la permanencia de su proyecto hegemónico.

Carl Schmitt como un antecedente al derecho penal del enemigo nos indica el estado de excepción como la posibilidad de que el titular del poder se aleje del *ius commune* con el único fin de preservar la existencia estatal y la tranquilidad y seguridad pública.

En el mismo orden de ideas Wallerstein nos ha indicado que el sistema mundo capitalista neoliberal en el que nos encontramos tiene como fin último la acumulación incesante de capital, con estos elementos determinamos entonces que el derecho penal del enemigo puede ser conceptualizado de la siguiente manera:

Medio de control social de reproducción sistemático, que permite el mantenimiento de las relaciones verticales de poder-dominación y la acumulación incesante de capital de un sistema mundo capitalista neoliberal a través de la criminalización del individuo por la legitimación social.

## CAPÍTULO II

### SISTEMAS IDEOLOGICOS, CONTROL SOCIAL Y SEGURIDAD NACIONAL

#### A. De la sociedad, la idea de estabilidad y orden.

Si bien es cierto, el estudio de la *sociedad* ha sido referencia de diversas materias como la Historia, la Filosofía, la Sociología y otras áreas de la Ciencia, la pregunta acerca de cómo es posible el orden social no surge al inicio sino al final de una larga tradición de reflexiones acerca de las relaciones sociales.<sup>115</sup>

El presente apartado pretende estudiar el elemento *sociedad* desde la perspectiva de la *sociología-jurídica*, en el entendido que este método transdisciplinario tiene por objeto de estudio los comportamientos humanos vinculados directa o indirectamente con el nacimiento, derogación o aplicación de normas jurídicas,<sup>116</sup> aunado a lo anterior, el conocimiento y análisis de todo sistema jurídico no puede ser completo sino se analiza a la sociedad de donde surgen todas las relaciones que el Derecho pretende regular.

Ningún individuo puede por sí cubrir todas sus necesidades para sobrevivir; luego entonces, tendrá la necesidad de relacionarse con otros individuos a fin de satisfacer dichas necesidades, uniéndose en grupos, creando sociedades, generando medios para crear relaciones y todo ello a través de la comunicación.

En esta coexistencia, Agustín Basave Fernández distingue lo que denomina causas de la sociedad:

- a) Causa material: Son los hombres quienes constituyen la causa material de la sociedad. Son ellos quienes, al mismo tiempo, reciben y dan forma al compuesto. El ser humano empieza, por ser materialmente sociable. Por inclinación y por necesidad el hombre se agrupa en sociedad. Física y moralmente se siente inclinado a la vida en común con los de su especie. Una doble motivación hace del

---

<sup>115</sup> Luhmann, Niklas, *¿Cómo es posible el orden social?*, trad. de Pedro Morandé Hatzacorsian, México, Herder, 2009, p. 39.

<sup>116</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, UNAM, FES Acatlán, México, 2012, p. 7.

hombre el máximo ser social: resultado de su razón y el hombre, radicalmente insuficiente, echa mano de la división de trabajo para repartir las tareas y dar margen al cumplimiento de la vocación.

- b) Causa formal: El acto que constituye intrínsecamente a la sociedad es la unión moral. Para lograr la felicidad natural imperfecta de esta vida es necesario que los hombres se unan ordenadamente distribuyéndose equitativamente los derechos y deberes.

La unidad social hace de la sociedad un cuerpo orgánico, una persona moral distinta de los miembros que la componen.

- c) Causa eficiente: En el hombre reside la fuente de la sociedad. No es esta la que hace a aquél, sino aquél el que hace a ésta. Y la hace no como resultado de una simple fuerza impersonal o ley orgánica, sino inteligentemente. El hombre desea necesariamente todo aquello que conserva su ser. Su voluntad le lleva necesariamente a la vida social, como medio de conservar y perfeccionar su ser. Y esta voluntad es al mismo tiempo, aunque en diferente sentido, necesaria y libre.
- d) Causa final: Una reunión de hombres, siempre persigue una finalidad.

Es el bien común la causa final de la sociedad: bien obtenida individual y simultáneamente por todos sus miembros. Pero el bien común es un fin intermedio-*finis quo*-, en virtud del cual cada miembro del cuerpo social obtiene su bien personal.

El bien común debe dar satisfacción a todas las necesidades del hombre: físicas, intelectuales, morales, religiosas.<sup>117</sup>

Entonces el ideal se fundamenta en que el hombre buscara la satisfacción individual mediante la interacción social a fin de garantizar su estabilidad en los diversos aspectos de su vida, por tanto, cada individuo en la sociedad ve garantizada su propia satisfacción bajo la idea del *bien común*, ese bien común que para Isaac Guzmán Valdivia tiene las siguientes características:

- 1) Universalidad. Es universal el bien común:

---

<sup>117</sup> Fernández del Valle, Agustín Basave, *Teoría del Estado. Fundamentos de filosofía política*, México, Trillas, 2007, pp. 61-62.

- a) Nada de lo que es humano le es extraño, comprende el conjunto de los valores humanos
  - b) No busca la ventaja de una clase de individuos, sino la de todos, cualquiera que sea el carácter o la función que los individualice en la sociedad.
- 2) Plasticidad. El bien común es siempre una realidad concreta, un medio organizado conforme a los mejores recursos del momento, y es un claro error no ver en el sino una abstracción.
  - 3) Susceptible de progreso. El bien común jamás es agotado por las formas históricas que reviste en un momento dado y en una civilización determinada: el estado social de hoy encarna momentáneamente un ideal que jamás es alcanzado.
  - 4) Su noción es de carácter dinámico. Un estado social es un hecho adquirido, es una realización concreta; pero es también un estado de tensión hacia el porvenir. Todo orden establecido lleva en sí su principio de desequilibrio, porque su meta, su término, su fin, están colocados en el infinito: en ese bien completo de la naturaleza humana, siempre parcialmente realizado, jamás perfectamente alcanzado.<sup>118</sup>

Con ello podemos diferenciar ese *bien común* como una construcción ideológica con tendencias utópicas, dada la imposibilidad de su alcance, en virtud de que, en las relaciones sociales puede o no darse una correcta comunicación de los individuos, resultando en la posibilidad de alcanzar o no determinado fin. Por ello, cada contacto social tiene que comprenderse como sistema, hasta llegar a la sociedad misma como conjunto que toma en cuenta todos los contactos posibles<sup>119</sup> pues por si solos forman un precedente que constituye el todo social al que aludía Parsons.

Para indagar en lo antes dicho, es de mencionarse que, todas las relaciones sociales se concretizan mediante el lenguaje, medio por el cual los individuos generan más y más comunicación, creando un sistema que se reproduce constantemente, por tanto, la sociedad es un sistema autorreferente y *autopoietico*

<sup>118</sup> *Cit. Post.* Fernández del Valle, Agustín Basave, *op. cit.*, nota 117, p. 113.

<sup>119</sup> Luhmann, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, trad. de López Petit y Dorothee Schmitz, España, 1997, p. 47.

que se compone de comunicaciones<sup>120</sup>, pero a su vez, es precisamente la falta de adecuada comunicación y entendimiento lo que puede generar conflictos; pues si bien los individuos tienen la capacidad de pensar, no en todos ellos se da la misma capacidad de razonar, al respecto Augusto Sánchez Sandoval explica:

La comunicación humana es dual e implica una continua coordinación de comportamientos, y puesto que implica al pensamiento conceptual y al lenguaje simbólico, genera también imágenes mentales, pensamientos y significados. Por consiguiente, es de esperar un doble efecto de las redes de comunicación: por un lado, genera ideas y contextos de significados, y por otro, normas de comportamiento o -en el lenguaje de los teóricos sociales- estructuras sociales.<sup>121</sup>

Es así que, está falta de comunicación en los individuos es resultado de la relación dato-capto que se genera entre el mundo de lo concreto, el mundo biológico individual y el mundo del lenguaje:<sup>122</sup>

Las personas tienen conciencia relativa del mundo de lo concreto y del mundo del lenguaje que los rodea, dependiendo de su mundo biológico individual y de sus predisposiciones para captar los datos o informaciones que reciben de la naturaleza-universos y del lenguaje con que cuentan para explicar el capto.

En consecuencia, entre el dato que se percibe y el capto que se convierte en conciencia de la realidad, se pasa por la descripción que consiste en la decodificación de la información que hace el cerebro, para luego reunificarse en el proceso de experiencia cognitiva de la mente. El resultado es un capto del que se puede tener conciencia o no. Por ello, la comunicación humana puede darse, o no darse,

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>121</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 116, p. 44.

<sup>122</sup> Cabe la aclaración que, el *mundo de lo concreto*, es el que es y está ahí, independientemente de la percepción que se tenga de él. Integra todo lo mineral, lo vegetal, lo animal y lo que no cabe en esas clasificaciones, pero que están en constantes procesos de cambio [...] En tanto el *mundo biológico individual*, lo referimos a los procesos que ocurren dentro de todo ser vivo y que lo hace único, está encerrado en los límites de la unidad organizada y autopoietica de componentes energéticos, con un circuito metabólico de componentes que le da identidad y lo diferencia del medio ambiente. El *mundo del lenguaje*, es el que se inventa por los hombres en la comunicación, para construir la conciencia de lo real, la cual se institucionaliza y se reproduce a través de la ideología-norma. *Ibidem*, pp. 13 y sig.

comprenderse, no comprenderse, o entenderse de manera diferente a la forma en que fue emitida en la interacción recursiva entre los sujetos.<sup>123</sup>

Podemos indicar entonces que, las relaciones o sistemas de relaciones sociales son complejas resultando en determinados casos en conflictos resultado de diversas percepciones, que de una u otra manera se tienen que regular a fin de que se logre cierta estabilidad, orden y seguridad. Luhmann expresa:

Los sistemas no son simplemente relaciones entre elementos. Las relaciones tienen que regularse de alguna manera. Esta regulación utiliza la forma básica del condicionamiento. Esto significa que: una determinada relación entre elementos se realiza solamente bajo la condición de que cosa sea el caso, o que no lo sea. Siempre y cuando hablemos de condiciones o mejor dicho de condiciones de posibilidades.<sup>124</sup>

No obstante los conflictos sociales, Luhmann nos dice que existen presupuestos que explican el orden social respecto de la forma en que las sociedades han regulado sus relaciones:

- a) Una primera posibilidad es presuponer el problema del orden social como ya solucionado por medio de un concepto. Se utiliza una *petitio principii*. Existe un *Koinón*, un grupo, una comunidad. Esta técnica de conceptualización presupone que tales conceptos tienen tanta plausibilidad que se puede prescindir de preguntas ulteriores. Es difícil controlar en todo caso, que un concepto como este reúna las mismas ideas. Esto se demuestra comúnmente recién cuando divergen las consecuencias o sus aplicaciones y resulta difícil entonces retornar al fundamento analítico.
- b) Una segunda opción consiste en la utilización de una metáfora que resulte convincente por su plasticidad y haga innecesario el análisis posterior al no tener que justificarse como aporte conceptual.
- c) Finalmente hay un tercer procedimiento. Éste utiliza un modelo social. Su tipo preferido es el contrato, porque los contratos vinculan personas según modelos conocidos. En conexión con ello se puede decir que la sociedad se constituye

---

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>124</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 119, p. 65.

mediante un contrato o, incluso, ella es un contrato. Se piense así el contrato como una unidad de la diferencia y el consenso como modo de unificación<sup>125</sup>

En efecto, de las anteriores explicaciones expuestas por Luhmann, desde la perspectiva ideológica, es el *contrato social* lo que lleva a los individuos a unificarse bajo la idea del mantenimiento del orden social.

Cabe la aclaración que, si bien las formas de organización social a lo largo de la historia han sido muchas y muy diversas, el presente trabajo de investigación bajo la perspectiva *sociológica-jurídica* que hemos tomado, da pauta a entender que el esbozo de la presente investigación parte del momento en que la *sociedad* es considerada un elemento a la par del Estado, no es desconocido que existieron etapas de la historia en las que la categoría de ciudadano era un elemento excluyente por lo que ciertos individuos no eran considerados parte integrante del todo social, por condiciones religiosas, políticas o étnicas.

Haciendo un poco de remembranza y retomando la idea de los elementos del Estado, Hermann Heller indicaba que la *Sociedad*, en cuanto concepto recíproco del Estado tuvo sus orígenes históricos en Europa, y cuya aparición se halla estrechamente unida al pleno despliegue de la forma económica capitalista, a la definitiva liquidación del orden social estamental y al nacimiento de la sociedad civil.<sup>126</sup> Esta visión euro-centrista dio un cambio al paradigma respecto de la *sociedad*:

La sociedad civil, según su idea económica, es la sociedad pura de relaciones de mercado entre sujetos económicos iguales y libres. El *pathos* de su pensamiento de libertad aparece basado en el *ethos* de la autodeterminación y auto responsabilidad que a cada persona debe corresponder a sí misma y a su

---

<sup>125</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 115, pp. 35-36.

<sup>126</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 146.

propiedad. Su primer supuesto es, pues, la libertad y la igualdad jurídica de las personas.<sup>127</sup>

No debemos olvidar sin embargo que, la *sociedad* como paradigma recíproco del Estado, es constituido por individuos que a lo largo de la historia han mantenido diferencias de estatus generando en ella sociedades y estamentos más pequeños, unidos por la naturaleza o por la ley o por ambas a la vez,<sup>128</sup> y por ello no pueden dejarse de lado dichas diferenciaciones, bajo la *autopoiesis*, la recursividad del sistema da como resultado ya no las relaciones esclavo-amor, ni tampoco patrón-terrateniente sino sociedad-gobierno, sin embargo aún con las diferenciaciones pueden constituir dos tipos de sociedades civiles:

- a) La sociedad civil vertical con sistema de producción de poder dominación, cuando una autoconciencia vence a la otra, y la vencida prefiere la vida a la libertad, por lo cual, se somete y se humilla a su vencedor, trabajando para él y dándole los bienes que obtiene y produce del mundo.
- b) La sociedad civil horizontal con sistema de producción de poder-solidaridad, en que ninguna de las autoconciencias vence a la otra y quedan en un equilibrio que las obliga a reconocerse y respetarse recíprocamente, trabajando en conjunto el mundo y obteniendo los bienes y satisfacciones equitativamente dados para los dos.<sup>129</sup>

Por tanto, la sociedad civil posmoderna se constituye a partir de esta percepción individualista con miras a lograr ideales como la igualdad, la libertad, la seguridad y la estabilidad social, lo que trajo consigo significativos cambios sociales, inclusive al grado de considerársele punto medular en el nacimiento de la democracia, como hace alusión Norberto Bobbio:

La democracia nació de una concepción individualista de la sociedad, es decir, de una concepción por la cual, contrariamente a la concepción orgánica dominante en la antigüedad y en la edad media según la cual el todo es primero que las partes,

---

<sup>127</sup> *Ibidem*, pp. 148-149.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>129</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op.cit.*, nota 116, pp. 74-75.

la sociedad, toda forma de sociedad, especialmente la sociedad política, es un producto artificial de la voluntad de los individuos.<sup>130</sup>

Para ubicarnos en el contexto mexicano del surgimiento de la sociedad civil desde la perspectiva jurídica-social, hay que recordar que, después de la independencia en septiembre de 1821, lo que siguió fue encontrar la forma de gobierno adecuada para la época que se vivía, instaurándose el imperio de Agustín de Iturbide, pero su despotismo provocó una rebelión militar que, con fundamento en el Plan de Casa Mata, además de la reinstalación del Congreso, logró finalmente su abdicación<sup>131</sup> cambiando la forma de gobierno imperialista al de la república representativa que culminó con la promulgación de la constitución de 1824, cuyo artículo 4 indicaba que la Nación mexicana adoptaba para su gobierno la forma de República representativa, popular y federal.<sup>132</sup>

No obstante dicha constitución, México vivió entre invasiones y guerras internas durante los siguientes 90 años hasta resultado de la revolución Mexicana surge la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917 misma que actualmente rige y de cuyo artículo 40 se desprende que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa. Consagrándose adicionalmente la división de poderes.

La nueva estructura político-social del país fue vista entonces como forma de gobierno más idónea, por un lado, los individuos tendrían reconocimiento ante la ley que les garantizaba su libertad, su igualdad, procurando la estabilidad y el orden social, motivo que llevo a su reconocimiento como mandamiento máximo, pese a que sólo el congreso constituyente tuvo voz y voto en su creación.

---

<sup>130</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3ª ed., trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 28.

<sup>131</sup> UNAM, Museo de las constituciones, Constitución de 1824,  
<http://www.museodelasconstituciones.unam.mx/Exposiciones/page14/page3/page3.html>,  
10 de septiembre de 2015, 1:14. PM.

<sup>132</sup> *Ídem.*

## B. Del contrato social liberal al control social del neoliberalismo

Hemos dicho hasta este momento que, los individuos por su necesidad se unen formando sociedades cuya base se centra en la comunicación, pero qué a su vez, la ausencia del buen entendimiento genera conflictos entre los individuos, por lo cual existe la necesidad de regular dichas relaciones, de ello que se justifique la existencia del derecho como medio y cuya base se ratificaba en el contrato social.

R.H.S Crossman nos indica que, aún y cuando existen diferentes formas de gobierno, estas cuentan con parecidos significativos, por eso a pesar de sus diferencias, la figura del Estado moderno puede estudiarse en Inglaterra, Norteamérica o cualquier otro como si perteneciesen a un sólo tipo,<sup>133</sup> bajo este criterio podríamos indicar que la punta de lanza para el tipo ideal del contrato social se dio en Inglaterra con las obras del Leviatán de Thomas Hobbes y El ensayo sobre el gobierno civil de John Locke, a estas obras le podemos sumar también la obra de Jean Jacques Rousseau el Contrato Social.

La primera de estas obras esboza una Teoría del Estado-Nación que resume todo el espíritu renacentista proporcionando además una base filosófica al movimiento que se veía en la obra El Príncipe de Nicolás Maquiavelo<sup>134</sup>, es decir, el Estado-Nación surge del contrato social, efectuado entre todos los habitantes de un territorio determinado, en este contrato cada individuo renuncia a sus derechos a la defensa propia en favor del estado a condición de que todos los otros hagan lo mismo.<sup>135</sup> Este acuerdo de voluntades elimina el *estatus quo* de los individuos a fin de ser protegidos contra cualquier instancia que vulnere o ponga en riesgo la estabilidad y el orden social por el cual los individuos en lo particular pueden alcanzar su estabilidad personal.

---

<sup>133</sup> Crossman, R.H.S, *Biografía del Estado Moderno*, 3a ed., trad. de J.A Fernández de Castro, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, Colección popular 63, p. 18.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 18.

El único camino para erigir un poder común, capaz de defenderlos contra invasiones de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por sus frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puede reducir sus voluntades a una voluntad.<sup>136</sup>

En el Leviatán Hobbes establece que se trata de algo más que el consentimiento o concordia; dice, es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás<sup>137</sup>, bajo esta idea se configura al Estado-Nación como el bien intencionado protector de los individuos que lograran bajo su protección la estabilidad y el orden social.

Fueron los constantes abusos de poder lo que dio pauta para que John Locke concibiera una nueva forma de democracia, decretando la abolición de la soberanía tal y como se había entendido hasta entonces y la reemplaza con una división de poderes entre legislatura y ejecutivo, es decir un nuevo monarca constitucional<sup>138</sup>, con una teoría en el que la propiedad privada no se deriva del estado, sino de los propios derechos individuales.<sup>139</sup>

En la filosofía política de Locke, el contrato social ya no giraba en torno al Leviatán sino alrededor del co-pacto de asociación, mediante el cual el estado de naturaleza se transformaba en una sociedad civil<sup>140</sup>, en la que se establecía la existencia de la transmisión de su libertad a un ente regulador de conductas sociales a través del contrato social.

Ahora bien: no pudiendo existir ni subsistir una sociedad política sin poseer en sí misma el poder necesario para la defensa de la propiedad, y para castigar los

---

<sup>136</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán I*, trad. de Juan Carlos García Borrón, Madrid, Sarpe, 1984, Los grandes pensadores, Número 24, p. 179.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>138</sup> Crossman, R.H.S, *op. cit.*, nota 133, p. 78.

<sup>139</sup> *ibidem*, p. 77.

<sup>140</sup> Melossi, Darío, *El Estado de control social*, trad. de Martin Mur Ubasart, México, Siglo Veintiuno Editores, 1992, p. 36.

atropellos cometidos contra la misma por cualquiera de los miembros de dicha sociedad, resulta que sólo existe sociedad política allí, y allí exclusivamente, donde cada uno de los miembros ha hecho renuncia de ese poder natural, entregándolo en manos de la comunidad para que todos aquellos casos que no le impiden acudir a esa sociedad en demanda de protección para la defensa de la ley que ella estableció.<sup>141</sup>

Desde su mirara se le concedía importancia capital a la preservación de la autonomía de la sociedad civil,<sup>142</sup> por ello los conflictos entre los propietarios de los medios de producción y los no propietarios en la sociedad no debía ser resulta por la misma sociedad sino por un hombre autorizado con tales fines.

La comunidad viene a convertirse en árbitro y que, interpretando las reglas generales y por intermedio de ciertos hombres autorizados por esa comunidad para ejecutarlas, resuelve todas las diferencias que puedan surgir entre los miembros de dicha sociedad en cualquier asunto de Derecho.<sup>143</sup>

Es precisamente está la diferencia que Darío Melossi encuentra entre la mira de Hobbes en su obra *Leviatán* y John Locke en su ensayo sobre el gobierno civil:

Mientras que, según Hobbes, a causa del co-pacto social ningún derecho se puede considerar a salvo de una intrusión por parte del soberano absoluto, Locke, en cambio, sostenía que el derecho natural a la propiedad antecedió al contrato social. De hecho, según él veía las cosas, el contrato social se había concebido con el propósito de salvaguardar los derechos de propiedad, en el sentido amplio de proteger la vida, la libertad y las posesiones.<sup>144</sup>

Siguiendo la misma línea, Jean Jacques Rousseau en su obra el contrato social nos indica que, los individuos no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino unir y dirigir solamente las que existen, no tiene otro medio para conservarse que el de formar, por agregación, una suma de fuerzas capaz de superar la resistencia,

---

<sup>141</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 2ª ed., México, Gernika, 1996, p. 84.

<sup>142</sup> Melossi, Darío, *op. cit.*, nota 140, p. 36.

<sup>143</sup> Locke, John, *op. cit.*, nota 141, pp. 84-85.

<sup>144</sup> Melossi, Darío, *op. cit.*, nota 140, p. 37.

ponerlas en juego con un solo fin y hacerles obrar de mutuo acuerdo<sup>145</sup> y el medio idóneo es evidentemente el contrato social.

Cómo encontrar una forma de asociación que defiende y protege, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que así mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes. He aquí el problema fundamental cuya solución es el contrato social.<sup>146</sup>

Melossi indica que, tanto en el caso de Hobbes como en el de Rousseau, la imagen mental del estado es la que desempeña la función de traer unidad a los muchos miembros de la sociedad<sup>147</sup> que buscaban conseguir a través de la unidad la libertad, la igualdad, la seguridad tanto personal como a sus propiedades, con la diferencia de la percepción de voluntariedad.

En tanto en el caso de Hobbes la voluntad del soberano era la voluntad del Leviatán que se imponía a sus ciudadanos, según Rousseau el derecho era la expresión de un pueblo soberano. El propio Rousseau establecía una distinción radical entre la voluntad de todos y la voluntad general, que era la voluntad del pueblo como un todo y que inspiraba al gobierno del estado.<sup>148</sup>

Veamos los ideales del liberalismo de acuerdo a Sánchez Sandoval:

- a) El respeto de la soberanía popular en la creación de las reglas y de las normas jurídicas, por las cuales debían regirse quienes ejercían el poder del Estado y los particulares.
- b) La división y equilibrio de poderes públicos para que pudiera contenerse y controlarse unos a otros.

---

<sup>145</sup> Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, trad. de Enrique Azcoaga, España, Sarpe, 1983, Los grandes pensadores, Número 2, p. 41.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>147</sup> Melossi, Darío, *op. cit.*, nota. 140, p. 44.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 45.

- c) La responsabilidad de los servidores públicos por violación a las normas de derecho en el ejercicio de sus funciones y,
- d) La protección jurídica efectiva de las personas y de sus derechos, respecto a los abusos de poder o a través de otro incitados por aquellos.<sup>149</sup>

Luego entonces, los grandes cambios ideológicos del Estado soberano, del hombre libre, de la protección a esa propiedad privada se concebían mediante ese contrato social sometiendo a los individuos ya no al yugo del Estado Feudal en los que existía la desigualdad sino al yugo de un Estado regulador de las conductas sociales, es decir, el sometimiento voluntario del individuo al Estado a fin de garantizar su estabilidad en la convivencia social, para satisfacer las necesidades que el contrato social prometía.

Si extrapolamos esta idea al contexto de México hemos indicado que, la concretización del contrato social se da poco después de la caída del imperio de Agustín de Iturbide como resultado de la búsqueda de una nueva forma de organización política que reconociera y protegiera a los individuos del mal gobierno en lo particular y que se constituyera en una unidad que contuviera la totalidad de ellos, lo que culminó en la constitución de 1824 a la cual los individuos le otorgaron reconocimiento, en tanto su derecho a ser libres, iguales, en una sociedad segura que les garantizaba la protección a sus bienes fue positivado, aun a costa de su propia libertad natural.

No obstante, podemos encontrar un antecedente en la idea que Patricia Galeana nos brinda al indicar que la lucha de independencia se da justamente como un anhelo democrático contra el mal gobierno, surgiendo a la par del concepto de soberanía, al mencionar que, el documento básico de democratización lo es el de los Sentimientos de la Nación de Morelos, escrito durante la guerra insurgente.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, p. 138.

<sup>150</sup> Galeana, Patricia, *et al*, *El camino de la democracia en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 18 y sig. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1015.pdf> 16 de septiembre de 2015. 11:00 AM.

Visto de esta manera, los cambios de paradigma en las organizaciones y estructuras sociales son el resultado de las constantes luchas por el poder, es así que el contrato social como ideología<sup>151</sup> institucionaliza una nueva forma de gobierno basada en el Estado de Derecho en el que la responsabilidad de la dirección social sigue en manos de unos cuantos quienes crearan las normas jurídicas, en tanto que, la sociedad les reconoce y otorga las facultades y se mantiene al margen de dichas normas a efecto de no transgredirlas.

La modernidad liberal concibió a los hombres iguales ante la ley, a la sociedad como homogénea e integrada por consenso, capaz de obedecer reglas de conducción técnicas y humanas, susceptible de alcanzar soluciones para la felicidad de los hombres [...] No obstante, la concepción del Estado obligo a garantizar los derechos de las personas, fue el resultado de esa visión del hombre libre, con capacidad de contratar. En esta relación tenía que regirse por normas humanas de derecho.<sup>152</sup>

El cambio político dominante establecía nuevas formas en las estructuras sociales y económicas, así se construyó la idea de la libertad individual y del ciudadano, dentro del mito del contrato social, controlado por su contraparte el Estado, que lo constituyen: el poder económico-político real, integrado por los poseedores de los medios de producción<sup>153</sup> y por los no poseedores que, en el contexto liberal, se convirtieron en ciudadanos asalariados cuyas satisfacciones tenían que ser cubiertas por lo mínimo o lo máximo que pudiesen ganar, inclusive la vagancia y la mendicidad se elevaron a la categoría de delitos, con pena de muerte y la obligación del individuo no poseedor de bienes, fue vincularse al aparato productivo para no incurrir en ellos.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> Por ideología se puede entender: El conjunto de contenidos de una particular conciencia de la realidad, objetivados durante un determinado tiempo, espacio y circunstancias históricas, que han sido institucionalizados por quien ha tenido el poder para hacerlo y que se mantiene a través de las generaciones, mediante sistemas de controles sociales formales e informales, derivados de mecanismos de sumisión y obediencia jerárquica. González Vidaurri, Alicia, *et al*, *Control social en México*, México, UNAM, FES Acatlán, 1998, p. 27.

<sup>152</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, p. 137.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>154</sup> González Vidaurri, Alicia, *et al*, *Criminología*, 4ª edición, México, Porrúa, 2015, p. 47.

Esta parte del Liberalismo económico Adam Smith la explica en los siguientes términos:

Aquella parte del producto anual de la tierra y del trabajo de un país que responde el capital, jamás se emplea de una manera menos que no sea productiva. Sólo paga los salarios del trabajo productivo. Pero la parte destinada inmediatamente a producir un ingreso, en forma de beneficio o de renta, puede mantener indiferentemente manos productivas o estériles.<sup>155</sup>

Con esto la mendicidad y la vagancia fueron en su momento considerados como delitos al ser sujetos no afines al sistema productivo, en virtud de que, todos los trabajadores, tanto productivos como improductivos, como los que no realizan ninguna clase de trabajo, son mantenidos igualmente con el producto de la tierra y del trabajo del país<sup>156</sup>, cuestión que por razones sistémicas no le convenía a un país que buscaba la estabilidad económica y social, por tanto, no es la benevolencia de la igualdad jurídica y social lo que mueve al sistema sino la libre iniciativa, el individualismo y la acumulación de capital, lo que se buscaba en el pacto social y, que culminó en la democracia con un sistema económico liberal que criminalizaba a los individuos no afines a él.

La protección de este nuevo orden lleva consigo la necesidad de establecer los principios de la filosofía penal clásica cuyos efectos son tendientes a proteger el sistema económico aplicado así, Alicia González Vidaurri y Augusto Sánchez Sandoval establece los siguientes:

Todos los hombres, siendo por naturaleza egoístas, pueden cometer delitos. Hay un consenso en la sociedad acerca de la convivencia de proteger la propiedad privada y el bienestar social.

---

<sup>155</sup> Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de la nación*, trad. de Gabriel Franco, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 301.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 300.

A fin de impedir la guerra de todos contra todos, los hombres celebran libremente un contrato con el estado para preservar la paz, de conformidad con las estipulaciones establecidas por ese consenso.

La pena debe utilizarse para disuadir al individuo de violar los intereses de los demás. Tomar medidas en contra de esas violaciones es prerrogativa del Estado, la cual le ha sido concedida por las personas que celebran el contrato social.

Las penas han de ser proporcionales a los intereses violados por el delito. No deben ser excesivas respecto de él ni empleados para reformar al delincuente, porque esto afectaría los derechos de los individuos y quebrantaría el contrato social.

Debe haber menor cantidad posible de leyes y su aplicación debe quedar perfectamente delimitada mediante las garantías del debido proceso.

Cada persona es responsable de sus acciones, y todas, cualquiera que sea su rango, son iguales ante la ley. Por tanto, son inadmisibles las circunstancias atenuantes y las excusas.

El delito es un ente jurídico y su comisión entraña una responsabilidad moral.

Los delitos tienen carácter político si se realizan por ideales altruistas en beneficio común o de la patria.

Los delitos tienen carácter común si se realizan con ánimo egoísta y de beneficio individual.

Los delitos políticos no deben ser tratados por el derecho penal sino por el derecho de guerra.

Los delitos contra la religión no deben estar contenidos en los códigos penales.<sup>157</sup>

Como cualquier contexto no es estático, los grandes cambios científicos en los medios de producción bajo los cuales el contrato social ya sometía a los individuos como asalariados y los vinculaba a los dueños de los medios de producción, la expansión de las transacciones mercantiles fue reguladas con mayor fuerza en el nuevo orden social.

Las nuevas formas de producción mercantilista y fábricas expandieron los límites del mundo, revitalizaron las concepciones económicas de la propiedad privada,

---

<sup>157</sup> González Vidaurri, Alicia, *op. cit*, nota 154, pp. 27-38.

libre de iniciativa, la nueva esclavitud y el intercambio. La economía de mercado y el uso generalizado de la moneda hicieron evidentes los procesos de acumulación originaria, que fundamentaron la producción capitalista premonopólica: crecieron el capital y el trabajo, el valor, el precio, la oferta y la demanda, la renta, el interés y las ganancias.<sup>158</sup>

Es claro entonces que las ganancias eran desproporcionales, mientras el trabajador sometido a una jornada laboral se mantiene bajo la proporcionalidad del salario, los dueños de los medios de producción conservan los grandes restantes económicos que constituían la acumulación originaria.

El contexto mexicano, como muchos países, ha transitado por diversos sistemas de acumulación de capital, en el que las ganancias generadas a través del producto de los trabajadores es desproporcional, sistemas de acumulación que van del liberalismo al hoy llamado neoliberalismo económico, Rubén Ibarra Escobedo nos da una referencia clara al respecto:

México ha transitado, desde su inserción en el sistema capitalista a mediados del siglo XIX, por diferentes estilos de acumulación: El agrario exportador, vigente hasta la crisis capitalista de los años 30; el de sustitución de importaciones, que puede ser subdividido en tres etapas: la etapa del crecimiento con inflación (1936-1955), la etapa del desarrollo estabilizador (1956-1970) y la etapa populista (1971-1982); finalmente, la tercera etapa, a partir de 1983 en la etapa neoliberal.<sup>159</sup>

Es por demás importante analizar cada una de estas etapas a efecto de establecer sus vínculos con la situación actual que vive nuestro país en materia de seguridad, pues como hemos visto el trinomio economía-política-norma se encuentra más presente que nunca.

---

<sup>158</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, p. 140.

<sup>159</sup> Ibarra, Escobedo, Rubén, *Construcción del Estado Neoliberal y decadencia de oportunidades en México*, México, Lito-Grapo S.A de C.V, 2013, p. 67.

De acuerdo a Rubén Escobedo la etapa de acumulación de capital de crecimiento con inflación y desarrollo estabilizador se desarrolla de la siguiente manera:

Durante la primera etapa, la dinámica de acumulación de capital de los países de periferia viene de la explotación de productos primarios, durante la crisis capitalista de los años 30 la demanda se contrae y se genera una baja en los precios de los productos, se agudiza el deterioro de los términos de intercambio entre productos primarios y manufactureros. Con la existencia de un intercambio desigual producto de la existencia de mercados oligopolizados en el comercio internacional y de que los precios de los productos manufactureros no descendía, como lo hacían los productos primarios, lo que se traduce en el incremento de los ingresos de los empresarios de los países desarrollados y pérdidas de excedentes económicos para los países periféricos, lo que hizo necesario un proceso de industrialización, transformar el sistema productivo nacional y convertir al mercado interno en eje de la acumulación de capital, consecuencia de los cambios a nivel mundial, la segunda guerra mundial y la crisis.<sup>160</sup>

Existen, evidentemente, otros muchos procedimientos de control y delimitación del discurso<sup>161</sup> y en el caso de México tras la segunda guerra mundial no fue la excepción, pues en la lucha contra el fascismo fue el discurso de la unidad nacional y el nacionalismo la alternativa valiosa y aceptable <sup>162</sup> que dio pauta a que la sociedad diera la cara de frente a las necesidades económicas.

Con el ataque bélico a los mexicanos y la eventual intervención soviética de parte de los aliados, los líderes obreros izquierdistas y los elementos radicales de la CTM, así como la dirección del partido, brindaron un apoyo total a la causa al identificar la solidaridad nacional como base de la lucha en contra del fascismo como del imperialismo.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>161</sup> Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 103, p. 25.

<sup>162</sup> Davis, Diane, *Facilitando la democracia en América Latina: algunas reflexiones sobre la importancia de la teoría social crítica y el caso de México*, en Muñoz García, Humberto, *Las transiciones a la democracia*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1993, p. 259.

<sup>163</sup> *Ídem*.

Conforme México iniciaba su proceso de desarrollo industrial durante los años treinta, el gobierno instrumentó nuevas políticas obreras y reformas sociales en las que se establecía la protección de los derechos de los trabajadores<sup>164</sup>, por lo que con el discurso de la unidad nacional se evitaba el totalitarismo, el fascismo y el autoritarismo militar debido a la inclusión política de la clase media, la resolución de los conflictos entre identidades de masa y de clase bajo una visión social y de solidaridad obrera<sup>165</sup> no obstante que las diferencias económicas no se desvanecieron.

La economía mexicana creció, hubo cambio en el aparato reproductivo, la industria fue el eje de la acumulación de capital, aumentaron los salarios, aunque solo al inicio del periodo, sin embargo, conforme el modelo avanzaba de la llamada etapa fácil a la etapa difícil se observaron sus deficiencias. No se creó un sistema productivo nacional coherente e integrado, incapaz de crear una base interna de acumulación de capital, la sustitución se convirtió en el cambio de unas importaciones por otras más costosas, agudizando la concentración de ingresos.<sup>166</sup>

Y es precisamente la concentración de ingresos lo que derivó en los grandes movimientos sociales, por ello resultó necesario implementar una nueva forma de administración a fin de proteger la economía nacional, así es como surge la etapa del Populista (1971-1982).

El gobierno intentó llevar a cabo reformas económicas entre las que destacaban una reforma fiscal redistributiva, disminución del endeudamiento externo, promoción de las exportaciones con el objetivo de reducir el déficit comercial, y una revisión del modelo proteccionista, pero las reformas económicamente fracasaron, se ajustaron las tarifas de diversos productos, elevando los impuestos al consumo. El proteccionismo prosiguió, los poderosos grupos capitalistas transnacionales y nacionales se oponen a

---

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>166</sup> Ibarra, Escobedo, Rubén, *op. cit.*, nota 159, p. 70.

la modificación del esquema, reapareciendo la inflación. En el último año del sexenio de Luis Echeverría la economía se encuentra en crisis.<sup>167</sup>

Las consecuencias de esta crisis fueron desmesuradas, dado que México se vio obligado a firmar un acuerdo de contingencia con el Fondo Monetario Internacional (FMI), de esta manera sería el quien diera las pautas direccionales a la economía mexicana, obligándolo a pasar a la pos-modernidad de la globalización, generándose de esta manera lo que consideramos una observación de segundo orden propia de la teoría de los sistemas que previamente analizamos con Luhmann.

Sí enfocamos este análisis bajo un método sistemático, la economía mexicana sería direccionada por el FMI, el sistema económico y político nacional por su parte, tendría que adoptar las medidas que aquel considerara necesarias a efecto de ser cumplidas por los individuos, generando el sistema de recuperación económico nacional, por tanto el sistema político-económico mexicano se hace sistemáticamente abierto a los criterios del FMI y operativamente cerrado en la aplicación de estas medidas en su propio territorio. Lo que se traduciría en una observación de ulterior orden de acuerdo a la teoría de los sistemas de Luhmann, es decir, el FMI observara los movimientos del sistema mexicano, que a su vez observara los movimientos de sus nacionales a efecto del rescate económico.

El nuevo gobierno entrante de José López Portillo construyó por su parte la expectativa del crecimiento económico sobre la base de la explotación del petróleo y el financiamiento exterior, restringiendo los créditos internacionales, las tasas de interés aumentaron a la par de la deuda, como consecuencia de la medida política monetaria restrictiva tomada por Estados Unidos para combatir la inflación, el conjunto de estas acciones llevó al máximo la intervención del Estado en la economía. Topes salariales, menores a la inflación del año previo, significaron mayores márgenes de ganancias para los capitalistas.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> *Ibidem*, pp. 72-73.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 74.

Como podemos ver, en ambos casos sólo la economía de los dueños de los medios de producción se mantuvo firme en su crecimiento, mientras que los trabajadores en todo momento se vieron afectados por la inflación aunado a los topes salariales fijados no por los gobiernos sino por el Fondo Monetario Internacional, bajo tal base, son las condiciones internacionales las que fijan las bases direccionales de la política económica de los países periféricos como México y por tanto quienes fijan las normas para direccionar a los individuos concluyendo en una criminalización nacional e internacional, así el discurso ideológico para México como asienta Rubén Barra fue el *ajuste estructural* mismo que resume en los siguientes puntos:

- a) Excesiva presencia del Estado en la Economía, el consecuente déficit fiscal que ello genera, la excesiva burocracia que, más que eficiencia, busca mantener el poder.
- b) El proteccionismo vigente que determino la existencia de empresas con una muy débil productividad, empresas que subsistían gracias al cierre de fronteras, pero que no logran insertarse en la dinámica de exportación de mercancías
- c) El desequilibrio de la balanza de pagos.
- d) Crisis de la agricultura mexicana que se inicia a mediados de los años sesenta.
- e) La mala distribución de los ingresos<sup>169</sup>

Es así como México llega a su etapa Neoliberal donde el viraje de la política económica del país será direccionada por las grandes potencias económicas entre ellos el FMI, iniciándose todo en el gobierno de Miguel de la Madrid (1982) cuya política económica se centró en el consenso de Washington:

- a) Detener la inflación por medio de una drástica reducción del mercado interno y orientar la producción hacia los mercados internacionales.
- b) Disminución del déficit público mediante el aumento de los impuestos al consumo.
- c) Reforzar los controles salariales.
- d) Privatizar las empresas paraestatales y desregular la economía.

---

<sup>169</sup> *Ibidem*, pp. 75-76.

- e) Liberalizar el comercio.
- f) Renegociar la deuda externa.<sup>170</sup>

Política que se agudizó con el gobierno de Carlos Salinas de Gortari (1988) cuando se expide la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión Extranjera de 1973, el tratado de libre comercio (TLC)<sup>171</sup> por mencionar algunos, con Ernesto Zedillo se da el reajuste económico de acuerdo a los preceptos del FMN en tanto se incrementa el impuesto al valor agregado (del 10 al 15%)<sup>172</sup> inclusive lo podemos ver en fechas recientes con la Reforma Energética de Enrique Peña Nieto que permite la inversión extranjera para la exploración y extracción de petróleo en territorio nacional, generando la privatización de áreas estratégicas, el recorte al gasto público, desestatización, es decir, la trinidad del neoliberalismo.

La pregunta consecuente es ¿De dónde surge esta idea del neoliberalismo?, la respuesta se encuentra en la política que Milton Friedman llevo a cabo:

Friedman Soñaba con eliminar los patrones de las sociedades y devolverlas a un estado capitalista puro, purificado de toda interrupción como pudiera ser las regulaciones del gobierno, las barreras arancelarias o los intereses de ciertos grupos [...] creía que cuando la economía estaba distorsionada, la única manera de alcanzar el estado previo era infligir deliberadamente dolosos Shocks[...] la herramienta que utilizo Friedman fue la política, exigiendo que políticos atrevidos de países en dificultad adoptaran la perspectiva del tratamiento del Shok:

Los Gobiernos deben a) eliminar todas las reglamentaciones y regulaciones que dificulten la acumulación de beneficios b) vender todo activo que pudiera ser operado por una empresa y dar beneficios c) recortar fondos a programas sociales con las salvedades de la existencia de impuestos, las empresas podían vender sus productos

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 94.

en cualquier parte del mundo, los precios del trabajo debían ser impuestos por el mercado, por lo que no debía existir el salario mínimo.<sup>173</sup>

Prerrogativas que a la fecha se sostienen por gran parte de los países entre los que se encuentra México.

### **C. La obligación del Estado de combatir la delincuencia dentro del marco del derecho y sus instituciones.**

Las cláusulas del contrato social ponen de manifiesto como necesidad básica la protección de los individuos y sus bienes contra cualquier sujeto que pudiera perjudicarlo en lo individual o de forma colectiva como sociedad ya sea el transgresor nacional o extranjero. Con el surgimiento del Estado-Nación, esta idea del transgresor se positiva a través de la constitución, surgiendo con ello el delito y la pena, paralelamente de una forma sistémica resulta una general inclusión y una general exclusión de los individuos afines o no al sistema implementado por quien ostenta el poder.

El delito y la pena desde entonces, se comenzaron a interpretar como una condición natural y equivalente del intercambio en el cual, la sanción por el incumplimiento del contrato, se imponía como una retribución para lograr el equilibrio de la supuesta igualdad entre las partes. Dentro de esa racionalidad la pena igualmente fue tasada y dividida en diversos tiempos, negociándola en dinero, cuando apareció la multa.<sup>174</sup>

Bajo esta percepción podríamos indicar la existencia de conflictos tanto en las estructuras horizontales como verticales, es decir, en las relaciones horizontales se dará el conflicto entre particulares incluido el Estado bajo acciones como

---

<sup>173</sup> Klain, Naomi, *op. cit.*, nota 113, pp. 80-88.

<sup>174</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, p. 144.

particular y, por otro lado, los conflictos en las relaciones verticales entre los sujetos o grupo de sujetos y el Estado como ente soberano, esta primera clasificación da la pauta a la ramificación de los diversos delitos y su sanción pero no así a una clasificación propia de las causas conflictuales pues como aclara Sánchez Sandoval:

Los conflictos sociales son efectos de comportamientos e interrelaciones humanas que obedecen a múltiples causas y por lo tanto éstas son indeterminables, aunque a veces aparezcan algunas pocas como posibles. En este caso podríamos hablar de conflictos reales por que efectivamente hay variables ubicadas y visibles, que los producen y condicionan. Sin embargo, en los juegos del poder, son múltiples los conflictos artificiales que se inventan para cohesionar a la grey humana en torno a valores ideológicos o a personas, para dominarla.<sup>175</sup>

Estos valores ideológicos son manifestación de los movimientos pendulares del clima moral de una sociedad<sup>176</sup> es por ello que el proceso de autorización incorpora la violencia en las figuras peculiares de conflictividad<sup>177</sup> que el Estado se apropia para cumplir sus fines generando el monopolio de los medios de violencia que, al margen del derecho, se institucionalizan en base al reconocimiento que la sociedad le otorga, por esta razón, se considera que la violencia ejercida por el Estado a fin de reprimir o sancionar conductas se encuentra legitimada en virtud de que lo realiza al margen de sus instituciones.

Carlos Alberto Burgoa Toledo indica al respecto:

En las relaciones horizontales de la dinámica social diaria, surgen diversos incumplimientos a los acuerdos realizados entre personas, de tal suerte que los inconformes con las acciones u omisiones de sus homólogos, tienen la necesidad de obligar a la conducta prometida lo cual se realiza sólo a través del Estado [...]De esta

---

<sup>175</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 116, p. 148.

<sup>176</sup> Melossi, Darío, *op. cit.*, nota 140, p. 210.

<sup>177</sup> Muller Uhlenbrock, Klaus Theodor, *et al*, *La política, el Derecho y el orden social de la violencia*, México, UNAM, FES Acatlán, 2014, p. 20.

forma, la fuerza que llevara a las personas a cumplir lo previamente acordado entre ellos, no puede provenir de las propias personas sino que debe venir del Estado[...] Lo mismo sucede para las relaciones verticales, en donde los gobernados también cuentan con obligaciones que cumplir frente al estado, de tal suerte que el incumplimiento es este tipo de relaciones también es susceptible de acaecer. Por lo tanto, es nuevamente el Estado quien puede forzar a las personas a realizar las conductas previamente establecidas en ley.<sup>178</sup>

Es de considerarse que a la par de cualquier sanción establecida por el Estado, se da el repudio de la sociedad a cualquier acción que vaya en contra del orden social, al margen de las líneas establecidas por quien tenga el poder en el Estado para establecer tales criterios, pues el mantenimiento del orden social por medio de la aceptación o repudio de la opinión pública supone una relativa uniformidad de tales manifestaciones y ésta, a su vez, aparece condicionada, si no por una organización, al menos por su regulación de parte de un sector dirigente,<sup>179</sup> de esta manera, la violencia es el toque distintivo de las normas jurídicas<sup>180</sup>, que se caracterizan precisamente por la coacción que implica su cumplimiento forzoso.<sup>181</sup>

Bajo esta tesitura el poderoso implementara políticas sociales y económicas a fin de garantizar el mantenimiento de las estructuras que se han construido, para Jeremy Bentham los modos de actuar por parte del Estado a fin de garantizar los fines económicos en el orden social pueden explicarse de la siguiente manera:

- 1) Por medidas de naturaleza coercitiva u obligatoria; que son mandato o prohibición;
- 2) Por medidas de naturaleza invitativa o estímulos, que, igualmente son directos o indirectos.

Para este fin, el poder puede distinguirse en:

---

<sup>178</sup> *Ibidem*, pp.139-140.

<sup>179</sup> Heller, Hermann, *op. cit.*, nota 126, p. 230.

<sup>180</sup> Burgoa Toledo, Carlos Alberto, "La violencia en el derecho", en Mueller Uhlenbrock, Klaus Theodor, *op. cit.*, nota 177, p. 156.

<sup>181</sup> *Ibidem*, pp. 139-140.

- a) El poder legar que puede ser conferido: 1. Absteniéndose de imponer a la parte que se trata de ayudar, coerción de ninguna clase, 2. coaccionando a otros, de tal manera que se les impida obstruir el uso que él haga del poder de la clase precedente; 3. Obligándolos a presentar ayuda. En los dos primeros de estos casos, el poder no es más que de la libertad.
- b) El poder físico se confiere dándole los instrumentos físicos necesarios para el logro del fin propuesto; es decir, dinero o algo que se pueda obtener con dinero. Esto sólo se puede hacer por medio del poder legal de una u otra de las tres clases antes mencionadas.
- c) El poder intelectual es: 1. Poder activo, o 2. Conocimiento. Si el poder activo se concede por ley, sólo puede serlo en forma indirecta, a través del poder físico, y de éste por medio del poder legal<sup>182</sup>

En el marco ideológico del mundo del deber ser, el Estado debe utilizar su fuerza coercitiva a fin de garantizar la estabilidad de la sociedad y de los individuos, en particular a fin de que consiga su desarrollo en la totalidad de la sociedad, paradójicamente, se establece que el medio idóneo para tales fines es la violencia institucionalizada contra la violencia no institucionalizada, esta última ejercida por quien tiene un precepto o ideología diverso del orden social previamente establecido, así en tanto exista más violencia por estos últimos, el estado se ve facultado para ejercer su violencia institucionalizada de una manera más radical. De la percepción dual de la violencia nos habla Torres Nafarrete:

La violencia del Estado se utiliza para apaciguar violencia que proviene de otros lados [...] Al concepto de violencia se le une una autorreferencia negativa y consecuentemente una paradoja: la violencia debe servir para hacer abortar la violencia. En el concepto de fuerza pública está incluida la exclusión de la violencia. El concepto encierra lo mismo violencia incluida que violencia excluida y es por consiguiente un concepto paradójico [...] Esto conduce, en terminología actual, a la

---

<sup>182</sup> Bentham, Jeremy, *Escritos Económicos*, trad. de Francisco J. Pimentel, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 38.

distinción violencia legítima/violencia ilegítima [...] En esta medida la legitimidad pertenece a las características conceptuales de la violencia impuesta por el Estado.<sup>183</sup>

Es interesante mencionar que las modificaciones en la estructura económica del sistema capitalista de producción en su fase neoliberal y globalizadora han provocado cambios y desplazamientos sustanciales en las relaciones sociales<sup>184</sup> los fines del sistema se vuelven por un lado el mantenimiento de la hegemonía del poderoso y por otro la protección del neoliberalismo globalizado que permite la acumulación del capital, para lo cual utiliza el poder coercitivo del Estado a través de las normas penales que sancionan y criminalizan al disidente sistémico, por lo que de esta manera podremos hablar de una visión de criminalización global del sujeto, Luigi Ferrajoli escribe al respecto:

Uno de los efectos perversos de la globalización es sin duda el desarrollo con dimensiones que no tiene precedente, de una criminalidad internacional, a su vez global. Se trata de una criminalidad global o globalizada, en el mismo sentido en que hablamos de 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 territorio estatal, sino, a la par de las actividades económicas de las grandes *corporations* (Corporaciones) multinacionales, a escala transnacional o incluso planetario.<sup>185</sup>

Es así que las normas penales, en los grupos humanos no tienen origen social sino particular,<sup>186</sup> para proteger económicamente al poderoso y dueño de los medios de producción, todo sistema normativo, se refiere a un determinado

---

<sup>183</sup> *Cit. post.* Burgoa Toledo, Carlos Alberto, "La violencia en el derecho", en Mueller Uhlenbrock, Klaus Theodor, *op. cit.*, nota 177, p. 150.

<sup>184</sup> Díaz de León, Laura Páez, *Analítica del poder: violencia estructural y control social*, en Díaz de León, Laura Páez, *op. cit.*, nota 40, p. 39.

<sup>185</sup> Ferrajoli, Luigi, "Criminalidad y Globalización", *Intercriminis Revista de ciencias penales*, México, Tercera época, 2005, número 1, p. 71.

<sup>186</sup> González Vidaurri, Alicia, "Teoría de sistemas y la seguridad pública", *Intercriminis*, número 1, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1998, p. 119.

sistema de producción, al cual refleja, estimula y legitima buscando siempre su reproducción<sup>187</sup> bajo la imperante aceptación social. Alicia Gonzáles Vidaurri dice:

Retomando la teoría de los sistemas, podemos señalar que la propia complejidad de la sociedad moderna, ha incrementado la sensación de inseguridad. Se ha visto que, al aumentar las interrelaciones sociales, se incrementan los riesgos de conflicto, pero al mismo tiempo se ha creído que los riesgos pueden ser eliminados a través de estrategias y políticas de seguridad.

El ánimo de los hombres de querer controlar el futuro está en el deseo siempre creciente de proporcionar seguridad, para lo cual ha creado instituciones para que absorban su incertidumbre, dando cause en las orientaciones para actuar, pero que no evitan la presencia del riesgo.<sup>188</sup>

Esta visión es clara si consideramos las constantes reformas que en materia penal se han venido dando, las cuales también serán parte del análisis de la presente investigación, no obstante, podemos concluir esta idea al puntualizar que, desde la perspectiva del discurso, la idea del bienestar social y seguridad han sido desgastados y convertidos en utopías de imposible acceso, pues como recalca Luigi Ferrajoli:

La crisis actual del Derecho Penal producida por la globalización consiste en el resquebrajamiento de sus funciones garantistas: la prevención del delito y la prevención de las penas arbitrarias; las funciones de defensa social y, al mismo tiempo, el sistema de garantías penales y procesales. Para comprender su naturaleza y profundidad debemos reflexionar sobre la doble mutación provocada por la globalización en la fenomenología de los delitos y de las penas: una mutación que se refiere, por un lado, a la que podemos llamar cuestión criminal; y, por otro lado, a la que cabe designar cuestión penal, es decir a las formas de la intervención punitiva y las causas de la impunidad.<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> *ibídem*, p. 121.

<sup>188</sup> *ibídem*, p. 132.

<sup>189</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 185, p. 73.

#### **D. Sobre la seguridad nacional como bien jurídicamente tutelado y su repercusión en los Derechos Humanos**

Bajo una primera premisa podemos indicar que, un bien jurídico tutelado constituye un concepto generalizado y abstracto que los hombres reconocen y protegen a través de las normas jurídicas, mientras que Francisco Pavón Vasconcelos extrapolando el concepto, lo conduce a las normas penales indicando que, por bien jurídico, se debe entender la entidad que constituye el objeto de protección de las normas penales, contra las acciones de los hombres encaminadas a su lesión o destrucción.<sup>190</sup>

Por otra parte, es claro que la conceptualización de la palabra Nación es un tanto más compleja que la de bien jurídicamente tutelado, en virtud de los factores que le pueden integrar tales como: el territorio, la población, la forma de gobierno, la política, la economía, aunado a la gran influencia que en ellos tiene los cambios globales, lo que hace aún más complejo hablar de un concepto de la seguridad nacional como bien jurídicamente tutelado.

A esta fórmula, debemos sumarle como hemos visto, el hecho que las normas penales van direccionadas a mantener las estructuras económicas impuestas por los poderosos y el mantenimiento del poder en un orden global, en virtud de la influencia que se ejerce para su formulación. En México la primera aproximación al contexto de seguridad nacional como bien jurídicamente tutelado se da en el Plan Nacional de Desarrollo que estableciera el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari:

La seguridad de la nación, es un bien invaluable de nuestra sociedad y se entiende como la condición permanente de paz, libertad y justicia social, que, dentro del marco del derecho, procuran pueblo y gobierno. Su conservación implica equilibrio dinámico de los intereses de los diversos sectores de la población para el logro de los objetivos

---

<sup>190</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 139.

nacionales, garantizando la integridad territorial y el ejercicio de soberanía e independencia.<sup>191</sup>

Consideramos que con el cambio al neoliberalismo y la configuración de las normas penales a fin de garantizar su reproducción este concepto no cumpliría el fin de representar lo que se debería entender por Seguridad Nacional. Esta pauta hace necesario el esbozo del estudio de las normas materia de seguridad predominantes y dirigentes.

Augusto Sánchez Sandoval nos indica que, la doctrina de la seguridad nacional nace y se desarrolla, desde el momento en que las trece colonias norteamericanas y sus ideólogos ponen en marcha su proyecto de expansión territorial, por ello es que conceptualiza la Doctrina de Seguridad Nacional como: el conjunto de medios tanto legítimos como ilegítimos que utilizan los grupos de poder reales, ya sean nacionales o internacionales, con el fin de desarrollar y mantener un determinado sistema ideológicos y de producción, tanto dentro de sus propios países, como en aquellos sobre los cuales ejercen su economía<sup>192</sup>, pero fue después de la segunda guerra mundial, la guerra fría y la amenaza del comunismo contra el sistema capitalista que se puso en marcha en Estados Unidos la doctrina de seguridad nacional norteamericana<sup>193</sup> con fines expansionistas a América Latina como lo demuestran la carta Santa Fe I, II, III. De los cuales nos indica:

Documento Santa Fe I: En 1980 un grupo de asesores norteamericanos, funcionarios gubernamentales vinculados al Departamento de Estado, elaboró el documento Santa Fe I, con el fin de visualizar el camino a seguir en la relación de los Estados Unidos con Latinoamérica y sirviera como programa para el presidente Ronald Reagan. Al respecto el documento ayudó a centrar las percepciones norteamericanas, sobre:

- Las estrategias que debían tomarse respecto de la deuda externa.
- El estímulo a la democracia.

---

<sup>191</sup> Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, Poder Ejecutivo Federal, [www.ordenjuridico.gob.mx](http://www.ordenjuridico.gob.mx)>PND1989-1994, 20 de octubre 2010, 11:13 AM.

<sup>192</sup> Vid. Sánchez Sandoval, Augusto, *Seguridad Nacional y Derechos Humanos*, México, UNAM, FES Acatlán, 2013, pp. 173 y sig.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 174.

- La política hacia la cuenca del Caribe y la invención ideológica contra Cuba a través de Radio Martí.<sup>194</sup>

Así el nacimiento de la nación y de la democratización norteamericana no fue resultado de un plan racional por parte de los patriotas, sino de una iniciada con propósitos muy distintos<sup>195</sup> que se reducen a establecer el control sobre América Latina.

Documento Santa Fe II de 1989, creado para la administración de George Bush relacionado a:

- La red comunista subversiva y terrorista que se extendería desde Chiapas, México hasta Chile.
- El deterioro de las condiciones de vida de la región.
- El deterioro de las condiciones de vida de la región
- El incremento de la migración hacia los Estados Unidos
- El aumento del narcotráfico y la corrupción en el continente, como grandes peligros para el sistema financiero internacional, lo que implicaría la posible participación militar norteamericana.
- La teología de la liberación se condena por ser una doctrina política disfrazada de creencias religiosas, que tiene un significado contra el Papa y contra la libre empresa.
- Conquista ideológica: se propone librar una guerra cultural a través de la Agencia de Información de E.U, fortalecer el sistema judicial de la región y respaldar a los grupos que promueven el régimen democrático, diferenciándolos de aquellos que buscan el control estatal.
- La estrategia para fortalecer el régimen democrático consistiría en el debilitamiento de los Estados, que se apropian de la vida económica y del nacionalismo integral, para debilitar la sociedad civil del control estatal.
- En cuanto a la economía se recomienda la venta de la deuda externa en el mercado nacional, mediante la utilización de los SWAPS o activos netos de la

---

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>195</sup> Crossman, H,R,S, *op. cit.*, nota 133, p. 78.

deuda, que permiten a los inversionistas nacionales o extranjeros comprar al acreedor la deuda externa depreciada y después cambiar el pagaré en valor nominal por moneda nacional.

- Respecto al aparato Capitalismo de estado contra Empresas Privadas se recomienda que la inversión debe tender a formar mercados nacionales de capital para promover las empresas privadas y el desmantelamiento de las empresas e industrias paraestatales.<sup>196</sup>

El tercero de estos documentos creado por el gobierno de William Clinton creado por el *New Worl Institute* de acuerdo a Sánchez Sandoval trata de:

a) El estatismo, entendido como el Estado propietario de bienes y empresas nacionales. b) Los movimientos radicales, sociales y políticos. c) Los regímenes comunistas, y la posibilidad de cualquier movimiento de izquierda que acceda en el poder.

Se requiere iniciar una guerra cultural y educativa para acabar con los vestigios comunistas, principalmente en Colombia y Perú. Para los estadounidenses recomienda ser tolerantes ante los modelos democráticos diferentes, dándole un carácter elástico a la democracia. Para los latinoamericanos se aconseja que la madurez política y el crecimiento político, pueden verse demorados por la corrupción, el estatismo y la representación proporcional

En lo referente a la economía y la integración, se centra abiertamente por los principios económicos neoliberales y sugiere medidas como: a) Promover la eliminación de toda protección a la industria nacional y debilitar la independencia de los sindicatos, b) La desincorporación de las empresas públicas, el incremento de las franquicias, la liberación en materia de flujo y repatriación capital, c) Buscar la demanda latinoamericana de inversión extranjera, d) Perfeccionar la legislación en materia de derechos de propiedad, e) Apoyar la transparencia de los regímenes fiscales en las naciones de Centro y Sudamérica.

Respecto al TLC para América del Norte, se recomienda a México combatir el narcotráfico y aplicar reformas judiciales que abatan la corrupción en las esferas

---

<sup>196</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 192, p. 269.

del poder y se insinúa la conveniencia de romper el monopolio de petróleos de México que ejerce a través de PEMEX.<sup>197</sup>

Es de notarse que, con estos lineamientos establecidos por la Carta Santa Fe I, II, y III se construye la pauta total al neoliberalismo pos-moderno, pues de los puntos anteriores se presentan ya la desestatización, el recorte al gasto público, pero principalmente la privatización de áreas estratégicas, así el caso de la reforma energética de 2013 con la cual se permitirá la explotación de los recursos petroleros por inversionistas extranjeros, es claro que el discurso creado es el de la industria de punta que dará un gran impulso a la expansión de la economía-mundo y resultará en una considerable acumulación de capital<sup>198</sup>, no obstante, Sergio O. Saldaña Zorrilla establece en la revista Forbes México algunas consecuencias económicas de esta reforma:

- Rápido agotamiento de reservas petroleras
- Se pierde la oportunidad de empujar la productividad de nuestra economía: Siendo estratégicos ese petróleo debería servirnos para nuestro desarrollo, para aumentar la competitividad de nuestra industria nacional.
- Aumento de la carga fiscal de PEMEX, pues se exige que con ello contribuya con el 4.7% del Producto Interno Bruto a fin de que continúe sosteniendo cerca de la tercera parte del presupuesto federal
- No se generan empresas nacionales significativas, con ello no aumentaran significativamente el nivel actividad económica y de generación de empleos.
- Aumentará la concentración del ingreso y habrá transferencia de riqueza al extranjero
- El gasto público continuara destinándose mayoritariamente a gasto corriente.
- No se generará ahorro de largo plazo
- No contribuirá a reducir la pobreza, y una vez agotado el petróleo, los niveles de pobreza pueden dispersarse.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> *Ibidem*, pp. 270-271.

<sup>198</sup> Wallerstein, Immanuel, *op. cit.*, nota 111, p. 48.

<sup>199</sup> Saldaña Zorrilla, Sergio O., "10 consecuencias de la reforma energética", *Forbes México*, México, 22 de dic.2014, [www.forbes.com.mx/10-consecuencias-economicas-de-la-reforma-energetica/](http://www.forbes.com.mx/10-consecuencias-economicas-de-la-reforma-energetica/), 21 de octubre de 2015, 10: 15 AM.

El último de estos proyectos, la carta Santa Fe IV indica Sánchez Sandoval, visualizaba al continente americano con miras al año 2000:

- Defensa: a) control de los estrechos en el océano Atlántico, b) tener el uso del canal de Panamá, c) Contar con la ruta segura alrededor del Cano de hornos, d) Procurar que los Países del continente no sean hostiles a la seguridad norteamericana.
- Drogas: Los EU saben quiénes son los narcoterroristas.
- Demografía: El Tratado de Libre comercio para América del Norte (NAFTA) con respecto a México, ha ampliado la brecha entre quienes tienen y los que no tienen.
- Deuda. El NAFTA salvo a México. El congreso salvó a la banca para cubrir la cesación de pagos bancarios.<sup>200</sup>

No obstante, tras los hechos ocurridos el 11 de septiembre del 2001 en los Estados Unidos la seguridad nacional norteamericana se agudizó, permitiendo incluso vulnerar la soberanía de los países al vigilarlos como lo declarase Edward Snowden, incluso esto se prevé en la denominada *Patriot Act*.

Tras los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001, el presidente Bush decreto, con carácter retroactivo, el estado de emergencia nacional, y el día 17 de septiembre de 2001 el departamento de Justicia aprobó una nueva propuesta de Ley sobre terrorismo, la *Mobilización against terrorism Act*, esta propuesta ha constituido la base para la redacción de un texto por parte de la Cámara de los representantes el 2 de octubre, y por el senado el 4 de octubre. El citado texto fue incorporado por el presidente del Senado a la propuesta de ley con el nombre simbólico de *USA Patriot Act (USAPA)*<sup>201</sup>

Esta ley realiza modificaciones sustanciales a 15 leyes federales de los Estados Unidos, es de resaltar las violaciones a la privacidad de los individuos que

---

<sup>200</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 192, pp. 271-272.

<sup>201</sup> Vervaele, John, "Las legislaciones antiterroristas en Estados Unidos de América ¿Un derecho Penal para el enemigo?" en Arjona, Juan Carlos (comp.) *Terrorismo y derechos humanos*, México, Fontamara, 2008, p. 241.

este documento permite al margen del derecho, propio de un derecho penal del enemigo, John Vervaele resume algunos puntos en los siguientes apartados:

- Intercepción de comunicaciones, flujos electrónicos y digitales y registros: El título II de la *Patriot Act*, amplía la posibilidad de investigación digital, sin existir, en todos los supuestos, la autorización judicial.
- Ordenes de intercepción e intercepciones telefónicas: Para los datos registrados, como mensajes de voz o correos electrónicos, la *Patriot Act* no exige órdenes de intercepción, ni siquiera se requiere la autorización para la intercepción de comunicaciones de sujetos sospechosos de haber cometido abusos informáticos.
- Orden *Pen/Trap*: El *Pen Register and Trap and Trace* regula el acceso y recogida de datos *non-cotent* en el sistema procesal ordinario. La *patriot act* reconoce la posibilidad de aplicar estas órdenes a las redes electrónicas. De esta manera será posible, por ejemplo, acceder a direcciones de correo electrónico, direcciones IP y direcciones IP remotas y es posible una orden de estas características cuando el objeto de la investigación guarde relación con información secreta extranjera y no afecte a un ciudadano americano.
- Orden de exhibición de datos. De ahora en adelante pueden ser utilizadas las ordenes de exhibición no sólo para obtener información relativos a los clientes de los proveedores de servicio, sino también datos conexos. De esta manera pueden ser examinados los correos electrónicos escritos y los mensajes de voz grabados, es decir, por tanto, la información telefónica como electrónica.
- Mandato de registro: Establece el criterio general según el cual el aviso de registro puede retrasarse si los jueces consideran que ocurren elementos razonables para creer que el aviso preventivo podría comportar un peligro para la persona interesada, para los testigos, invalidar pruebas, obstruir la investigación, generar un peligro de fuga, los mandatos de registro en materia de terrorismo en el ámbito de jurisdiccional individual, tendrán valor en todo el territorio de EU.
- Medidas Financieras de control: Todos los sistemas de transacción financiera han sido objeto de regulación y la *Patriot Act*, contiene un catálogo dirigido a ampliar la legislación en EU y a combatir la financiación de la actividad

terrorista extendiendo la jurisdicción directa como indirecta sobre las instituciones financieras.<sup>202</sup>

De lo anteriormente enunciado podemos ver que la *Patriot Act* aumenta el control de las comunicaciones, de las transacciones financieras de los individuos no sólo al interior del país sino también al exterior, generando un control-trasnacional de los individuos, por tanto, lo fundamental de esta ley consiste en crear un nuevo sujeto enemigo sin derechos, que al no pertenecer a un ejército regular de un Estado, no se le reconoce dignidad, identidad, ni nacionalidad alguna,<sup>203</sup> potencializándolo como enemigo nacional de Estados Unidos.

A la par de los grandes cambios suscitados en el país del norte, se llevaron en México cambios en las estructuras de seguridad nacional, claro ejemplo de ello es Plan Mérida del 2007.

El Plan Mérida sirve para que EU se poseione militarmente del territorio, de la infraestructura y los recursos estratégicos, así como de la conciencia de los mexicanos. El cambio de nombre a Plan Mérida se adecua, para ampliar sus efectos sobre Centroamérica, en el desarrollo del Plan Puebla-Panamá. Es decir, tener derechos sobre una extensión geográfica llena de recursos naturales y acuíferos que servirán a la supervivencia de la Organización Regional de Integración Económica de América del Norte compuesta por México, Estados Unidos y Canadá.<sup>204</sup>

Bajo este plan México se compromete a mejorar sus condiciones de seguridad nacional, lo que generaría como consecuencia la mejora de la seguridad fronteriza de los Estados Unidos, de esta manera podemos hablar del concepto de Seguridad Nacional bajo dos referentes que nos gustaría denominar:

- a) *Seguridad Nacional Referente*: Que se establece como condición discursiva necesaria en los países del primer mundo bajo los estímulos de paz, seguridad, libertad y justicia social, dentro del marco del derecho, a efecto

---

<sup>202</sup> *Ídem*, pp. 244-256.

<sup>203</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 192, p. 159.

<sup>204</sup> *Ibidem*, pp. 136-137.

de garantizar la protección de los intereses económicos y de mantenimiento del poder, mediante la reproducción del sistema económico establecido, influenciando en la seguridad nacional de los países periféricos, logrando el acoplamiento de estructural a los fines que el Estado-Nación con poder persigue.

- b) *Seguridad Nacional Referida*: Que se establece como condición discursiva necesaria en los países periféricos bajo los estímulos de paz, seguridad, libertad y justicia social, dentro del marco de su derecho interno bajo los parámetros que el Estado-Nación con poder determine a fin de permitir la reproducción del sistema económico que aquel establezca.

Es decir, el Estado-Nación influirá jurídicamente en los países periféricos a fin de garantizar una seguridad en sus fronteras y un sistema económico determinado, es así que los países periféricos le son necesarios al Estado-Nación a fin de garantizarle una hegemonía económica que, al retomar la teoría de los sistemas, se convertirá en observador de su propia población, como actualmente ocurre en la fase del neoliberalismo, que permite no solo la acumulación del capital de los dueños de los medios de producción, sino el mantenimiento del poderío de los Estados Unidos.

Así las cosas, la seguridad nacional de Estados Unidos impacta en las decisiones de los países como México y el resto de Latinoamérica, en la que los individuos no son más que posibles disidentes sistémicos a los cuales hay que contener.

Es importante analizar que, por un lado, la seguridad nacional de un país visualiza al individuo como un peligro potencial, no obstante le reconozca los llamados Derechos Humanos, decretados en la ONU en 1948, de los cuales Jorge Carpizo trata en los siguientes términos:

Los derechos Humanos son aquellos que la persona posee por su propia naturaleza y dignidad, son aquellos que le son inherentes y no son una concesión de la comunidad política; que son los que concretan en cada momento histórico las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, los cuales deben ser reconocidos positivamente por el orden jurídico nacional e internacional; que son los que corresponden a la persona por esencia, simultáneamente en su vertiente corpórea, espiritual y social y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, pero que ceden en su ejercicio ante las exigencias del bien común.<sup>205</sup>

Efectivamente, como lo señala Carpizo estos Derechos Humanos pueden ser suspendidos bajo la situación de extrema gravedad y de tal naturaleza que exista una amenaza real para la ley y el orden o la seguridad del Estado, como guerra, guerra pública u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado<sup>206</sup>, es decir, que contrario a lo establecido ideológicamente como una propiedad inherente al ser humano, se reconfiguran como una propiedad que puede ser suspendida momentáneamente en caso de necesidad para mantener la seguridad nacional de un país.

En el análisis de este tema, Augusto Sánchez Sandoval cita a Alessandro Baratta para indicar la doble función de estos derechos humanos:

Primero una función de carácter negativo, que debe expresarse al servir de límite y de contención de la intervención del derecho en general, y del derecho penal en particular.

Segundo, una función positiva concerniente a la definición del objeto posible pero no necesario de su tutela, a través del Derecho Administrativo y/o del Derecho Penal. Para lograrlo se hace imperativa una visión histórica y social de los Derechos

---

<sup>205</sup> Carpizo, Jorge, "Derechos Humanos: Naturaleza, denominación y características", Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, diciembre 2011, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/25/ard/ard1.pdf>, 20 de octubre de 2015, 1:16 PM.

<sup>206</sup> Eguiguren Praeli, Francisco José, "La legislación antiterrorista y la vulneración de los derechos fundamentales en la experiencia peruana", en Arjona Juan Carlos (comp), *Terrorismo y Derechos Humanos*, México, Fontamara, 2008, p. 208.

Humanos vinculados al concepto de necesidades reales relativas a cada sociedad particularmente considerada.

La lucha por la contención de la violencia estructural en la misma batalla por la afirmación de los Derechos Humanos. En efecto, en una concepción histórica y social, éstas asumen el idéntico contenido de las necesidades reales históricamente determinadas.<sup>207</sup>

Daniel O'Donnell nos indica que, de acuerdo a la resolución 57/219 la ONU asigno a la oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la función de proporcionar ayuda y asesoramiento sobre su protección, rol asumido por la Oficina contra la Droga y el Delito (ODD)<sup>208</sup>, por lo que desde esta perspectiva los derechos humanos son un constructo ideológico utilizado para el intervencionismo de países poderosos en la lucha contra la delincuencia en países periféricos en los cuales no tiene control, pero que bajo el precepto de Derecho Internacional Humanitario puede intervenir.

En el caso de México resulta interesante analizar dos jurisprudencias en relación con lo previamente comentado. La primera de ellas que restringe los Derechos Humanos en virtud del control constitucional:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de

---

<sup>207</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 192, pp. 19-20.

<sup>208</sup> O'Donnell, Daniel, "Las acciones de la organización de las naciones unidas respecto de la protección de los derechos humanos frente a las medidas de prevención y sanción del terrorismo", en Arjona Juan Carlos (comp), *Terrorismo y Derechos Humanos*, México, Fontamara, 2008, p. 312.

dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de

la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO." y "TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN."; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: "DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS." y "JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."; aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052.

El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir

del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.<sup>209</sup>

De lo que se desprende que, los Derechos Humanos no son inherentes al ser humano por el simple hecho de ser sino una ideología creada a nivel internacional que no puede contradecir la constitución, por lo que el *principio propersona* del cual se desprende la aplicación del derecho que mejor favorezca y proteja al individuo encontrara su tope de aplicación en la constitución, bajo el principio que establece que una cosa puede ser y no ser a la vez, las estructuras y procesos de los sistemas construidos por el ejercicio del poder buscan un fin distinto a la protección del ser humano, y antes bien buscan su contención, de esta manera se crea ideológicamente algo aceptable por la generalidad como el reconocimiento de derechos humanos.

La segunda de las tesis a analizar es respecto de la restricción o suspensión temporal de los Derechos Humanos.

#### DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que no existen derechos humanos absolutos, por ello, conforme al artículo 1o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, aquéllos pueden restringirse o suspenderse válidamente en los casos y con las condiciones que la misma Ley Fundamental establece. En este sentido, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas en ésta no pueden aplicarse sino conforme a las leyes dictadas en razón del interés general y de acuerdo con el propósito para el cual han sido

---

<sup>209</sup> Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, Libro 5, abril de 2014, p. 202.

establecidas. Sin embargo, la regulación normativa que establezca los supuestos por los cuales se restrinjan o suspendan los derechos humanos no puede ser arbitraria, sino que los límites previstos en los invocados ordenamientos sirven como elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas. En ese contexto, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos citados se concluye que los requisitos para considerar válidas las restricciones o la suspensión de derechos, son: a) que se establezcan en una ley formal y material (principio de reserva de ley) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica (requisitos formales); y, b) que superen un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática (requisitos materiales).

Amparo en revisión 173/2012. 6 de febrero de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Jorge Mario Pardo Rebolledo; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.<sup>210</sup>

Cuando se indica que no existen Derechos Humanos absolutos y que estos pueden restringirse o suspenderse válidamente en los casos y con las condiciones que la misma Ley Fundamental establece es evidente que, no todo lo que se considera derechos humanos entran en esta categoría, tal pareciera que se podría interpretar que la dignidad humana o la vida misma son susceptibles de restricción como derechos fundamentales de primera generación, no obstante, se encuentra el artículo 22 de la constitución que prohíbe la pena de muerte, los azotes entre otros medios de violencia en contra de las personas creándose en este sentido un candado, que en interpretación de ambas jurisprudencias se establecería que los Derechos Humanos serán reconocidos sólo a criterio de quien pueda modificar la ley sea para restringirlos u otorgarlos.

---

<sup>210</sup> Tesis: 1a. CCXV/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima época, Tomo 1 Libro XXII, Julio de 2013, p. 557.

## E. El control social a través de la creación de leyes especiales

Max Weber establecía que existen tres tipos puros de dominación legítima, a) racional, b) tradicional y, c) carismático. La primera de ellas de carácter racional dice, descansa en la creencia de la legalidad de ordenaciones estatutarias y de derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad legal, la segunda de ellas, la tradicional, se basa en la santidad de las tradiciones que han regido, mientras que la tercera de ellas, la de carácter carismático, es basada en la santidad o el heroísmo de un individuo<sup>211</sup> y como resultado de ello la obediencia de los individuos.

Obediencia significa que la acción del que obedece transcurre como si el contenido del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta; y eso únicamente en méritos de la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la propia sobre el valor o desvalor de mandato como tal.<sup>212</sup>

La dominación de los unos sobre los otros por tanto, debe ser entendida como la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos,<sup>213</sup> en ese sentido, el derecho se convierte en el medio para encontrar la obediencia de los sujetos por el reconocimiento que ellos mismo le otorgan, aceptando que toda conducta contraria resultara en una pena.

Así, en un vínculo muy conveniente para el Estado, la aplicación de la pena vuelve natural y legítimo el poder de castigar. La Legitimidad otorgada al grupo de poder, primero en su representación divina, después por el contrato social, y ahora por la elección democrática, le permite ejercer el monopolio de la violencia estatal,<sup>214</sup> por tanto, son los grupos de poder quienes establecen las normas, los delitos y las sanciones aplicables, no obstante, en los tiempos actuales la norma

---

<sup>211</sup> Max Weber, *Economía y sociedad esbozo de sociología comprensiva*, edición de Johannes Winckelmann, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 172.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>214</sup> García García, Guadalupe Leticia, *Historia de la Pena y sistema penitenciario mexicano*, México, Porrúa, 2010, p. 37.

penal se enfrenta al problema de la globalización, del crecimiento en la desigualdad de la distribución de las riquezas y al debilitamiento estatal.

Ante el reto de los grandes cambios globales que el neoliberalismo trae aparejada, hemos indicado que se puede hablar de *seguridad nacional referente* y *seguridad nacional referida*, en primera de ellas el Estado-Nación sienta las pautas de derecho penal a efecto de que los países periféricos modifiquen sus normas para lograr la reproducción del sistema económico imperante y así se mantenga la hegemonía del poder y se permita con ello acumular capital, de esta manera, el país con una *seguridad nacional referida* modificara, ampliará o creará sus normas justificándose en el discurso de la seguridad nacional externa e interna para que de esta manera, se mantengan protegidas las fronteras del Estado-Nación y el sistema económico imperante impuesta por este, hecho que se logra a través de los acuerdos transnacionales sobre seguridad nacional y tratados de libre comercio, pues a través de ellos se positiva la obligación de los países periféricos como lo veíamos en las Cartas Santa Fe I,II,III y IV en las que EU pedía a México combatir al narcotráfico y la corrupción imperante en las estructuras gubernamentales, por lo que se han creado para ello *leyes especiales* a efecto de cumplir dichos acuerdos, el resultado de ello es a lo que Ferrajoli denomina *Derecho Penal Máximo*:

En todos los países de Occidente, a una crisis de sobreproducción del trecho (sic) penal, o incluso del Derecho en general, que está provocando el colapso de su capacidad regulativa. Las leyes se cuentan actualmente, en todos estos países, por decenas de millares, hasta el punto de que nuestros ordenamientos han regresado a la incerteza y a la arbitrariedad propias del Derecho jurisprudencial pre-moderno [...]El resultado de esta bancarrota es un Derecho penal máximo, desarrollado fuera de cualquier diseño racional y por ello en crisis frente a todos los principios garantistas clásicos de legitimación.<sup>215</sup>

---

<sup>215</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 185, p. 79.

Alicia González Vidaurri nos explica que con esta posmodernidad político-jurídica los países centrales obligan a los estados enajenados a pasar de la premodernidad a la posmodernidad del control legal y de *facto*, extra-territorial,<sup>216</sup> en lo que resulta la criminalización global del individuo, es decir, que con ello los sujetos estarán sujeto al orden normativo nacional e internacional, no importando la ignorancia de la ley pues esto no exime de su cumplimiento, Ferrajoli en la existencia de consecuencias del *Derecho Penal Máximo* enuncia los preceptos siguientes:

Derecho fuera de cualquier diseño racional y por ello en crisis frente a todos los principios garantistas clásicos de legitimación: el principio de taxatividad de las figuras del delito y con ello de certeza del derecho penal, el principio de ofencibilidad y el de proporcionalidad de las penas, la obligatoriedad de la acción penal, la centralidad del contradictorio y el papel del proceso como instrumento de verificación de los hechos cometidos y no como penalización preventiva.

Un segundo efecto en la inflación penal, que no es menos devastador: Me refiero al colapso del principio de legalidad y, consecuentemente, a la quiebra de la capacidad regulativa de la ley. De aquél están en crisis todas las funciones políticas que le son propias en el estado de Derecho: 1) ante que nada la certeza del derecho, que es garantía de igualdad ante la ley, 2) en segundo lugar la sujeción del juez a la ley que es garantía de inmunidad del ciudadano frente a la arbitrariedad y conjuntamente fundamento de la división de poderes, 3) la primacía de la legislación, y por tanto de la política y de la soberanía popular en la definición de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal.<sup>217</sup>

En el contexto de lo factico, esto se da en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas quienes se proclamaron defensores de la paz y la seguridad internacional, dicho consejo integrado por 15 miembros, 5 de los cuales son inamovibles y 10 más electos por la asamblea general por un periodo de dos años, de lo que resulta interesante ver que son China, Francia, la Federación de Rusia,

---

<sup>216</sup> González Vidaurri, Alicia, *op. cit.*, nota. 186, p. 178.

<sup>217</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 185, pp. 79-80.

El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Estados Unidos los miembros permanentes<sup>218</sup> cuyas resoluciones delimitan y direccionan los parámetros a seguir para los países miembros.

Sus resoluciones suelen dividirse en 2 secciones: el preámbulo en el que se presentan las consideraciones sobre cuya base se han adoptado las medidas y por otra parte, la opinión dada o una directiva dada y es en la parte dispositiva donde se recoge la opinión del órgano o la medida que ha de adoptarse tan sólo en lo que va del año 2015 se han emitido 49 resoluciones propiamente en materia de seguridad sobre situaciones en Chipre, Medio oriente, Libia por mencionar algunos.<sup>219</sup>

Por su parte el Fondo Monetario Internacional, en su proyecto neoliberal para América Latina cuenta con su programa político de ajuste estructural con apoyo de los Estados Unidos de lo que Pablo Dávila comenta al respecto:

Las políticas de ajuste, a pesar de su formato son un conjunto de disposiciones tecno-políticas inscritos y desarrollados desde el interior de las coordenadas teóricas de a economía liberal, diseñados e impuestos por el Fondo Monetario Internacional, con el aval político y militar de los EEUU, y estructurados en función de los requerimientos del poder financiero global, para lograr transformaciones radicales en las dinámicas de la acumulación capitalista en la periferia, cambiando la relación entre el centro y la periferia, en virtud de las cuales se produce una nueva división internacional del trabajo, caracterizada por la transferencia neta de flujos de capital, materias primas y energía a bajo costo, y cambios radicales al interior de la estructura económica de la periferia.<sup>220</sup>

---

<sup>218</sup> El Consejo de Seguridad de la ONU celebró su primera sesión el 17 de enero de 1946 y su sede se encuentra en Nueva York, y desde entonces Estados Unidos ha sido miembro permanente. ONU, Consejo de Seguridad, <http://www.un.org/es/sc/about/>, 20 de octubre de 2015, 3:00 P.M.

<sup>219</sup> *Ídem.*

<sup>220</sup> Dávalos, Pablo, *La democracia disciplinaria. El proyecto posneoliberal para América Latina*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2011, Colección Congreso de los Pueblos, p. 65.

Al comparar las consecuencias de la privatización de PEMEX que previamente fueron analizadas con las políticas del Fondo Monetario Internacional, el resultado es simple, México está incluido en el proyecto neoliberal, lo que ha traído reformas estructurales que permitirá el flujo de capital al extranjero, la explotación de recursos naturales, el saqueo de materias primas, lo que generará cambios al interior del país produciendo desequilibrio y pobreza a un plazo aún no determinado, carencia de oportunidades, aumento en la delincuencia y en consecuencia modificación y radicalización de las normas.

De esta manera el marco jurídico y económico mexicano se direcciona bajo las pautas establecidas a nivel internacional haciéndolo dependiente del control social internacional.

Entonces el derecho penal nacional, sienta sus bases en las pautas establecidas en el ámbito internacional volviéndose dependiente de sus parámetros y directrices, como ejemplifica Alicia González Vidaurri al comentar la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura publicada en el Diario Oficial de la Federación en 1987 y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas publicada en el Diario Oficial en 1990:

#### Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura:

- En ella los países americanos se obligan a prevenir y sancionar la tortura y los tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, en el ámbito de su jurisdicción.
- Se obligan a establecer su jurisdicción sobre delitos de que trata la violencia, cuando el presunto delincuente o la víctima tengan su nacionalidad, o el presunto delincuente, aun siendo extranjero, se halle en el ámbito de su jurisdicción y no proceda a extraditarlo.<sup>221</sup>

---

<sup>221</sup> González Vidaurri, Alicia, *op. cit.*, nota 186, p. 179.

Lo que deriva en que los países como México al ratificar estos convenios tendrán la obligación de modificar o crear leyes especiales tendientes a cumplir dichos propósitos, dando pauta a más convenciones y modificaciones en materia penal:

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas:

- Los países pierden toda soberanía jurídica, no sólo en lo relacionado con delitos de narcotráfico, sino sobre cualquier otro tipo de delitos organizados, aunque estos tengan carácter político, porque la convención prohíbe que aun delito se le de ese carácter.
- Con la convención se invierte la racionalidad jurídica que se había decantado a lo largo de los últimos dos siglos respecto a la territorialidad de la ley, los principios de derecho internacional y los principios generales del derecho.<sup>222</sup>

Con ello, los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano lo obligan a expedir *leyes especiales* con el propósito de cumplir sus obligaciones internacionales ante los países hegemónicos y dirigentes, de esta manera se reforman o crean leyes tales como las siguientes:

- Ley Federal anticorrupción en contrataciones públicas de 2012.
- Ley Federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita de 2012.
- Ley Federal de Extinción de dominio del 2009 reglamentaria del artículo 22 constitucional
- Ley Federal de Armas de Fuego de 1972 y cuya última reforma se dio el 22 de mayo de 2015.

Podríamos indicar entonces que, estas leyes así como las reformas en materia de terrorismo que se han dado en los últimos años, son el resultado del

---

<sup>222</sup> *Ibídem*, p. 180.

sistema neoliberal, al protegerle como sistema económico imperante y, por otro lado, surgen de la necesidad de un Estado debilitado que tiende a crear sus propios medios para producir riqueza a través de la criminalización de los individuos, generándoles la pérdida de cualquier propiedad resultado de la comisión de hechos ilícitos, no obstante, como se verá en temas siguientes al analizar algunas de estas leyes, el Estado tiende a producir recursos aún sin la certeza jurídica de su procedencia.

#### **F. Las vías de hecho del poder al margen del derecho.**

A lo largo de la historia, quien ostenta el poder en cada cultura, pueblo, comunidad o sociedad ha ideado una manera de imponer las penas con el único propósito de mantener su hegemonía o de acumular capital, ya sea basadas en la ideología del pecado, la moral, la paz, la estabilidad y el orden social y, son la penitencia, la muerte, la esclavitud, los azotes, el destierro, el repudio social entre otras las sanciones que pudieran verificarse para tales fines.

Amnistía internacional contabiliza tan sólo que en el año 2014 unas 607 personas fueron ejecutadas al menos en 22 países, la mayoría en China, Irán, Arabia Saudí, Irak y EU. Estas *vías de hecho del poder* no pueden explicarse sino mediante la imposición de lo real subjetivo del poderoso quien sienta las pautas para su edificación.

En el orden normativo, es en la norma penal donde el poder coercitivo del Estado se manifiesta de una forma más violenta en los hombres que transgreden las normas previamente establecidas, la pena como resultado será sólo consecuencia de su osadía pues la sociedad ha aceptado el orden social establecido, la norma de derecho penal no se diferencia estructuralmente de cualquier otra norma<sup>223</sup> su creación consecuencia del proceso legislativo al que los

---

<sup>223</sup> García García, Leticia, *Ideología, delito y pena*, México, MAPorrúa, 2014, p. 27.

individuos otorgan reconocimiento legal, se convierte en expectativa de conducta, pero lo característico de esta es que la frustración de esa expectativa de conducta constituye un delito y la reacción frente a ella, una pena:<sup>224</sup>

Las ideologías constituyen los aparatos del Estado, que hoy en el neoliberalismo quedan en manos de entes públicos y privados, a través de los cuales los grupos de poder buscan controlar socialmente, pero además, lograr el consenso de la población para alcanzar los proyectos de su proyecto hegemónico.

Por su parte están los aparatos ideológicos que operan para posesionarse de la conciencia de los dominados, como la religión, la educación, la familia, los centros de trabajo [...] y el derecho promulgado.

Por otra parte, están los aparatos represivos como: las policías, las fiscalías y los ministerios públicos, el ejercicio de los juzgados, las cortes de justicia, las cárceles, los centros de segregación para enfermos e indigentes [...] Cuando las instituciones constituidas formalmente no funcionan o sus procesos son lentos estos actúan mediante las vías de hecho al margen de la institucionalidad, torturan, matan o hacen desaparecer a las personas que consideran sus enemigos y del régimen-político-económico que ellos lideran en nombre de la paz, de la seguridad y de la democracia.<sup>225</sup>

La ideología de las *vías de hecho al margen del derecho* encuentra su fundamento en la *defensa-integración* de los individuos representando su base legal y moral como la consecuencia lógica y necesaria de doctrinas y creencias generalmente reconocidas y aceptadas<sup>226</sup> para ello Kenneth W. Grundy citando a Mosca establece:

La fórmula política no es arbitraria, sino que debe basarse en las creencias especiales y en los más fuertes sentimientos del grupo social en que dicha fórmula se aceptada,

---

<sup>224</sup> *Ídem.*

<sup>225</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 116, p. 67.

<sup>226</sup> W. Grundy, Kenneth, *et al*, *Las ideologías de la violencia*, traducción de Stanley y Rosario Burda, España, Editorial Tecnos, 1974, Colección de Ciencias Sociales, p. 14.

o por lo menos en las creencias y sentimientos de la porción particular de ese grupo que mantenga la preeminencia política.<sup>227</sup>

En la sociedad actual en las que se establece un poder dominación, hemos visto que son los poderosos-económicos quienes establecen las ideologías de todo sistema social, su funcionamiento y medios represivos como pudiera ser la pena o la prisión, pues son los medios desde la perspectiva jurídica con los que cuenta para lograr sus fines, pues es claro que desde el sistema económico es nula su capacidad para lograr el control de las personas.

Como es sabido, el sistema penal mexicano descansa básicamente en el artículo 18 constitucional que actualmente establece lo siguiente:

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

La Federación y las entidades federativas establecerán en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce

---

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 15.

años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito.

Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren cumpliendo penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán cumplir sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán

restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

El artículo que antecede es necesario en la presente investigación a fin de fundamentar el mundo del deber ser de las normas jurídicas para compararlo con el ser del México actual en el que no existe readaptación de los individuos, donde los centros penitenciarios son un negocio y en los que se dan constantes violaciones a los derechos humanos, es precisamente en los centros penitenciarios donde podemos ver con más claridad la vía de hecho del poder al margen del derecho.

Michael Foucault mencionaba al respecto que los tribunales, las prisiones, los hospitales, los hospitales psiquiátricos, la medicina del trabajo, las universidades, los organismos de prensa y de información: a través de todas estas instituciones y bajo máscaras diferentes, se ejerce una presión que es en su raíz una opresión política.<sup>228</sup>

Desde 1968, el aparato judicial-instrumento relativamente silencioso y dócil hasta entonces- se sobre utilizó: para reprimir a los obreros franceses e inmigrantes, para reprimir a los estudiantes, para reprimir a los comerciantes y campesinos. Camiones de la policía antidisturbios, redadas en las calles, cachiporras y gases lacrimógenos, arrestos en averiguaciones de antecedentes, malos tratos policiales, delitos flagrantes, detenciones preventivas, juicios por portación de cara (es decir por portación de clase, de opinión política y de color de piel), liberaciones arbitrarias: todo esto ha vuelto intolerante la justicia de clase.<sup>229</sup>

---

<sup>228</sup> Foucault, Michael, *El poder, una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida*. trad. de Horacio Pons, México, Siglo XXI editores, 2013, p. 169.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 174.

De esta manera Alicia González Vidaurri y Augusto Sánchez Sandoval realizan un interesante estudio comparativo entre la pena privativa de libertad y la relación contractual en tiempos del neoliberalismo en los siguientes términos:

- a) En la relación contractual libre en la sociedad vertical y jerárquica moderna, nunca fue entre iguales, sino entre una parte dominante y una dominada. El débil se ha alineado siempre a la voluntad del fuerte, en contratos de adhesión. En la prisión en interno sólo le ha sido posible aceptar las condiciones de dominio y subordinación que imponen las autoridades en la institución total.
- b) En la relación contractual se ha disciplinado al obrero libre en el trabajo de la fábrica. En la relación punitiva, se ha disciplinado al interno privado de la libertad, respecto de las tareas y sumisiones en relación a los funcionarios de la prisión.
- c) El hombre libre ha sido explotado asalariado. El prisionero ha sido un explotado gratuito, cuando al sistema de producción le ha convenido.
- d) El asalariado ha sido un cuerpo que ha estado alienado a los medios de producción y del patrón el interno es un cuerpo alienado a si mismo, que a su vez es negado como sujeto por los demás.
- e) El trabajo del asalariado es para él una pena. La pena privativa de libertad del interno, como retribución en pago por el incumplimiento del pacto social, es un trabajo.
- f) El sufrimiento del asalariado dentro de la instalación laboral dependerá del grado de subordinación y de dependencia respecto del que manda. Las condiciones de sufrimiento del interno de la institución carcelaria o penitenciaria, en cambio tendrán que ser mayores, a las peores que pueda padecerse afuera en libertad.
- g) Finalmente dijeron Darío Melossi y Massimo Pavarini: la fábrica es para el obrero como una cárcel (pérdida de la libertad y subordinación); la cárcel para el internado es una fábrica. (trabajo y disciplina)
- h) Sin embargo, en los tiempos neoliberales de principios del siglo XXI, el hombre libre sin calificación ni empleo es un excluido del sistema de producción. El prisionero, es un ser desechado definitivamente, es un muerto en vida.<sup>230</sup>

---

<sup>230</sup> González Vidaurri, Alicia, *op. cit.*, nota 154, pp. 53-54.

De lo que se podría concluir que las consecuencias psicológicas en ambos sentidos pueden ser irreparables, el sometimiento a una prisión no sólo segrega a los individuos de la sociedad, pues en él se pueden dar la depresión, ansiedad o cualquier otro tipo de enfermedad en virtud de las condiciones en las que estas instituciones se encuentren. En consecuencia el poder ejercido de unos sobre otros genera una violencia, sin embargo, al ser ejercida mediante el ejercicio del derecho está será considerada como violencia legítima.

### **CAPÍTULO III SOBRE EL DERECHO PENAL ACTUAL**

#### **A. El estado de excepción en el neoliberalismo mexicano.**

Estudiar la realidad social actual no es nada fácil, cada uno desde su perspectiva sólo podrá capturar una idea significativa del mundo de lo concreto y podrá explicarla para sí o para los demás desde el punto en el que se encuentre colocado, cual si los objetos no admitieran ambivalencia. Queda claro que la apertura a la clasificación de la realidad social puede no más que dar una opción más.

Retomando las ideas de Carl Smith y aplicándolas a la realidad social en el neoliberalismo mexicano, el sistema de poder dominación imperante coloca a los sujetos en una postura clasificadora, como si las diferencias no fueran cada vez mayores; y determina que, sólo existen amigos o enemigos sistémicos, es decir, quien permita el mantenimiento de las estructuras verticales de poder dominación y quienes no permiten dichas estructuras, la perversidad radica en la polaridad manifiesta, pues al no existir límites para el ejercicio de ambas situaciones, con ello se lleva implícito que, cualquiera pueda ser considerado enemigo.

Lo político tiene que hallarse en una serie de distinciones propias últimas a las cuales pueda reducirse todo cuanto sea acción política y en un sentido específico [...]

Pues bien, la distinción política específica, aquella a la que pueden reducirse todas las acciones y motivos políticos, es distinción amigo y enemigo [...]

El sentido de la distinción amigo-enemigo es marcar el grado máximo de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación.

El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo; no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener sus ventajas hacer negocios con él. Simplemente es el extraño, el otro y para determinar su esencia

basta con que se existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente extensivo.<sup>231</sup>

Ya con anterioridad mencionábamos que, poco después de los atentados a las torres gemelas, el gobierno de los Estados Unidos creó la denominada *Patriotic Act* en cuya esencia radica el estado de excepción con la que se crean normas de prevención y contención con características propias del derecho penal del enemigo; pues en ese sentido, se da la prioridad a la protección del Estado sobre el propio individuo, Giorgio Agamben al hablar del estado de excepción retoma y comenta:

Ya el *Usa Patriot Act*, acordado por el senado el 26 de octubre de 2001, facultaba al *Attorney general* “para someter a detención” al extranjero (alien) sospechoso de realizar actividades que supongan un peligro para la “seguridad nacional de los Estados Unidos”; pero en el plazo de siete días el extranjero debía ser expulsado o bien acusado de violación de las leyes de emigración o de cualquier otro delito. La novedad de la “orden” del presidente Bush consistente en eliminar radicalmente cualquier estatuto para determinados individuos, produciendo de esta forma un ser jurídico innombrable e inclasificable.<sup>232</sup>

En efecto, es claro que la *Patriotic Act* en ese sentido no generó más que enemigos sistémicos y, dado que Estados Unidos es el país plenipotenciario influyó en los países periféricos para que modificaran sus leyes, ejemplo claro de ello es México, donde se reformó años más tarde el Código Penal Federal en materia de terrorismo incluyendo adicionalmente la figura del terrorismo internacional tras las reformas que hiciera Felipe Calderón Hinojosa en el 2007.

Ahora bien, la eliminación del enemigo en el estado de excepción puede darse de diversas formas, no obstante, la característica que las unifica es la suspensión del Derecho mismo.

---

<sup>231</sup> Vid. Schmitt Carl, *op., cit.*, nota 91, pp. 56-57.

<sup>232</sup> Agamben, Giorgio, *Estado de Excepción Homo sacer II, 1*, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, España, Imprenta Kadmos, 2010, pp. 12-13.

Una idea clara de las formas de eliminación del considerado enemigo son las que nos presenta Daniel Jonah Goldhagen:

- a) La transformación.- que consiste en la destrucción de las identidades políticas, sociales o culturales esenciales y definitorias de un grupo, a fin de neutralizar las supuestas cualidades nocivas de sus miembros, esta generalmente va acompañada por amenazas de violencia. Las características o las costumbres reales o supuestos de grupos religiosos, étnicos o culturales que les diferencian de las culturas, han sido el proyecto principal de las ideologías eliminacionistas.
- b) La represión.- la cual implica mantener al grupo odiado, despreciado o temido al alcance del territorio, y reducir, mediante la dominación violenta su capacidad de causar daños reales a los demás. Su forma más extrema es la esclavitud. El *apartheid*, sistema jurídico de eliminación, de privación de derechos políticos, de explotación económica y de separación física de un grupo, la segregación política y jurídica, el sistema de guetos, son formas de eliminación. La represión por esencia incluye la presencia de amenazas y la utilización de la violencia.
- c) La expulsión.- conocida como deportación, elimina a la gente indeseada de una manera concienzuda, empujándola más allá de las fronteras de un país, o recluyéndola en campos de concentración.
- d) La prevención de su reproducción.- quienes intentan eliminar a un grupo intervendrán en su reproducción biológica normal.
- e) El exterminio.- como método radical, el asesinato es una consecuencia lógica de las creencias que consideran al otro un peligro, radical o mortal.<sup>233</sup>

Quisiéramos comentar en ese sentido que, cada una de estas situaciones a pesar de estar presentes en el contexto mexicano, éstas se dan fuera del marco jurídico y por ello son difíciles de vincular a las esferas de poder, convirtiéndose en muchos casos en cifras obscuras y abuso de poder desmedido y no sancionado.

---

<sup>233</sup> Jonah Goldhagen, *Daniel, Peor que la guerra, genocidio, eliminacionismo y la continua agresión contra la humanidad*, trad. de Alejandro Pradera, México, Taurus, 2011, pp. 29 a 36.

No obstante estas formas de eliminacionismo, Daniel Jonah Goldhagen omite una forma de eliminación social y políticamente menos costosa, la creación del enemigo a través de las normas jurídico penales, pues como se veía con antelación, la percepción social reconoce el derecho como el medio para garantizar su estabilidad y paz social y, en ese sentido, todo aquel que le contravenga puede a bien ser considerado un enemigo, al que se le pueden suspender derechos y garantías, ser eliminado sin que medie de por medio el advenimiento de las masas en contra de los grupos de poder en medida de reproche.

El resultado es la utilización del derecho como medio para alcanzar fines de los grupos hegemónicos, que en la actualidad, en el neoliberalismo globalizado, pretenden el mantenimiento de las relaciones verticales de poder-dominación que permite alcanzar beneficios económicos a mayor escala.

Específicamente, es el artículo 29 de la constitución donde se plasma el estado de emergencia o excepción, por el que es viable la restricción o suspensión de derechos y garantías de los ciudadanos, mismo que desde 1917 ha sufrido 4 modificaciones: la primera de ellas publicada en el diario oficial de la federación el 21 de abril de 1981 y posteriormente en el sexenio de Felipe Calderón Hinojosa el 2 de agosto de 2007, una tercera el 10 de junio de 2011 y una última el 10 de febrero de 2014, queda en consecuencia analizar dichas modificaciones.<sup>234</sup>

El texto original de la Constitución de 1917 contenía el estado de emergencia o de excepción <sup>235</sup> en los siguientes términos:

Art. 29.- En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquiera otro que ponga a la sociedad en grande peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República Mexicana, de acuerdo con el Consejo de Ministros, y con aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país, o en lugar determinado las garantías

---

<sup>234</sup> Vid. Cámara de Diputados, Reforma Constitucional por artículo, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_art.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm), 20 de marzo de 2016, 11:00 AM.

<sup>235</sup> Vid. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Versión original de 1917, <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>, 20 de marzo de 2016, 11:15 AM.

que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

La primera modificación de 1981 determinaba que el presidente de la república podía decretar el estado de emergencia con acuerdo de los titulares de las secretarías de Estado, los departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República<sup>236</sup>, es decir que el estado de excepción se convirtió en una decisión más restringida al dejar de lado a diversas instituciones.

La reforma publicada en agosto de 2007 elimina la facultad de decisión de los departamentos administrativos en la toma de decisión en el Estado de emergencia,<sup>237</sup> resultado de la necesidad exponencial, y tras la llegada del 2011 con el cambio de paradigma a los derechos humanos, surge la necesidad de una nueva modificación, ahora el artículo hace alusión a la restricción o suspensión de los derechos humanos y sus garantías para quedar de la siguiente manera:

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que

---

<sup>236</sup> Cámara de Diputados, Reforma Constitucional por artículo, *op. cit.*, nota 234.

<sup>237</sup> *Ídem.*

el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.<sup>238</sup>

La última reforma publicada en febrero de 2014 modifica el párrafo primero del artículo 29 constitucional, con esta ya no es necesaria la aprobación de los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República para que el titular del ejecutivo haga la declaratoria de un estado de excepción, a partir de dicha reforma sólo será necesaria la aprobación del Congreso de la Unión o la comisión permanente para tales efectos.

---

<sup>238</sup> *Ídem.*

Si nos permitimos realizar este análisis es en virtud del dictamen que emitiera la Comisión de Derechos Humanos, de Gobernación, de Justicia y de Estudios legislativos, respecto del proyecto de decreto por el que se expide el reglamento al artículo 29 constitucional que tiene por objetivo la suspensión o restricción del ejercicio de los Derechos Humanos<sup>239</sup> para hacer frente a eventos tales como una invasión, perturbación grave de la paz pública u otros que pongan en peligro o conflicto a la sociedad en los que el factor económico sigue siendo un elemento a proteger, si bien es cierto dicho proyecto de decreto no ha sido aprobado a la fecha de elaboración del presente trabajo de investigación, con ello se demuestra que se sigue actuando bajo el factor riesgo en la creación de legislación de corte neoliberal.

De ello se desprendería que cuando los individuos se manifiesten por la falta de oportunidades y la mala situación económica en la que viven, podría hacerse una declaratoria oficial de excepción y con esto deberán suspenderse derechos humanos y garantías para hacer frente a las perturbaciones causadas, como resultado de ello deberán ser criminalizados y sancionados, porque los enemigos se destacan por los pragmatismos de enfrentamiento<sup>240</sup> y, el estado de excepción es la respuesta inmediata del poder estatal a los conflictos internos más extremos,<sup>241</sup> luego entonces, el sistema económico imperante como actualmente es el neoliberal deberá ser reestablecido, pues es en ese sentido en el que la polaridad del sistema amigo enemigo se confunde con los movimientos sociales, Giorgio Agamben comenta al respecto:

El totalitarismo moderno puede ser definido, en ese sentido como la instauración, por medio del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no sólo de los adversarios políticos, sino de categorías enteras

---

<sup>239</sup> Cfr. Senado de la Republica, Dictamen de las comisiones de derechos humanos de gobernación, de justicia y de estudios legislativos de la iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la ley reglamentaria del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/reu/docs/dictamen\\_280414\\_2.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/reu/docs/dictamen_280414_2.pdf), 20 de diciembre de 2016, 11:00 AM

<sup>240</sup> Bauman, Zigmunt "Modernidad y ambivalencia" en A. Giddens, *et al*, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Tercera edición, trad. de Celso Sánchez Capdequí, España, Anthropos editorial, 2011, p. 94.

<sup>241</sup> Agamben, Giorgio, *op. cit.*, nota 232, p. 10.

de ciudadanos que por cualquier razón no sean integrables en el sistema político.[...]

Frente a la imparable progresión de lo que ha sido definido como una guerra civil mundial, el estado de excepción tiende a presentarse cada vez como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea.<sup>242</sup>

Resulta complicado entender como un país en situación de guerra o con conflictos internos pudiera garantizar derechos humanos, pues las circunstancias no permiten el funcionamiento apropiado de un Gobierno que constantemente tiene que tomar medidas para hacer frente a las circunstancias, no habrá autoridad que garantice dichos derechos, antes bien sus suspensión daría paso al totalitarismo, con ello, la guerra que genera miles de desplazados y movilidad de ayuda humanitaria, permite el intervencionismo de quien argumenta la protección de derechos humanos en un lugar donde el gobierno no puede garantizarlos, con ello se considerara enemigo a todo aquel que atente contra dichos derechos.

Queda en evidencia con esto que, discursivamente es fácil para las esferas de poder en su construcción de lo real subjetivo crear enemigos, y aún más fácil eliminarles mediante la criminalización por obstruir, desde su perspectiva, el progreso social, Zigmunt Bauman dentro del análisis de la modernidad comenta:

Los enemigos son aquellos que deniegan la responsabilidad en favor de mi bienestar antes de que yo admita mi responsabilidad por los otros y prescindiendo de mi renuncia; sólo sobre esta condición se lleva a efecto el enfrentamiento, con el cual colisionan ambas posiciones y entran recíprocamente en una acción hostil.

La oposición entre amigos y enemigos es entre hacer y padecer, entre la de ser un sujeto o un objeto de la acción. Se trata de oposición entre ofrecer y recular, entre iniciativa y vigilancia, dominar y de ser dominado, actuar y responder.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> Agamben, Giorgio, *op. cit.*, nota 232, p. 6

<sup>243</sup> Bauman, Zigmunt, "Modernidad y ambivalencia" en A. Giddens, *op. cit.*, nota 240, p. 94.

Continuando con el estado de excepción en el México neoliberal y en el marco del programa nacional para la seguridad 2014-2018, las medidas flexibles que retoma el ejecutivo no son más que una declaratoria de excepción de facto para hacer frente a los altos índices de delincuencia en el país:

La consolidación del Sistema de Seguridad Nacional permitirá que el Titular del Poder Ejecutivo Federal disponga de las instituciones, procesos e instrumentos para atender de modo integral la agenda de Seguridad Nacional del Estado mexicano.<sup>244</sup>

Entonces el estado de excepción es una realidad alterna vista por un sólo individuo con facultades para tomar dicha determinación, de ello que su visión multidimensional implique la protección de la seguridad no sólo a nivel nacional sino en concordancia con el orden internacional:

I. Una política multidimensional para la Seguridad Nacional de México en el siglo XXI

#### 1. Visión del Ejecutivo Federal

“Conforme a la visión del Ejecutivo Federal”, la política de Seguridad Nacional es multidimensional en la medida en que presta atención integral a las vulnerabilidades, los riesgos y las amenazas que impactan directamente sobre el desarrollo del Estado mexicano y la calidad de vida de su población, estableciendo un vínculo entre la seguridad, la defensa y el desarrollo en tres vertientes: humana, político-militar y económico-ambiental.

Al mismo tiempo, es estratégica por trascender el límite temporal de una política de gobierno para permitir la formulación de escenarios alternativos con el fin de anticiparse a los hechos, bien para administrar el cambio, adaptarse a él, o mitigar sus efectos negativos oportunamente; así como para impulsar una acción coordinada contra amenazas y riesgos específicos en los niveles táctico, operacional y estratégico.

---

<sup>244</sup> Diario Oficial de la Federación, *Programa Nacional de Seguridad 2014-2018*, [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5343081&fecha=30/04/201](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343081&fecha=30/04/201), 23 de marzo de 2016, 9:30 AM.

Finalmente, se trata de una aproximación dinámica que requiere de políticas públicas flexibles para adaptarse a los cambios vinculados con la manifestación de amenazas emergentes, tal como se vislumbra en el complejo horizonte nacional e internacional del siglo XXI.

Esta visión engloba los desafíos de Seguridad Nacional que México enfrenta actualmente y ofrece una guía clara para orientar los alcances de la política de Seguridad Nacional durante los próximos años. Al mismo tiempo, permite que las autoridades que forman parte del Consejo de Seguridad Nacional puedan definir prioridades en función de la evaluación del entorno estratégico nacional e internacional y la naturaleza de los riesgos y amenazas que pueden comprometer la seguridad de la nación.<sup>245</sup>

No queda más que argumentar que se vive en un estado de excepción decretado de facto y que acopla al país a las necesidades globales neoliberales, pues la subjetividad de los escenarios alternativos con el fin de anticiparse a hechos futuros no representa más que una teoría del riesgo con el que se genera incertidumbre en la sociedad para que acepte soluciones que no se han puesto en práctica pero que bien criminalizan al individuo a nivel nacional e internacional.

## **B. Del derecho penal al derecho penal del enemigo.**

Justificar la necesidad de un derecho penal en la sociedad ha sido una tarea que se ha logrado mediante el discurso, un discurso ideológico que permite la violencia de los unos sobre los otros. Comprendemos que no es necesario tratar de justificar una existencia que es visible; antes bien, resulta interés preguntarse el ¿Por qué de esa violencia estructurada? ¿Cuáles son los medios para generar esa violencia? de esta manera, adentrarnos en la ideología del derecho penal actual resultaría una tarea más trascendente para esta investigación.

---

<sup>245</sup> *Ídem.*

Una ideología es entendida como un cumulo de ideas, y en ese sentido, el cumulo de ideas violentas inmersas en el derecho penal debe tener una razón justificada en la mente de quien las impone mediante el discurso, Kenneth W. Grundy –dice que- las ideologías de la violencia se referirán a las justificaciones públicas del comportamiento violento en el proceso político,<sup>246</sup> existe entonces la necesidad de diferenciar las funciones desempeñadas por la ideología en el campo social y el de la política:

Hay que hacer una distinción entre las funciones desempeñadas por las ideologías en la existencia social y las funciones atribuidas a la violencia dentro de las ideologías políticas. Dentro de la existencia social, las ideologías funcionan para integrar actividades, hacer reivindicaciones y fortalecer la resolución, entre otras más funciones. Dentro de las ideologías de la violencia se atribuyen funciones sociales a cierta clase de acciones violentas y se les justifica en términos de estas funciones. Por ejemplo, es frecuente justificar el castigo violento de los criminales con la idea de que dicho castigo frenará futuros criminales y en último término asegura la posibilidad de predicción de las relaciones humanas.

En el lenguaje corriente, los significados dados a la violencia varían según las creencias políticas más amplias de los seres humanos. No existe una definición correcta de violencia. El término es definido frecuentemente de formas diferente por los políticos y a veces los mismos políticos difieren, dependiendo de los propósitos que pretenda alcanzar, el contexto en el que el término sea empleado y su relación con la autoridad política establecida.<sup>247</sup>

El Derecho penal tiene una función integradora y direccionadora de la sociedad contra la delincuencia y, en lo político, se incluye en la búsqueda de intereses particulares para ganar adeptos mediante la solución de los conflictos a través de la criminalización y sanción de las conductas antisociales. Esto refuerza la idea de lo polémico que se veía en la obra de “*el concepto de lo político*” de Carl Schmitt, pues lo polémico genera en los sujetos una contraposición a acciones que no están previamente establecidas, de esta manera, será más fácil implementar ideales como el bien y el mal, lo bueno y lo malo pero principalmente la polaridad amigo-enemigo.

---

<sup>246</sup> W. Grundy, *op. cit.*, nota 226, p. 14.

<sup>247</sup> *Ibidem*, pp. 18-19.

Es necesaria la clasificación que Kenneth W. Grundy nos da sobre la violencia:

- a) Legitimista.- las ideologías legitimistas justifican la violencia política cuando va encaminada a proteger o restaurar un solo orden normativo que el ideólogo considera legítimo, o a quebrantar un orden que considera ilegítimo.
- b) Expansionista.- la violencia política se justifica como medio de imponer un orden normativo, considerado superior, a grupos ajenos. Es importante notar que el término expansionista tiene un significado ideológico y no espacial.
- c) Pluralista.- la violencia política se justifica como un medio de conseguir el derecho de un grupo a tener su propio orden normativo.
- d) Intrínseca.- la violencia política se justifica por sus contribuciones directas al desarrollo del carácter potencial, compromiso con la causa y calidad de su estructura social.<sup>248</sup>

De acuerdo a Fernando Castellanos Tena la existencia del derecho penal como violencia legítima y estructurada como contrapartida al delincuente o enemigo, sienta sus bases en la obligación del Estado de salvaguardar a toda costa bienes que se consideran primordiales y es en ese sentido la base de justificación de la existencia del derecho penal,<sup>249</sup> en tanto que, para Luis Gracia Martín al hablar en torno a la legitimación del derecho penal moderno (como lo denomina), contra lo afirmado por el discurso de resistencia, el discurso de modernización, en paralelo a la dotación del Estado de Derecho de los contenidos materiales que les proporciona al estado social, sólo plantea una adecuación del Derecho Penal a las nuevas realidades sociales,<sup>250</sup> como la globalización o bien la implementación del sistema económico neoliberal que denota un incremento en materia de derecho penal, y que son el factor multidimensional al que ya con anterioridad se mencionaba.

---

<sup>248</sup> *Ibíd.*, pp. 26-27.

<sup>249</sup> Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, cuadragésimaséptima edición, México, Porrúa, 2006, p. 17-18.

<sup>250</sup> Gracia Martín, Luis, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, México, Editorial Ubijus, 2011, p. 42.

Vistos los criterios anteriores, resulta importante analizar los cambios que en materia penal se han dado en los últimos años en México, como respuesta al incremento de la violencia en el país y de cara a una economía de corte neoliberal.

Históricamente sabemos que la codificación penal en México sienta sus bases en el código penal de Veracruz en 1835 a pesar de no contar con gran trascendencia jurídica.; el proyecto había sido elaborado desde 1832. Esto prueba que fue el Estado de Veracruz la Entidad que primeramente contó con un código penal local, pues si bien en el Estado de México se había redactado un bosquejo General de código penal, no llegó a tener vigencia<sup>251</sup> no obstante que ambos se guían fielmente al código penal de España liberal de 1822 que prácticamente no tuvo vigencia en su patria de origen.<sup>252</sup>

Posterior a la integración de la comisión de 1868 con Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona se expidió el código penal del 71 o conocido también como código Martínez de Castro, de este código Augusto Sánchez Sandoval citando a Rivacoba y Zaffaroni comenta:

La genealogía del Código de 1871 debe mucho a Livingstone en forma directa e indirecta: la sistematización de la parte general viene del código español de 1848-1850, que, como se sabe, recepta una gran influencia del código del imperio del Brasil. La idea correccionalista que plasma en su sistema de penas tiene un claro sentido beethamiano, aunque es posible que haya receptado algunas ideas de Röder, pese a que no se le cita en forma expresa y en general, las traducciones más importantes de ese autor fueron contemporáneas o posteriores [...]

De cualquier manera, no puede ignorarse que en el Código de 1871, hay por vía directa o indirecta, una marcada tendencia pragmática utilitarista con acento correccionalista.<sup>253</sup>

---

<sup>251</sup> Castellanos, Fernando, *op. cit.*, nota 249, pp. 45-46.

<sup>252</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, "La ideología de la legislación penal mexicana en los siglos XIX y XX", en Sánchez Sandoval Augusto, (Coord.) *Control social económico-penal en México*, México, UNAM, 2008, pp.186-187.

<sup>253</sup> *Ibidem*, pp.190-191.

Para 1929 se da a conocer el Código Almaraz, denominado así por formar parte de la comisión redactora José Almaraz, cuya innovación más importante fue la adopción del sistema brasileño del día de multa<sup>254</sup> consistente en la elasticidad para la aplicación de las sanciones al establecerse mínimos y máximos para cada delito, de igual manera se da en este código la supresión de la pena capital<sup>255</sup> conto con una vigencia de 2 años pues para el 17 de septiembre de 1931 entraría en vigor un nuevo código promulgado por el entonces presidente Pascual Ortiz Rubio, en cuya exposición de motivos presentada con posterioridad por Teja Zabre se leía:

Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula: no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así: no hay delincuentes sino hombres. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es un resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: por ejemplo la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada etc., pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden.<sup>256</sup>

La postura de Teja Zabre fue positivista al realzar los ideales del derecho penal que, en el mundo del deber ser, vería a la normatividad penal como un medio de solución de conflictos, no obstante, y en atención al mundo del ser, la normatividad penal sólo es un mecanismo de control social en beneficio de los intereses económicos de la clase dominante; pues en ese sentido, como se verá, se da prioridad no a la estabilidad social sino a la protección del sistema económico.

Múltiples han sido las decisiones que en materia penal se han tomado en los últimos años como consecuencia de los delitos que afectan propiamente al sistema económico, el ejemplo más claro es el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014, incluso la propia constitución ha sido reformada

---

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 206.

<sup>255</sup> Castellanos, Fernando. *op. cit.*, nota 249, p. 47.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 48.

desde su creación en 700 oportunidades desviándose por mucho de los ideales que conservaba en un origen, incluso la propia jurisprudencia que emite Suprema Corte de Justicia se emite constantemente en esta rama del Derecho, aquí algunos ejemplos:

En marzo de 1999 la Suprema Corte de Justicia emitió la siguiente jurisprudencia:

ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y MATERIALES DE USO EXCLUSIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O SUJETOS A CONTROL, DELITO DE INTRODUCCIÓN CLANDESTINA EN LA REPÚBLICA. ES DETERMINANTE EL MODO Y EL LUGAR EN QUE SE INTERNEN LOS OBJETOS DEL ILÍCITO.

De una interpretación armónica e integral de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, así como del Código Penal Federal en el capítulo tercero, del título cuarto, de rubro "Armas prohibidas", se advierte que por seguridad nacional debe existir un control y registro permanente de las armas, municiones, explosivos y demás objetos prohibidos. En estas condiciones si el artículo 84, fracción I, de la referida ley establece: "Se impondrá de cinco a treinta años de prisión y de veinte a quinientos días multa: I. Al que introduzca en la República, en forma clandestina, armas, municiones, explosivos y materiales de uso exclusivo de las fuerzas armadas o sujetos a control, de acuerdo con esta ley; asimismo al que participe en la introducción", el elemento normativo consistente en introducir clandestinamente, debe entenderse en el sentido de desplegar una conducta de manera oculta, encubierta o secreta, para con ello evitar que sea detectada, ya sea por temor a la ley o con el fin de eludirla. Bajo esta premisa, lo clandestino del ilícito se pone de manifiesto desde el momento en que el sujeto oculta de tal manera el objeto material, que no es posible evidenciar a primera vista, que ahí se encuentra, sino que por el contrario, se debe llevar a cabo otro tipo de búsqueda para poder percatarse de su existencia, lo que ineludiblemente conduce a analizar cada caso concreto; esto es, el elemento clandestinidad se surte desde el momento en que el sujeto activo oculta su existencia poniéndolas fuera del control de la autoridad competente y no hace de su conocimiento la pretensión de introducir al territorio nacional tales artefactos, siempre y cuando estén contenidos en un lugar de difícil acceso. Por tanto, si la introducción no se verifica en forma oculta o secreta, entonces no se actualizará la clandestinidad,

tal es el caso si dichos artefactos se encuentran en la ropa utilizada al momento de la internación, en cajas o maletas de equipaje de fácil acceso a las autoridades respectivas, o bien, en lugar visible en el medio de transporte empleado. Lo anterior, en virtud de que no obstante la infracción a la ley, ello no implica de modo alguno impunidad para el infractor, pues de acuerdo con el Código Penal Federal, existen otros tipos penales a los que podría quedar encuadrada la conducta de referencia en que no esté presente el elemento "clandestinidad", para quienes introduzcan al país esos objetos sin el permiso correspondiente.

Contradicción de tesis 78/97. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. 3 de marzo de 1999. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Joel Carranco Zúñiga.

Tesis de jurisprudencia 19/99. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de catorce de abril de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.<sup>257</sup>

La presente jurisprudencia fue resultado de la omisión de la ley federal de armas de fuego y explosivos respecto de lo que debería entenderse para entonces por la palabra "clandestino", el delito previsto por el artículo 84, fracción I, de la ley federal de armas de fuego y explosivos, la severidad de la pena no estaba sujeta a debate, la imprecisión del tipo penal obligaba a establecer el supuesto normativo que habría de regir.<sup>258</sup>

Un nuevo ejemplo de este tipo de jurisprudencia se da en el año 2000 cuando se determinó el contrabando equiparado:

---

<sup>257</sup> Tesis 1ª/J. 19/99, Semanario Judicial de la Federación, t. IX, mayo 1999, p. 66. CD-ROM IUS: 194, 067.

<sup>258</sup> Poder Judicial de la Federación, *Decisiones relevantes en materia penal novena época*, México, INACIPE, 2005, p. 27.

CONTRABANDO EQUIPARADO. EL DELITO TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN SE CONFIGURA CUANDO EL SUJETO ACTIVO TIENE LA POSESIÓN DE LA MERCANCÍA, SEA ORIGINARIA O DERIVADA.

El referido precepto que dispone que será sancionado con las mismas penas del contrabando quien tenga en su poder por cualquier título, mercancías extranjeras que no sean para su uso personal, sin la documentación o sin el permiso previo de la autoridad federal competente, debe ser interpretado en el sentido de que la tenencia que como presupuesto técnico jurídico exige para la acreditación del delito mencionado, está vinculada al aspecto de la posesión que con toda amplitud ejercen únicamente los poseedores originarios y los derivados, y no así, los detentadores o precaristas que tienen en su poder la cosa en virtud de una situación de dependencia en que se encuentran respecto del propietario de la misma, pues su tenencia está limitada por la circunstancia de que no pueden ejercer ningún acto de dominio sobre la cosa. Lo anterior se corrobora por el hecho de que con la expresión "por cualquier título", el propio numeral remite a los títulos previstos en la ley, por los cuales el sujeto activo puede tener la mercancía, esto es, cuando el propietario mediante un acto jurídico entrega a otro una cosa en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, u otro título análogo, quedando con ello comprendidos dentro de la hipótesis delictiva, los poseedores originarios que son los que entregan la mercancía y los derivados que son los que la reciben.

Contradicción de tesis 18/99. Entre las sustentadas por el Primer y Segundo Tribunales Colegiados del Octavo Circuito. 29 de noviembre de 2000. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Tesis de jurisprudencia 7/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de catorce de febrero de dos mil uno, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.<sup>259</sup>

---

<sup>259</sup> Tesis 1ª/J. 7/2001, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, t. XIII, marzo 2001, p. 30. CD-ROM IUS: 190, 205.

Del libro decisiones relevantes en materia penal de la Suprema Corte se lee:

La frase referida impone su división en dos partes, a fin de establecer, en primer lugar, qué significa “Tenga en su poder” y, en segundo, “por cualquier título” Con estas expresiones, el tipo penal de contrabando equiparado hace específica referencia a un presupuesto del delito, cuya existencia previa es necesaria respecto de que se actualice el supuesto de hecho contenido en él; tal presupuesto debe acreditarse plenamente, en virtud de la trascendencia que tiene para los efectos de la responsabilidad del sujeto el cual se haya relacionado con un hecho ilícito de naturaleza fiscal, lo que conducirá a definir si se hace acreedor o no a las consecuencia jurídica prevista por la norma.<sup>260</sup>

La subjetividad no queda de lado, pues la expresión “quien tenga en su poder por cualquier título” reinvierte la carga probatoria de los sujetos para probar la licitud de todo cuanto se encuentre en su poder, sea o no legítimo propietario, es evidente que dicha resolución posee características del derecho penal del enemigo como las descritas por Jakobs Günther.

Siguiendo este orden de ideas, en el año 2001 la Suprema Corte de Justicia determino mediante la jurisprudencia 2a XLIX/2001 que la delincuencia organizada, el acopio de armas de fuego y explosivos y la posesión de cartuchos son figuras delictivas distintas:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. LOS ARTÍCULOS 2o. Y 4o. DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA NO VIOLAN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El solo acuerdo de organización o la organización misma, que tenga como fin cometer alguno de los delitos precisados en el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la propia ley, con independencia de la comisión y la sanción de

---

<sup>260</sup> Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, nota 258, p. 68.

ellos; lo que implica la autonomía del tipo. Asimismo, de la exposición de motivos de la iniciativa correspondiente, se advierte que se tomó en cuenta la necesidad de prever una ley especial que regulara la conducta consistente en la organización de tres o más personas encaminadas a cometer alguno de los delitos ahí señalados, pues se estimó que no obstante que se hacía mención a la "delincuencia organizada" en la legislación penal, la regulación era aún insuficiente; consecuentemente, al preverse la delincuencia organizada se establece un delito autónomo y no una agravante. Ahora bien, no obstante que tanto los preceptos aludidos como los artículos 83 bis y 83 quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos contemplan como bien jurídico protegido la seguridad pública o nacional, sin embargo éstos no tipifican los mismos hechos o conductas ilícitas. En efecto, de los artículos relativos al acopio de armas de fuego y explosivos, se advierte que los elementos del tipo son: a) La posesión de más de cinco armas de fuego; b) Que las armas sean de uso reservado al Ejército, Armada y Fuerza Aérea; c) Que la posesión sea sin el permiso correspondiente; y, d) La posesión de cartuchos en cantidades mayores a las permitidas. Por su parte, los elementos del tipo de delincuencia organizada son: 1) El acuerdo de tres o más personas para organizarse o que se organicen; 2) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; y, 3) Que el acuerdo o la organización tenga como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el mencionado artículo 2o. Esto es, los elementos que integran el tipo de cada figura delictiva: "delincuencia organizada", "acopio de armas de fuego y explosivos" y "posesión de cartuchos" son totalmente diferentes, pues mientras el primero contempla dentro de sus elementos integrantes el acuerdo para organizarse o la organización, por sí solos, para cometer reiterada o permanentemente alguno de los delitos ahí señalados, con independencia de que se actualice la comisión de alguno de los delitos enlistados en el citado artículo 2o., el solo acuerdo de organización o la organización en sí constituye una figura delictiva, el segundo y el tercero aluden, respectivamente, a la reunión de armas de fuego reservadas al Ejército, Armada y Fuerza Aérea sin el permiso correspondiente y a la posesión de cartuchos en cantidades mayores a las permitidas. Luego, los tipos penales de mérito contemplan figuras delictivas diferentes; de ahí que el auto de formal prisión con el cual inicia la prosecución del proceso en la hipótesis de que se trata no se sigue por dos tipos diferentes que

sancionan la misma conducta, pues los elementos que los constituyen son diversos y, por ende, se sancionan conductas distintas. Por consiguiente los artículos 2o. y 4o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada no tipifican las mismas conductas que contemplan los artículos 83 bis y 83 quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y, por tanto, no transgreden el artículo 23 de la Constitución Federal.

Amparo en revisión 1111/2000. 30 de marzo de 2001. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rolando Javier García Martínez.<sup>261</sup>

Coincidimos con el criterio de Francisco Muños Conde -cuando afirma que el estado actual de la jurisprudencia de los más altos tribunales de la justicia de los países democráticos -como el caso de México- si bien con algunas decisiones controvertidas, un derecho penal que infrinja o no respete las bases del estado de derecho e infrinja derechos fundamentales, es un derecho penal ilegítimo.<sup>262</sup>

Como podemos percatarnos muchas de estas determinaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son el resultado de un aumento en materia de legislación en diversos ámbitos, incluido obviamente el penal, tan solo la página electrónica de la Cámara de Diputados señala que existen en el ámbito federal 294 leyes<sup>263</sup> de entre las que resaltan en el ámbito penal:

<b>Ley</b>	<b>Última reforma</b>	<b>Ley</b>	<b>Última reforma</b>
Código Federal de Procedimientos Penales DOF 30-08-1934	DOF 12-01-2016	Ley federal de seguridad privada DOF 06-07-2006	DOF 17-10-2011
Código Nacional de Procedimientos Penales DOF 05-03-2014	DOF 12-01-2016	Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita DOF 17-10-2012	<i>sin reforma</i>
Código Penal Federal	DOF 07-04-2016	Ley federal para la	DOF12-03-2015

<sup>261</sup> Tesis 2ªXLIX/2001, Semanario Judicial de la Federación, Novena Epoca, t. XIII, mayo 2001, p. 446. CD-ROM IUS: 189, 737.

<sup>262</sup> Muños Conde, Francisco, *Los orígenes del derecho penal del enemigo*, México, editorial Ubijus, 2010, p. 53.

<sup>263</sup> H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, Leyes Federales vigentes, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, 25 de marzo de 2016, 10:30 AM.

DOF14-08-1931		protección a personas que intervienen en el procedimiento penal DOF 08-06-2012	
Estatuto de las Islas Marías DOF 30-12-1939	DOF 01-04-2010	Ley federal para prevenir y sancionar la tortura	DOF 10-01-1994
Ley de la Policía Federal DOF 01-06-2009	DOF 24-06-2011	Ley federal para prevenir y sancionar los delitos cometidos en materia de hidrocarburos DOF 12-01-2016	<i>sin reforma</i>
Ley de Seguridad Nacional DOF 31-01-2005	DOF 26-12-2005	Ley general del sistema nacional de seguridad pública DOF 02-01-2009	DOF 29-10-2013
Ley del instituto de seguridad social para las fuerzas armadas mexicanas DOF 09-07-2003	DOF 27-01-2015	Ley general en materia de delitos electorales DOF 23-05-2014	DOF 27-06-2014
Ley federal anticorrupción en contrataciones públicas DOF 11-06-2012	<i>sin reforma</i>	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 DOF 30-11-2010	DOF 03-06-2014
Ley federal contra la delincuencia organizada DOF 07-11-1996	DOF 12-01-2016	Ley nacional de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal DOF 29-12-2014	<i>sin reforma</i>
Ley federal de armas de fuego y explosivos DOF 11-01-1972	DOF 12-11-2015	Ley orgánica de la procuraduría general de justicia del distrito federal DOF 20-06-2011	DOF 24-02-2012
Ley federal de extinción de dominio, reglamentaria del artículo 22 de la	DOF 12-01-2016	Ley orgánica de la procuraduría general de la república	DOF 24-12-2014

constitución política de los estados unidos mexicanos DOF 29-05-2009		DOF 29-05-2009	
Ley federal de justicia para adolescentes DOF 27-12-2012	DOF 02-07-2015	Ley para el tratamiento de menores infractores, para el distrito federal en materia común y para toda la república en materia federal DOF 24-12-1991	DOF 02-07-2015
Ley federal de responsabilidad ambiental DOF 07-06-2013	Sin reforma	Ley que establece bases para la ejecución en México, por el poder ejecutivo federal, del convenio constitutivo del banco interamericano de desarrollo DOF 19-12-1959	DOF 29-12-2014
Ley federal de responsabilidad patrimonial del estado DOF 31-12-2004	DOF 12-06-2009	Ley reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia nuclear DOF 04-02-1985	DOF 09-04-2012
Ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos DOF 13-03-2002	DOF 18-12-2015	Ley sobre delitos de imprenta DOF 12-04-1917	DOF 04-11-2015
Ley federal de responsabilidades de los servidores públicos DOF 31-12-1982	DOF 24-03-2016		

A nivel federal contamos con más de 30 leyes en materia penal, la gran mayoría con una publicación de reforma en el DOF posterior al año 2000, esto con independencia de que de otras leyes creadas en el mismo lapso de tiempo puedan desprenderse supuestos normativos de carácter penal; hay que sumar a esto, el hecho que las autoridades en el ámbito de sus jurisdicciones pueden emitir más leyes dando un patrón de aumento en la legislación penal, lo que los autores han denominado un derecho penal máximo. Son de Jakob Günther las siguientes palabras al respecto:

El punto de partida de cualquier análisis del fenómeno que pueda denominarse la expansión del ordenamiento penal ha de estar, en efecto, en una sencilla constatación: la actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en los países de nuestro entorno ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos constituyen supuestos de criminalización en el estadio previo a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas.<sup>264</sup>

Las consecuencias de un incremento de las leyes penales se puede ver en dos sentidos, por un lado, es más fácil que los sujetos caigan en los supuestos normativos que establecen dichas leyes, por lo que los individuos a fin de no cometer un delito se abstendrán de realizar ciertas conductas, lo que al disminuir su campo de acción, restringe sus derechos y garantías; por el otro lado, tenemos que, aquellos que crean las normas obtengan de los sujetos una conducta tal que vaya acorde con su visión del patrón conductual que necesita la realidad que pretenden construir, generando relaciones sociales verticales, resultado de dicha interacción lo que se ha llamado por estudiosos la *Dirección Social*.

Es claro que, el llamado derecho penal del enemigo no es un nueva línea del derecho penal como se mencionaba con anterioridad, sin embargo, es de precisar en último sentido que, la construcción del derecho penal posmoderno cuenta con bases sólidas y diferenciadas a las que contaba el derecho penal hace tiempo atrás, para ello citamos a Fernando Carrillo Malangón:

El Derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, mientras que el derecho penal de ciudadano respeta las esferas de libertad. Mediante el derecho penal del enemigo, el estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir combate el peligro, y por ello,

---

<sup>264</sup> Günther Jakob, *op. cit.*, nota 100, pp. 74-75.

en él la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.<sup>265</sup>

En efecto, inclusive en el derecho procesal del enemigo se pueden ver las desventajas procesales bajo las que se coloca al individuo para hacer frente a cualquier imputación, la inversión de la carga probatoria, la disminución de términos, la eliminación del secreto bancario, entre otros principios se van incluyendo en la normatividad.

Queremos aclarar que por cuestiones de extensión no es posible realizar un análisis de todas y cada una de estas leyes, no obstante con posterioridad se analizara algunas a fin de evidenciar lo que hasta ahora se ha venido argumentando respecto de la protección del sistema económico y la utilización del derecho penal del enemigo para dichos fines, convirtiendo al sistema penal mexicano en un sistema de corte neoliberal.

### **C. La Función del Derecho Penal del Enemigo en el México neoliberalismo.**

Cuando Luhmann retomaba a Parsons para adentrarnos en su teoría de sistemas explicaba que este se proponía estudiar la consolidación de las estructuras en los sistemas, bajo esta lógica, la normatividad penal cumple dicha función si se considera necesario orientar el comportamiento de la sociedad en determinado sentido, se crearan normas que prohíban las conductas que obstaculicen tal orientación.<sup>266</sup>

¿Podría ser entonces el derecho penal la cláusula operativa? La respuesta suele ser afirmativa cuando afirmamos que, el reconocimiento que a la ley se le otorga trae aparejada la sanción por el incumplimiento a su observancia, caso

---

<sup>265</sup> Carrillo Malangón Fernando, "Política criminal adoptada por el Estado en la actualidad" en García García, Leticia Guadalupe (Coord.) *Los Derechos humanos como eje rector en la política criminal contra la delincuencia organizada*, México, CONACYT, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2013, p. 73.

<sup>266</sup> García García, Leticia, *op. cit.*, nota 223, p. 27.

contrario si la ley es observada y respetada los fines de quien las impuso serán alcanzados, nos permitiremos explicar con los fines consumatorios de construcción de lo real subjetivo y variables que veíamos con Parsons, aplicando para ello la teoría de sistemas en cuanto a la autopoiesis se refiere, para generar un sistema operativamente cerrado al interior pero sistemáticamente abierto al orden mundial:

<b>DPE*</b>	<b>Instrumental.</b>	<b>Consumatorio</b>
<b>exterior</b>	<p><b><u>A</u> Adaptación</b></p> <p>Los sujetos, se adaptan a las estructuras establecidas en las que existe la ley y en donde la sanción es una consecuencia de su incumplimiento.</p>	<p><b><u>G</u> obtención de fines</b></p> <p>Construcción de lo real subjetivo, la Dirección social y acumulación de capital.</p>
<b>interior</b>	<p><b><u>L</u> Mantenimiento de las estructuras latentes.</b></p> <p>Mantenimiento de la estructura vertical de poder dominación.</p>	<p><b><u>I</u> Integración</b></p> <p>Los sujetos se integran en sistemas sociales direccionados que compaginan con el orden mundial</p>
*Derecho Penal del Enemigo		

El derecho penal del enemigo, como clausula operativa, al funcionar como mecanismo de excepción en el combate contra comportamientos anti sistémicos permite el mantenimiento de estructuras al contener toda conducta ajena al orden establecido.

Vistas como políticas que rebasan el estado natural del Derecho, cualquier función posible de la pena y, desde luego, no sólo la función polémica asignada al derecho penal por Jakobs, se distorsiona en la práctica por las pretensiones de

ciertas políticas de seguridad,<sup>267</sup> así el derecho penal del enemigo se coloca como la característica propia de la aplicación de un derecho penal posmoderno que se encuentra en consonancia con el orden mundial que necesita un patrón conductual de los sujetos.

Ahora bien, ya que contamos con bases sólidas sobre la función del derecho penal del enemigo, queda en consecuencia aplicar su función en el contexto mexicano.

Como se desprende del plan nacional de seguridad 2014-2018 publicado en el diario oficial de la federación el 30 de abril de 2014 la tendencia es contra restar los estragos de la delincuencia:

La perspectiva multidimensional que guía la política de Seguridad Nacional del Estado mexicano es complementada por una intensa labor multilateral que busca promover condiciones globales favorables para la construcción de un México próspero, incluyente y en paz. Por ello, el Gobierno de la República participa activamente en los distintos foros de Naciones Unidas para promover la adopción y puesta en marcha de la Agenda de Desarrollo Post 2015, privilegiando la Perspectiva Global para la Inclusión.<sup>268</sup>

Queda claro entonces que México cuenta con una seguridad referida, es decir que se adecua a las necesidades de los países plenipotenciarios que integran las Naciones Unidas como es el caso de Estados Unidos, ya que en virtud de su orientación geográfica y por las iniciativas internacionales diseñadas para hacer frente al problema mundial de seguridad, en tanto las fronteras de México sean seguras lo serán aún más la de Estados Unidos, permitiendo con ello una mejor estabilidad económica para este, esto se puede constatar al analizar la agenda de cooperación internacional:

---

<sup>267</sup> Aponte, Alejandro, "Derecho Penal del enemigo Vs. Derecho Penal del ciudadano" en Cancio Meliá (Coord.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Argentina, Editorial s. L. Libros jurídicos, 2006, Volumen 1, p. 192.

<sup>268</sup> Diario Oficial de la Federación, *op. cit.*, nota 244.

- a) Impulsar mecanismos de cooperación internacional para fortalecer la seguridad en las fronteras norte y sur, atendiendo sus diferencias regionales.
- b) Promover el intercambio de experiencias con agencias de seguridad de otros países.
- c) Establecer mecanismos para el intercambio de información con instancias internacionales para la prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita.
- d) Fortalecer la cooperación e intercambio de información para prevenir y atender la trata de personas, especialmente de mujeres y niños.
- e) Fortalecer los mecanismos de cooperación internacional para reducir el tráfico de armas de fuego.
- f) Incrementar la colaboración e intercambio de información internacional para atender delitos informáticos.
- g) Impulsar esquemas de cooperación para atender y proteger a migrantes víctimas de delitos.
- h) Desarrollar mecanismos para prevenir el tráfico ilícito de migrantes y regular los flujos de personas deportadas, respetando sus derechos humanos.
- i) Estrechar la colaboración entre la Secretaría de Relaciones Exteriores e instituciones de seguridad pública, para impulsar conjuntamente la agenda internacional de seguridad.

Contrario al discurso de protección y de seguridad nacional en este programa, podemos ver que el mayor beneficiario es el sistema de acumulación de capital. Basta con ver el ejercicio fiscal para el año 2016 del cual se destinaron \$2,015'311,756.00 para el Programa Nacional de Prevención del Delito, pero pese a dicha inversión los niveles de delincuencia en el país se encuentran en aumento.

Artículo 9. En el presente Presupuesto de Egresos se incluye la cantidad de \$2,015'311,756.00 para el otorgamiento de apoyos en el marco del Programa Nacional de Prevención del Delito.<sup>269</sup>

---

<sup>269</sup> Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2016, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF\\_2016.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2016.pdf), 23 marzo de 2016, 10:00 AM.

Dicha cantidad se encuentra en consonancia con el presupuesto fiscal previo de 2015 en el que se otorgaron para dicho ramo las siguientes cantidades:

Artículo 9. El presente presupuesto de egresos se incluye las siguientes cantidades:

- a. \$2,759'125.600 para el otorgamiento de subsidios a las entidades federativas que cuentan con programas en materia de equipamiento y reorganización de estructuras de mando policial, para el fortalecimiento de sus instituciones de seguridad pública en materia de mando policial y,
- b. \$2,683'230,000 para el otorgamiento de apoyo en el marco del programa Nacional de Prevención del delito.<sup>270</sup>

De acuerdo al periódico El Universal, un informe del SIPRI (*Stockholm International Peace Research Institute*) las importaciones de artículos militares en México crecieron 331% en el periodo 2011-2015, cuando se compara con el lapso comprendido entre 2006 y 2010,<sup>271</sup> lo interesante es ver que Estados Unidos es el principal proveedor de dicho armamento, siendo además que es en este país donde radican las 10 principales empresas distribuidoras de armas, por ello podríamos afirmar que siendo un país bélico, Estados Unidos se ve beneficiado económicamente por el llamado combate a la delincuencia organizada nacional y transnacional, pues es el beneficio económico el común denominador.

Así mismo el informe del SIPRI calcula que el valor total del comercio global de armas durante el 2013 fue al menos de 76.000 millones de dólares y se calcula que el gasto militar mundial en 2014 ha sido de 1,776 billones de dólares, cifra que representa un 2,3% del producto interior bruto mundial o 245

---

<sup>270</sup> Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2015, [http://www.diputados.gob.mx/PEF2015/exposicion/decreto\\_presupuesto.pdf](http://www.diputados.gob.mx/PEF2015/exposicion/decreto_presupuesto.pdf), 23 marzo de 2016, 10:00 AM.

<sup>271</sup> El Universal, Nación, "México cuadruplica compra de armamento", <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2016/02/23/mexico-cuadruplica-compra-de-armamento>, 23 de marzo de 2016, 11:12. AM.

dólares por persona.<sup>272</sup> Lo que refuerza la historia de movilidad económica de los Estados Unidos mediante las guerras.

Augusto Sánchez Sandoval comenta al respecto sobre el proyecto militar de Estados Unidos en México:

El plan Mérida sirve para que los Estados Unidos se posesionen militarmente del territorio, de la infraestructura y los recursos estratégicos.

El cambio de nombre a Plan Mérida se adecua para ampliar sus efectos sobre Centroamérica, en el desarrollo del plan puebla panamá. Es decir, tener derechos sobre una extensión geográfica llena de recursos naturales y acuíferos que servirán a la superficie de la organización regional de integración económica de América del Norte compuesta por México, Estados Unidos, Canadá, la cual, en virtud de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional, constituye un solo estado en materia *político-económica* y militar con sede en Washington y de la alianza para la seguridad y prosperidad de América del Norte (ASPAN)<sup>273</sup>

Podríamos agregar al respecto que, la cuestión entonces también se centra en la ubicación geográfica de México que le permite contar con diversos recursos naturales, y en ese sentido, en la búsqueda de nuevas fuentes de energía los recursos naturales son la opción más viable a efecto de contrarrestar los efectos nocivos de la contaminación global, pero sobre todo, un sustituto ideal del petróleo con el que Estados Unidos no cuenta, pues hay que recordar que es el principal consumidor de petróleo del país.

Diversos son los proyectos en materia de seguridad como el Plan Mérida que tiene como principales programas de gobierno los de: a) Carácter ideológico y de capacitación, b) de formación político-militar, c) de apoyo a la investigación y procuración de justicia, d) de apoyo al poder judicial, e) en materia de administración de prisioneros y, f) el fortalecimiento de acciones para el control de

---

<sup>272</sup>SIPRI, *Armaments, Disarmament and International Security*. Resumen en español, <http://www.sipri.org/yearbook/2015/downloadable-files/sipri-yearbook-2015-summary-in-spanish>. 23 de marzo de 2016, 11:25 AM.

<sup>273</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 192, pp. 136-137.

la demanda de las drogas ilícitas. Muchas de ellas coincidentes con plan nacional de seguridad 2014-2018.

Por lo anteriormente comentado queremos precisar que encontramos como funciones del derecho penal del enemigo las siguientes:

- a. Permite la eliminación de los sujetos.- disminuyendo sus derechos humanos, procesales bajo el argumento de la protección a la seguridad nacional al considerarlos enemigos del sistema.
- b. Permite la dirección social.- al disminuir los campos de acción de los sujetos como consecuencia del incremento normativo y a efecto de que no recaigan en las hipótesis normativas que para el efecto se crean generando control social.
- c. La protección al sistema económico.- pues en ese sentido los delitos financieros cobran mayor relevancia en las leyes cuya característica es pertenecer al derecho penal del enemigo.
- d. Permite la acumulación de capital en un doble sentido.- como mecanismo de excepción al combate a la delincuencia, justificando las grandes inversiones económicas en la compra de armas, inversión de capacitación para combatirlo y, en un segundo sentido, se representa como un mecanismo de ingreso para el Estado mediante la confiscación de los bienes producto u objeto del delito.

#### **D. La perspectiva de la delincuencia en el México.**

La encuesta nacional de victimización y percepción sobre seguridad pública (ENVIPE) 2015 arrojó que durante el año 2014 aproximadamente existieron 33.7 millones de delitos que dejaron como consecuencia un estimado de 22.8 millones de víctimas mayores de 18 años,<sup>274</sup> dato equivalente al año 2013, como se

---

<sup>274</sup> INEGI, "Encuesta nacional de victimización y percepción sobre seguridad pública 2015", [http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2015/especiales/especiales2015\\_09\\_7.pdf](http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2015/especiales/especiales2015_09_7.pdf), 24 de marzo de 2016, 8:35 AM.

desprende del boletín de prensa número 395/15 de fecha 30 de septiembre de 2015 que emitiera dicha institución:

<b>Histórico.</b> <sup>275</sup>	
año	Víctimas del delito (Millones)
2010	18.1
2011	18.8
2012	21.6
2013	22.5
2014	22.8

Con ello se determinó que en el 2014, el costo total a consecuencia de la inseguridad y el delito en hogares representa un monto de 226.7 mil millones de pesos, es decir, 1.27% del PIB. Lo cual equivale a 5,861 pesos por persona afectada por la inseguridad y el delito<sup>276</sup>. Pero queda claro que dicha cifra no es del todo correcta si analizamos la cifra obscura; es decir, el nivel de delitos no denunciados o que no derivaron en averiguación previa, cuyo estimado fue de 92.8% a nivel nacional durante ese mismo año,<sup>277</sup> siendo diversos los motivos que causan dichos datos, el primero de ellos, la desconfianza en las autoridades.

Como dato adicional se estima que el nivel de percepción sobre inseguridad al mes de abril 2015 llegó a 73.2% en población mayor de 18 años.<sup>278</sup> A estos factores podríamos sumarle la incompetencia policiaca, la falta de protección real a la víctima, inclusive las contradicciones en la misma ley (antinomias), el desvío de poder y los niveles de corrupción imperante en los órganos gubernamentales como lo destaca el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE):

---

<sup>275</sup> *Ídem.*

<sup>276</sup> *Ídem.*

<sup>277</sup> *Ídem.*

<sup>278</sup> *Ídem.*

De la función del ministerio público que desarrollamos antes, se sigue que aun cuando se suponga que el ministerio público es perfectamente competente e incorruptible, podrá advertirse un cierto nivel de insatisfacción de los denunciantes y víctimas con su labor. Sin embargo, el supuesto de que un funcionario cualquiera sea incorruptible y competente es incompatible con la experiencia empírica de cualquier sociedad, y de la mexicana en particular.<sup>279</sup>

La ineficacia de las autoridades como otro factor es determinante. En el año 2014 del total de averiguaciones previas iniciadas por el Ministerio Público, en el 53.8% de los casos no pasó *Nada o no se resolvió* la denuncia, lo que implica un incremento con respecto al 2013 cuya estimación fue de 49.9%,<sup>280</sup>, en el año 2016 la SEGOB a través de su página determina que en un acumulado de enero a marzo “estima” un total de 356,669 presuntos delitos de los cuales 124,536 corresponden al mes de marzo,<sup>281</sup> es decir que, ni la misma autoridad tiene un control exacto de lo que pasa en materia de delincuencia en el país

Consecuencia de todas estas cifras imprecisas, de acuerdo al Índice de Paz Global 2015 del Instituto para la Economía y Paz, México ocupó el segundo lugar de los países más violentos entre los países de América Central y el Caribe.<sup>282</sup>

Dar respuesta a la pregunta ¿por qué una persona delinque? es entrar a diversos factores, queda claro que en un universo de posibilidades como las da la globalización no pueden establecerse generalidades absolutas, podríamos sin embargo indicar que mucho influye la falta de oportunidades, la falta de trabajo, las necesidades que no cubre un salario mínimo, la necesidad de obtener cada

---

<sup>279</sup> INACIPE, *Desafíos de la implementación de la reforma penal en México*, México, CIDAC, NACIPE, 2010, p. 96.

<sup>280</sup> INEGI, *op. cit.*, nota 274.

<sup>281</sup> Secretaría de Gobernación, Incidencia Delictiva Nacional, <http://secretariadoejecutivo.gob.mx/incidencia-delictiva/incidencia-delictiva-actual.php>, 24 de marzo de 2016, 12:35 PM.

<sup>282</sup> El Economista, “México, el segundo país más violento en toda América” <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2015/06/17/mexico-segundo-pais-mas-violento-toda-america>, 24 de marzo de 2016, 12:45 PM.

vez más capital a través de la explotación laboral, tener control sobre los individuos, y con ello su obediencia.

Es por demás decir entonces que quien cuenta con el monopolio de una violencia legítima, por ideología propia construye una alternativa en lo considerado como delito. Guadalupe Leticia García García a propósito del tema de delincuencia organizada nos da la clasificación en la legislación mexicana:

Delitos considerados como Delincuencia organizada <sup>283</sup>	
<p>Código Penal Federal.</p> <p>1. Terrorismo</p> <p>2. Terrorismo internacional.</p> <p>3. Contra la salud</p> <p>4. Falsificación o alteración de moneda</p> <p>5. operaciones con recursos de procedencia ilícita.</p>	<p>Ley Federal de armas de fuego y explosivos</p> <p>14. Acopio y tráfico de armas.</p>
<p>Código penal federal, legislaciones penales Estatales o del Distrito Federal (Hoy Ciudad de México)</p> <p>6. corrupción de personas menores o incapaces</p>	<p>Ley general de población.</p> <p>15. Tráfico de indocumentados</p>
<p>7. pornografía de personas menores o incapaces</p> <p>8. Turismo sexual en contra de personas menores o incapaces.</p> <p>9. Lenicidio de personas menores o de dieciocho años de edad o incapaces</p>	<p>Ley General de Salud</p> <p>16. Tráfico de órganos</p>
<p>10. Asalto (camino, carreteras o despoblados)</p> <p>11. Secuestro</p>	<p>Ley para Prevenir y Sancionar la trata de personas</p>

<sup>283</sup> García García, Guadalupe Leticia, "Política criminal respecto de la delincuencia organizada: El delito del narcotráfico en particular." en García García, Guadalupe Leticia (Coord.), *op. cit.*, nota 265. pp. 147-148.

<p>12. Tráfico de menores o incapaces</p> <p>13. Robo de vehículo</p>	<p>17. Trata de personas</p>
---	------------------------------

Hay que recordar que todos ellos para ser considerados como delincuencia organizada deben ser cometidos por tres o más personas en forma reiterada, organizados de hecho para realizarlos, pues sólo así es como dicha conducta se encuadraría en el tipo penal de delincuencia organizada desprendiéndose con ello que sea vista como una unidad económica de producción que sea contrarrestada con el decomiso o con nuevos procesos como el de la extinción de dominio, ambos casos dan como resultado la adjudicación de los bienes a favor del gobierno.

### **E. El Derecho Penal aplicado y su conflicto con los Derechos Humanos.**

Fue en junio de 2011 cuando los llamados derechos humanos entraron como nuevo paradigma en la legislación mexicana, consecuencia de ello, en materia constitucional, el artículo 1 que hasta antes de la reforma se consideraba un artículo que no contenía garantía alguna, pues se consideraba meramente descriptivo ajeno a obligaciones o prohibiciones para el Estado que produjeran a su vez garantías para los gobernados,<sup>284</sup> fue reformado, para quedar de la siguiente manera:

#### TÍTULO PRIMERO

#### CAPÍTULO I

---

<sup>284</sup> Burgoa Toledo, Carlos Alberto, "Marco Legal. Los Derechos Humanos en la constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Reforma de Junio de 2011" en García García, Leticia Guadalupe (Coord.), *op. cit.*, nota 265. p. 57.

## De los Derechos Humanos y sus Garantías

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

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen 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.

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En ese sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación a emitido adicionalmente jurisprudencias a fin de determinar lo que deberá entenderse por este conjunto de principios relativos a la protección, respeto, garantía y progresividad de los Derechos Humanos:

**DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE GARANTIZARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de garantizarlos; y como la finalidad de esta obligación es la realización del derecho fundamental, requiere la eliminación de restricciones al ejercicio de los derechos, así como la provisión de recursos o la facilitación de actividades que tiendan a lograr que todos se encuentren en aptitud de ejercer sus derechos fundamentales. La índole de las acciones dependerá del contexto de cada caso en particular; así, la contextualización del caso particular requiere que el órgano del Estado encargado de garantizar la realización del derecho tenga conocimiento de las necesidades de las personas o grupos involucrados, lo que significa que debe atender a la situación previa de tales grupos o personas y a las demandas de reivindicación de sus derechos. Para ello, el órgano estatal, dentro de su ámbito de facultades, se encuentra obligado a investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos que advierta, de forma que su conducta consistirá en todo lo necesario para lograr la restitución del derecho humano violentado. Por tanto, su cumplimiento puede exigirse de inmediato (mediante la reparación del daño) o ser progresivo. En este último sentido, la solución que se adopte debe atender no sólo al interés en resolver la violación a derechos humanos que enfrente en ese momento, sino también a la finalidad de estructurar un entorno político y social sustentado en derechos humanos. Esto implica pensar en formas de reparación que, si bien tienen que ver con el caso concreto, deben ser aptas para guiar más allá de éste.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 47/2014. 24 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley

Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 470/2014. DRP Constructora México, S.A. de C.V. y otros. 27 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 537/2014. Eduardo Negrete Ramírez. 27 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 542/2014. Ángel Neftalí Salas Torres. 4 de diciembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 544/2014. Ángel Neftalí Salas Torres. 4 de diciembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Esta tesis se publicó el viernes 20 de febrero de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación

obligatoria a partir del lunes 23 de febrero de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.<sup>285</sup>

Examinando la jurisprudencia que antecede, podemos ver que la obligación de garantizar los derechos humanos compete efectivamente a la autoridad y, para ello debe eliminar toda restricción que impida dicha garantía, de lo que hay algunos puntos que examinar:

- a) Los derechos humanos como obstáculo para combatir la delincuencia: pues una vez reconocidos y positivados, los derechos humanos se enfrascan con una realidad policial con falta de capacitación con respecto al trato que ha de tenerse con los detenidos, inculpados y presos.
- b) Los derechos humanos como defensa de los delincuentes: derivado de lo anterior, es claro que toda persona en su derecho alegara la violación a sus derechos humanos, motivo que puede dar pauta a que por falta de capacitación de las autoridades y la falta de una buena investigación de los hechos posiblemente constitutivos de delitos den pauta a la impunidad.
- c) La eliminación de los derechos humanos como último recurso para combatir la delincuencia y hacer frente a las problemáticas sociales. Se sigue sin determinar a ciencia cierta hasta qué punto los derechos humanos deben ser suprimidos para hacer frente a las problemáticas que aquejan a la sociedad, no solo desde la perspectiva de la violencia sino también económica y de medio ambiente, pues como se prevé con antelación no existe reglamento del artículo 29 constitucional.

---

<sup>285</sup> Jurisprudencia: XXVII.3o. J/24 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo III, p. 2254.

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE PROTEGERLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de protegerlos. Ésta puede caracterizarse como el deber que tienen los órganos del Estado, dentro del margen de sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales, ya sea que provengan de una autoridad o de algún particular y, por ello, debe contarse tanto con mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración del derecho, de forma que se impida la consumación de la violación. En este último sentido, su cumplimiento es inmediatamente exigible, ya que como la conducta estatal debe encaminarse a resguardar a las personas de las interferencias a sus derechos provenientes de los propios agentes del Estado como de otros particulares, este fin se logra, en principio, mediante la actividad legislativa y de vigilancia en su cumplimiento y, si esto es insuficiente, mediante las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos. De ahí que, una vez conocido el riesgo de vulneración a un derecho humano, el Estado incumple su obligación si no realiza acción alguna, sobre todo, porque, en el caso de sus propios agentes, está obligado a saber todo lo que hacen.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 47/2014. 24 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 470/2014. DRP Constructora México, S.A. de C.V. y otros. 27 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 537/2014. Eduardo Negrete Ramírez. 27 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 542/2014. Ángel Neftalí Salas Torres. 4 de diciembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 544/2014. Ángel Neftalí Salas Torres. 4 de diciembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Esta tesis se publicó el viernes 20 de febrero de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 23 de febrero de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.<sup>286</sup>

---

<sup>286</sup> Jurisprudencia: XXVII.3o. J/25 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo III, p. 2256.

La presente tesis va en razón a que, debe contarse tanto con mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración de derecho humano, en tal sentido, en la legislación mexicana, no existen mecanismos de defensa más que la propia atribución de la autoridad, así, la violación de los derechos humanos, es sino una percepción subjetiva de la autoridad, por lo consideramos que los derechos humanos son una forma de control social pues pese a su reconocimiento a nivel constitucional no existen mecanismos de protección

#### DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE RESPETARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de respetarlos, y ésta puede caracterizarse como el deber de la autoridad que le impide interferir con el ejercicio de los derechos o ponerlos en peligro, ya sea por acción u omisión; es decir, la autoridad, en todos sus niveles (federal, estatal o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), debe mantener el goce del derecho y, por ende, su cumplimiento es inmediatamente exigible puesto que, aun cuando primeramente está dirigida a los órganos del Estado, también incluye la conducta de los particulares, que igualmente se encuentran obligados a no interferir con el ejercicio de los derechos; por tanto, esta obligación alcanza la manera en que las autoridades entienden las restricciones a los derechos, tanto en su formación (a cargo del Poder Legislativo) como en su aplicación (Poder Ejecutivo) e interpretación (Poder Judicial).

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 47/2014. 24 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión

de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 470/2014. DRP Constructora México, S.A. de C.V. y otros. 27 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 537/2014. Eduardo Negrete Ramírez. 27 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 542/2014. Ángel Neftalí Salas Torres. 4 de diciembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 544/2014. Ángel Neftalí Salas Torres. 4 de diciembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Esta tesis se publicó el viernes 20 de febrero de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación

obligatoria a partir del lunes 23 de febrero de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.<sup>287</sup>

No obstante el reconocimiento a los derechos humanos, las leyes propias de derecho penal del enemigo que se han promulgado en estos años vulnera y restringen los derechos humanos de los individuos como mecanismo de excepción con ello el derecho penal ha rebasado los límites de la razón al considerar que es posible acreditar hechos negativos al invertir la carga probatoria.

#### DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE PROMOVERLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de promoverlos. Dado que esta obligación tiene como objetivos que las personas conozcan sus derechos y mecanismos de defensa, así como ampliar la base de realización de los derechos fundamentales, entonces, la autoridad debe concebir a éstas como titulares de derechos cuya obligación correlativa corresponde a las propias autoridades. Su cumplimiento es, desde luego, progresivo y consiste en proveer a las personas de toda la información necesaria para asegurar que sean capaces de disfrutarlos.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 47/2014. 24 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el diverso 42, fracción V, del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

---

<sup>287</sup> Jurisprudencia: XXVII.3o.4 CS (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, p. 2839.

Esta tesis se publicó el viernes 3 de octubre de 2014 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.<sup>288</sup>

Desde el año 2011 en que se elevaron a categoría constitucional los derechos humanos no hemos dejado de ver spots publicitarios en televisión y radio, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha inferido constantemente en asuntos que se vuelven públicos y que cobrar relevancia en el seno social, las violaciones al debido proceso que han permitido que individuos queden absueltos pese a que la perspectiva social los condena, no hacen ver más que los derechos humanos son un factor de poder que bien puede permitir la impunidad.

Del análisis del artículo 1 de la Constitución se desprende que las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por la constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, dando la base del principio *pro-persona* como aquello que mayormente le beneficie al individuo, es decir, discursivamente en el mundo del deber ser se coloca al individuo por sobre el propio Estado, no obstante como se puede ver el mundo del ser, nunca el individuo a estado por encima del poder Estatal en un México que presenta los mayores índices de corrupción. Basta para ello ver la forma en que se ha pretendido bloquear los derechos humanos mediante la jurisprudencia 293/2011 ya analizada en el segundo capítulo de esta investigación, argumentando la supremacía constitucional.

El modelo constitucional vigente establece que las autoridades en el ámbito de sus competencias tendrán que ser protectores de los Derechos Humanos, pero no obstante, como se ha visto, los derechos humanos son discursivamente compatibles a la protección económica global, pues pese al reconocimiento que nacional e internacionalmente se tiene de ellos, la aplicación del estado de excepción mundial en la actualidad les difumina y los convierte en mecanismos de intervención y de control social, una nueva forma de eliminación y genocidio al margen de los órganos de poder.

---

<sup>288</sup> Tesis III.2o.C.J./15, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVII, abril de 2003, p. 1020.

Cabría entonces la pregunta ¿Qué relación tienen los derechos humanos con el combate a la delincuencia organizada? La respuesta se centra en los mecanismos de acción de las fuerzas institucionales tendientes a combatir la delincuencia organizada, o bien, en los estados de excepción decretados por el presidente con aprobación de las autoridades respectivas, pues en ese sentido las fuerzas armadas se rigen por una lógica de guerra, su trabajo implica un fuerte uso de la fuerza que es difícil de limitar y que, por tanto, es inadecuado para lidiar con conflictos internos<sup>289</sup> pues su actuación difícilmente permite la protección de derechos humanos, al respecto opina Alejandro Avilés Arcos:

De la guerra contra el narcotráfico ha surgido la perspectiva de la militarización de la seguridad pública, lo cual se refiere a la sostenida y creciente participación directa de los militares en operaciones de naturaleza policial, la participación de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública, se ha fomentado desde la administración Federal 2000-2006.<sup>290</sup>

Sobre el tema, Juan Carlos Hernández Cárdenas comenta al respecto citando a José Luis Piñeiro:

Históricamente, el ejército mexicano está vinculado con los periodos más violentos y represivos del país, los altos niveles de violencia producto de las decisiones gubernamentales en el presente sexenio justifican su intervención en labores ajenas a su función, “en los últimos 15 años las fuerzas armadas mexicanas han tenido mayor participación en funciones de seguridad debido a los impactos negativos de las sucesivas crisis económicas y políticas. El incremento en labores policíacas de la milicia tiene como consecuencia directa el incremento en las violaciones a derechos humanos, ejecuciones extrajudiciales y estados de excepción en algunas entidades de la República Mexicana<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> Avilés Arcos, Alejandro, “Los derechos Humanos como eje regulador de las fuerzas armadas frente al combate del crimen organizado en México” en García García, Guadalupe Leticia, *op. cit.*, nota 265, p. 144.

<sup>290</sup> *Ídem.*

<sup>291</sup> Hernández Cárdenas, Juan Carlos, “Participación del ejército en la persecución del delito de delincuencia organizada y respeto a los derechos humanos”. *Ibidem.* p. 122.

Se puede decir con ello que cualquier movimiento civil en México puede ser en ese sentido criminalizado bajo el argumento de la protección de la soberanía nacional y con ello los derechos humanos y sus garantías quedan por demás ajenos a la relación amigo-enemigo que del discurso se creó, luego entonces los individuos se encuentran sujetos en una constante indeterminación de lo que pueden llegar a manifestar como un desacuerdo, a lo que establezcan los gobernantes, entrando con ello a un totalitarismo no solo de *facto* sino también de *jure* que se esconde tras los hilos de la libertad de expresión.

De lo anterior se desprende que, cualquier desacuerdo de los gobernados en contra de las autoridades puede dar pauta al estado de excepción y a la aplicación del derecho penal del enemigo, pues es claro que bajo el criterio de la autoridad los movimientos que desestabilicen el orden social deben ser erradicados, por lo que ese sector determinado de la población será criminalizado dando pauta a la supresión de derechos humanos, observamos en esta reacción al crecimiento de la criminalidad un peligroso cambio de paradigma que aparentemente ha obtenido el apoyo de la sociedad, suprimiendo derechos y garantías de los denominados enemigos<sup>292</sup> dado que la características del derecho penal moderno son los tipos penales que se orientan a la protección de nuevos objetos, sobre todo del orden económico.<sup>293</sup>

Actualmente observamos el predominio de tendencias regresivas en el campo del derecho penal, que acarrear la desconstrucción del sistema garantista a través de una política de mayor represión y uso de la violencia legal por parte del Estado<sup>294</sup> la militarización del país se presenta como una alternativa a un posible riesgo que aún no acontece, esto se puede ver en el programa nacional para la seguridad que se viene llevando a cabo desde el 2014 pero que encuentra sus antecedentes en gobiernos anteriores:

---

<sup>292</sup> Andrés Luis Callegari, *et al*, "Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales" en Cancio Meliá, *op. cit.*, nota 267, p. 325.

<sup>293</sup> Gracia Martín Luis, *op. cit.*, nota 250, p. 31.

<sup>294</sup> Andrés Luis Callegari, *et al*, "Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales" en Cancio Meliá, *op. cit.*, nota 267, p. 326.

El Programa resalta el desafío de garantizar la Seguridad Interior y reducir la violencia donde más afecta a la población. Considerando el papel destacado que las Fuerzas Armadas han desempeñado en la preservación del orden público y la contención del crimen organizado, este documento presenta opciones de política pública para fortalecer la gobernabilidad democrática y la Seguridad Interior en todo el territorio nacional. Lo anterior, conforme a las exigencias de la sociedad mexicana y al objetivo de alcanzar un México en Paz, en el que la libertad, la vida, el bienestar y el patrimonio de todos los ciudadanos sean garantizados por la plena vigencia del Estado de Derecho.<sup>295</sup>

Con ello, las fuerzas armadas cumplen una doble función que incluye ya no solo la protección sino también la vigilancia, en opinión de Francisco Muñoz Conde:

Evidentemente, cuando las dictaduras de uno u otro signo ideológico, las que utilizan el Derecho penal para criminalizar a la oposición, para abolir y restringir derechos fundamentales y para torturar y asesinar a sus adversarios políticos, nadie pone en duda que el ese derecho penal (del enemigo) es ilegítimo desde el punto de vista del estado de Derecho y los derechos humanos.<sup>296</sup>

Cabría cuestionarse si la inflexibilidad contra la delincuencia organizada no se ha reflejado hacia los individuos que legitiman el derecho, en virtud de que, por un lado, a pesar del aumento de la normatividad penal y la punibilidad en los delitos, no hay protección real a la ciudadanía y sí una percepción mayor de inseguridad, resultando cuestionable entonces hasta qué punto se está dispuesto a exponer la libertad, derechos y garantías apostando por una postura represiva con el fin de obtener una seguridad que por más que se persigue se ve cada vez más lejana.

---

<sup>295</sup> Diario Oficial de la Federación, *op. cit.*, nota 244.

<sup>296</sup> Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 262, pp. 49-50.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA PROBLEMÁTICA DE VIOLENCIA EN EL MÉXICO ACTUAL Y LAS NORMAS DEL DERECHO PENAL**

#### **A. La política de intolerancia contra la delincuencia organizada nacional.**

Como fenómeno latente en todas las sociedades y aún más en la posmoderna, la delincuencia organizada se determina como aquella que sienta sus bases en la producción de los gananciales que de manera licita no podría generar, hecho que le da acceso a infinidad de recursos no sólo económicos sino también tecnológicos e inclusive humanos, permitiéndole el progreso de una manera desmedida. Este fenómeno a nivel nacional e internacional se ve reflejado en los altos índices de corrupción en las instituciones gubernamentales y en los índices delictivos, pero sobre todo en sensación de inseguridad de los individuos.

En la sistemática del mundo, a la par de la globalización multidimensional y no sólo económica como mandato predominante, las complejas relaciones humanas asimilan el fenómeno de la delincuencia a los mismos niveles, es decir que, toda conducta antisocial sucumbe al rechazo social en todos los estratos sociales, en tal sentido, la cabalidad de la construcción ideológica determina que esa conducta debe ser criminalizada y por tanto debe ser sancionada, justificando la expansión del derecho penal, comenta Luis García Martín:

Un hecho que resulta perceptible en la actualidad, es el que podríamos describir como omnipresencia de la palabra globalización en los discursos jurídicos del presente en general. Se podría decir que ya el mero planteamiento de algún nuevo problema jurídico, activa de inmediato la irresistible fuerza centrípeta de la idea de globalización, con el resultado de que ésta después de haberlo absorbido, procesado e inscrito en su registro, nos lo devuelve como un hecho o acontecimiento que ya solo puede ser comprendido y explicado como global, o como típico de la globalización, y por consiguiente, como uno que ya no puede ser tratado más que con instrumentos que

independientemente de su índole(política, social, económica, jurídica), en todo caso tiene que ser asimismo globales.<sup>297</sup>

En efecto, la gran mayoría de las convenciones internacionales juegan un papel primordial para esta construcción criminalizadora, que sea por demás, desnaturaliza las necesidades básicas de las diversas culturas que se extienden por el mundo, al asimilan conductas que en determinados lugares sucedieron para jugar con la teoría del riesgo y con la probabilidad de que en otro pueda llegar a suceder en los mismos términos y condiciones<sup>298</sup> no obstante que, sería incluso necesario atender a las condiciones geográficas, culturales, económicas, sociales, de la estructura organizativa e incluso de los mecanismos tecnológicos empleados por las organizaciones y que les permiten nuevas formas de delinquir, para tratar de explicar y dar soluciones concretas a problemas específicos.

Roberto A. Ochoa Romero explica en ese sentido que, los grupos de delincuencia organizada se constituyen en entidades colectivas ordenadas en función de estrictos criterios de racionalidad:

Cada uno de sus miembros desempeña un rol específico para el que se encuentra especialmente capacitado en función de sus aptitudes o cualidades personales, con lo cual, la organización delictiva alcanza los rasgos propios de una sociedad de profesionales del delito en la que se manifiesta un sistema de relaciones específicas, definidas a partir de deberes y privilegios recíprocos, e inspirado en los principios fundamentales de la jerarquía y obediencia.<sup>299</sup>

El impacto en la cognición sobre delincuencia organizada - termino que, a base de ser continuamente definido, redefinido, utilizado y reutilizado para calificar

---

<sup>297</sup> García Martín, Luis, "El Derecho Penal Ante la Globalización" en Serrano-Piedecabras, José Ramón (Coomp.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Madrid, Colex, 2010, p. 64.

<sup>298</sup> "la agudización de la discrepancia entre pasado y futuro también contribuye a que el pasado recuerde ciertos sucesos específicos, sin embargo, no por ello, el futuro puede ser anticipado" véase en ese sentido Luhmann, Niklas, "el futuro como riesgo" en A. Giddens, *op. cit.*, nota 240, p. 163.

<sup>299</sup> Ochoa Romero, Roberto A., "Política criminal mexicana en materia de delincuencia organizada" en González Rus, Juan José (Dir.), *La Criminalidad organizada*, España, tirant, 2013, p. 220.

diversas categorías de estructuras criminales, ha acabado nombrando a una amenaza inespecífica que deriva de ciertas clases de delitos y delincuentes a los que se les atribuye una peligrosidad superior-<sup>300</sup> tiende a la idealización del derecho punitivo como cura a los males sociales, pero sobre todo, como el ideal de protección de bienes jurídicos, a pesar de la falta de comprensión total de dichos fenómenos.

Consideramos pertinente apegarnos a criterios como los de Manuel Cancio Meliá y Jesús María Silva Sánchez al afirmar que, el origen de la delincuencia organizada surge en el seno de esa sociedad que originariamente se manifestaba y se manifiesta en contra de las formas de gobierno, que cuyas políticas de contención dan como resultado el nacimiento del delito de disolución social:

En primer lugar, y a diferencia de lo que sucede en otros segmentos de criminalización de la evolución expansiva que caracteriza al momento actual, las infracciones asociativas no son un fenómeno nuevo para el ordenamiento penal. Por el contrario, estaban presentes desde el principio, es decir, también en el bueno y viejo derecho penal liberal del siglo XIX; también entonces, con efectos negativos desde la perspectiva del estado de Derecho: como es sabido, el origen de los preceptos en cuestión es la época de la codificación está en la lucha contra la resistencia o disidencia política.<sup>301</sup>

En todo caso, como afirma Letizia Paoli, este aumento del interés por el fenómeno del crimen organizado no se ha traducido en ninguna aportación a la clarificación de un debate que viene produciéndose desde los años cincuenta en el seno de las fuerzas de seguridad<sup>302</sup>, entonces, dada la falta de entendimiento del fenómeno en sí, las acciones tomadas caen en una irracionalidad que justifica las

---

<sup>300</sup> Moreno Fernando, "Peligrosidad y daño directo del crimen organizado", en Fernández Steinko, Armando, *Delincuencia, finanzas y globalización*, España, CIS, 2013, p. 175.

<sup>301</sup> Cancio Meliá, Manuel, et al, *Delitos de organización*, Argentina, IB de F, 2008, pp. 27 y 28.

<sup>302</sup> Paoli, Letizia, "Las paradojas del crimen organizado", en Fernández Steinko, Armando, *op. cit.*, nota 300, p. 133.

violaciones a derechos humanos, volviendo al derecho penal irracional en su estructura y aplicación por el estado de necesidad.

Las nuevas disposiciones legales globales por demás tendenciosas diluyen el entendimiento del genoma típico de los delitos, es común— a manera ejemplificativa— escuchar hablar del narcoterrorismo, es decir, una mezcla de delitos cometida por un grupo de individuos, no obstante que los códigos penales en su parte dogmática los disponga como tipos penales diversos.

Es de considerarse que, en la medida que un sistema cerrado, como lo pudiera ser un grupo delincuencial, sea afectado, este tendera a expandirse a efecto de sobrevivir, es decir —aplicamos la teoría de sistemas— si el grupo delincuencial dedicado a la producción de marihuana es afectado, este con el propósito de permanencia como sistema, extenderá su actividad a otros delitos como la extorción o el robo, generando una intensidad de peligrosidad, luego entonces no es practico ni necesario dentro de la sistemática crear nuevos dispositivos legales para combatir algo que en medida solo reacciona a la afectación que sufre, es importante entonces entender que el aumento de leyes no dará respuesta a una problemática de esta naturaleza si la manera en que se ataca no es la apropiada.

El tipo de estructura como indicador de peligrosidad soporta dos problemas. El primero es que no siempre es posible saber cuál es la estructura interna del grupo, sobre todo cuando se sale de la tradicional organización piramidal. El segundo problema tiene que ver con la asignación de la capacidad de daño propiamente dicha. No está claro que las organizaciones piramidales seas más dañinas que sus variantes descentralizadas o que las estructuras en red. Tampoco está claro si los líderes planifican as estructuras o son las estructuras las que se imponen ante las circunstancias que manejan los dirigentes de los grupos.<sup>303</sup>

---

<sup>303</sup> Moreno Fernando, “Peligrosidad y daño directo del crimen organizado”, en Fernández Steinko, *op. cit.*, nota 300, p. 206.

En palabras de Luis de la Corte Ibáñez:

Durante las últimas décadas, la criminalidad organizada ha experimentado un intenso proceso de transnacionalización, fruto de tres tendencias encadenadas: un incremento sustantivo de las colaboraciones entre grupos y organizaciones criminales con diferente ubicación; la emergencia de varios mercados ilícitos mundiales, con unas fases de negocio repartidas en distintas regiones del mundo (el mejor ejemplo proporciona el tráfico mundial de drogas); y la aparición de organizaciones criminales con presencia o implantación a escala internacional.<sup>304</sup>

El patrón de las nuevas legislaciones nacionales e internacionales resulta ser más que la resistencia o disidencia social y la afectación al sistema económico, desde que la delincuencia organizada ha sido tomada como esa unidad económica de producción con capacidad adquisitiva superior al sector de seguridad de los Estados, dichas organizaciones se convirtieron en un factor preponderantemente a erradicar en la toma de decisiones jurídicas.

La enorme relevancia que en los últimos años han cobrado figuras como el terrorismo, el narcotráfico, la delincuencia organizada entre otros, ya no solo en los medios de comunicación impresos, televisivos, radiofónicos sino también a través de los medios tecnológicos como la internet, facilita la justificación de más normatividad de carácter penal, y es que los medios digitales han abierto las puertas al conocimiento de eventos ocurridos en cualquier instante en cualquier parte del mundo, con ello el monopolio de la información termina en una sociedad saturada de lenguaje violento y por tanto en una sociedad que exige seguridad, como afirma Silva Sánchez, nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la inseguridad sentida (o como la sociedad del miedo).<sup>305</sup> En el mismo sentido Fernando Moreno:

---

<sup>304</sup> De la Torre Ibáñez, Luis, “¿Hasta qué punto converge el terrorismo global y la criminalidad organizada? Parámetros generales y escenarios críticos”, Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad de la Universidad Autónoma de Madrid, 2013, <http://revista.ieee.es/index.php/ieee/article/view/41>, 1 de noviembre de 2016, 12:20 P.M.

<sup>305</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal “aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Argentina, IB de F Montevideo-Argentina, 2006, p. 20.

El riesgo es una construcción social. Es el resultado de un proceso observable de pérdida, deterioro o menoscabo que sufre un bien material o moral. Se trata, por tanto, de un elemento objetivo e independiente de los individuos que lo observa o padecen. No obstante, debe tenerse en cuenta que la relevancia personal o social del daño reside ante todo en el valor o significado que se atribuye a la pérdida o deterioro de los bienes afectados y no a la simple privación material de dichos bienes. En este punto se introduce el componente subjetivo- es decir, perceptivo- en la ecuación del riesgo, que a la postre resulta de la máxima importancia. El peligro, como probabilidad de daño, no se articula sólo como un factor objetivo que vincula dos variables, sino que constituyen una construcción social en la que el valor del bien es riesgo y el significado de su pérdida o daño potencial introduce componentes emocionales que tienen consecuencias objetivas.<sup>306</sup>

Es necesario añadir a estas tipologías de delincuencia organizada, sociedad del miedo y normatividad, un factor que es por demás determinante en la relación de aquellos, nos referimos pues a lo que se ha definido como grupos sociales influyentes o grupos hegemónicos de poder.

La configuración de la peligrosidad de los grupos criminales como se ha mencionado no es realmente clara, responde a diversos factores y uno de ellos es la connotación que los grupos dirigentes les proporcionen, pues no sólo establecen cuáles son las áreas de convivencia que merecen la atención social, sino también cuales son las amenazas (o peligros) que se ciernen sobre ellas, y además tienen capacidad para orientar sobre las medidas que deben tomarse,<sup>307</sup> de ello que las normatividades para combatir dicha delincuencia sean una expresión del ejercicio de poder decisional, como afirma Sánchez Sandoval al referir que, el derecho es un instrumento ideológico que oculta el ejercicio del poder y no la vía para la defensa de los sujetos.<sup>308</sup>

---

<sup>306</sup> Moreno, Fernando, "Peligrosidad y daño directo del crimen organizado", en Fernández Steinko, Armando, *op. cit.*, nota 300, p. 184.

<sup>307</sup> *ibidem*, p. 185.

<sup>308</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 116, p. 80.

La connotación económica que en los últimos años ha tomado la normatividad penal son la evidencia de que el ejercicio del poder puede responder a necesidades ajenas a la protección del individuo, como afirma María Laura Böhm:

Una política criminal que aspira a la seguridad a cualquier precio y que incluye tanto a la criminología del otro como el derecho penal del enemigo, se muestran como la tecnología de defensa y de la lucha antonomasia. Sin embargo y de acuerdo a la economización de las políticas criminales de las políticas criminales, el que estas políticas de seguridad sean diseñadas y ejercidas habitualmente desde el aparato estatal no significa que sus técnicas no estén entremezcladas y sean incluso instrumentales para los intereses del mercado, para la lógica de las privatizaciones y o mercantilización.<sup>309</sup>

Pese a que no se cuenta con una definición apropiada para referir dichos actos, resulta evidente que los delitos cometidos por asociaciones delictivas mantienen una connotación diferenciada del resto de los demás delitos, no obstante; tomando el carácter económico que se le atribuye en la definiciones de las legislaciones actuales, el robo de vehículos, la trata de personas, la venta de estupefacientes, entre otros delitos que pertenecen al derecho penal garantista y atribuidos también a la delincuencia organizada en el derecho penal de enemigo, generan por si solos la ganancia económica de manera accesoria, con ello resulta evidente que las nuevas legislaciones no aportan mucho al estudio dogmático ni practico al fenómeno, por lo que al darle ese connotación económica es articular un argumento dañino sin fundamento alguno para justificar la existencia de las leyes que se generan constantemente en el ámbito penal.

De lo anterior se argumenta que, las medidas aplicables contra la delincuencia organizada responden a una necesidad del sistema económico de asegurar la supremacía, mantenimiento y reproducción, en la medida en que sea

---

<sup>309</sup> Böhm, María Laura, "Políticas de seguridad y neoliberalismo", en Fernández Steinko, Armando, *op. cit.*, nota 300, p. 325.

argumentado un daño en el factor de desarrollo económico en esa sociedad del miedo, será justificable cualquier regla para evitar el daño, incluida la creación de más leyes a pesar de las limitaciones a las libertades de los individuos que se conlleve.

La expansión del derecho penal, como se ha visto, responde a las necesidades de un sistema económico legalizado ideológicamente a través del discurso de las esferas de poder y que compite paralelamente con el sistema económico ilegal, en el que las fluctuaciones económicas se generan de igual manera con la sistemática de supremacía, reproducción y mantenimiento, con la diferencia del reproche y desvalorización de la colectividad.

De acuerdo a Augusto Sánchez Sandoval, el sistema político-jurídico resultado de la influencia de una economía neoliberal cuenta con una serie de principios para su auto-reproducción eliminando cualquier factor extraño que le pudiera resultar perjudicial,<sup>310</sup> los cuales son principios modeladores de las diversas leyes que se van creando con el propósito de proteger al sistema económico, criminalizando a los sujetos, estos son:

- a) Principio de incriminación penal por simple sospecha.
- b) Principio de utilización de la analogía en materia penal.
- c) Principio de discrecionalidad de las autoridades.
- d) Principio de no utilización de los beneficios penitenciarios.
- e) Principio de no prescripción de la acción penal ni de la pena.
- f) Principio de negación del concepto teórico del delito político.
- g) Principio de que la carga de la prueba es para el acusado.
- h) Principio de la competencia jurídico penal trasnacional.
- i) Principio de extradición universal.
- j) Principio de eficacia extra-territorial de sentencias extranjeras.
- k) Principio traslado internacional de testigos.
- l) Principio de apropiación de los decomisos en función de su territorialidad.

---

<sup>310</sup> *Vid.* “con el advenimiento del Estado neoliberal surgió inicialmente la necesidad de controlar los capitales de la economía informal y los delitos políticos que traspasan las fronteras del mundo global”, en Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, p. 176.

- m) Principio de negación de carácter fiscal de un delito.
- n) Principio de la utilización de agentes infiltrados.<sup>311</sup>

Con estos principios, la irracionalidad inmersa en el derecho se vuela contra los individuos, a fin de mantenerse en constante autocontrol, pues en consecuencia cualquier acción in-medida recaerá en conductas dañinas a la sociedad resultado del excedente normativo con el que se encuentra relacionado. Por tanto, se piensa que en la medida en que los individuos actúen bajo los parámetros normativos que exponga quien crea las leyes, encontraran una seguridad que se hace banal, pues las condiciones de acción-reacción de los individuos no depende de la existencia de las leyes mismas.

Ahora bien, es necesario advertir que por cuestiones de extensión, la presente investigación sólo proporcionara el análisis de algunas de las leyes de más reciente creación, con el propósito de encontrar los patrones ideológicos que encumbran el contenido de los principios antes mencionados, para evidenciar que dichas leyes son el resultado de una política en la que la seguridad se convierte en un bien adquirible mediante el sometimiento y limitación de las propias libertades en la construcción de esa realidad subjetiva de quien tiene el poder.

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

En el orden de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 se determinaba que las partes deberían tomar en cuenta las circunstancias de hecho que agravaran la comisión del delito de fabricación de estupefacientes cuando la participación fuere dentro de un grupo delictivo, fue entonces por primera vez que se habló de grupos delictivos no como delito sino como circunstancia de hecho que agravara un delito.

---

<sup>311</sup> *Vid. ídem*, pp. 177 a 181.

De acuerdo a Raúl Plascencia Villanueva la primera inclusión del término delincuencia organizada en la legislación mexicana se dio en el año 1993 con la reforma al artículo 16 de la constitución, el texto que se lee de esa fecha determina que la ampliación del término constitucional para la detención de los sujetos por parte del agente del Ministerio Público (48 horas) podrá duplicarse en los casos en los que la ley prevea la delincuencia organizada:

La exposición de motivos de la reforma constitucional de 1993 analizaba la problemática de ciertas organizaciones que por su poder económico creciente, letal capacidad de violencia y complejidad de organización dificultan seriamente la acción legítima del estado para su persecución, procesamiento y sanción.

A partir de dicha idea, las Comisiones Unidas de Gobierno y Puntos Constitucionales y de Justicia, en el dictamen emitido sobre la entonces iniciativa de reforma establecían que la definición legal de delincuencia organizada, estaría orientada entre otros, por los criterios de:

- a) La permanencia en las actividades delictivas que realicen;
- b) Su carácter lucrativo,
- c) El grado de complejidad en la organización de dichos grupos;
- d) El que la finalidad asociativa sea la comisión de delitos que afecten bienes fundamentales de los individuos, y
- e) Que a su vez alteren seriamente a la salud y la seguridad pública.<sup>312</sup>

Esto derivó que en el año de 1996 se publicara en el Diario Oficial de la Federación, la ley federal contra la delincuencia organizada, que desde entonces no es muy clara en la definición respecto de lo que debemos entender como delincuencia organizada.

Texto original de 1996:

---

<sup>312</sup> Plascencia Villanueva, Raúl, *La ley federal contra la delincuencia organizada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2125/8.pdf>, 4 de noviembre de 2016, 11:33 A.M.

Artículo 2o.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

#### Reforma del año 2009:

Artículo 2o.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada

Esto conlleva a una legislación puramente simbólica del fenómeno, pues no es de extrañarse que la complejidad del mismo resulte en una definición imposible de darse, como afirma Letizia Paoli al referirse a dicha acción- esta definición de crimen organizado lo hace aplicable no solo a los miembros de una organización criminal en el sentido estricto del término sino también a asociaciones y equipos más bien pequeños y de contornos imprecisos que pretenden cometer delitos con ánimo de lucro<sup>313</sup> tal imprecisión ha llevado incluso algunas legislaciones como por ejemplo la Española a realizar una distinción entre organizada criminal y grupo criminal:

#### CAPÍTULO VI

##### De las organizaciones y grupos criminales

##### Artículo 570 bis

.....

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

---

<sup>313</sup> Paoli, Letizia, "La paradoja del crimen organizado" en Fernández Steinko, *op. cit.*, nota 300, p. 143.

#### Artículo 570 ter

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

En ambos casos no puede dejar de notarse que las definiciones responden a una necesidad criminológica que da pasó a una sanción respecto de algo que difícilmente se concretiza en una tipo penal pues la temporalidad, los fines y las condiciones en las que se presenta una organización criminal son meramente abstractos y se concretizan con la acción, al respecto Juan José González Rus expone:

De un lado, por la dificultad que supone hacer convivir la exigencia de un aparato organizado, estructurado y pensado para la comisión de delitos, con consorcios criminales presididos por el propósito fundacional de crear una entidad coyuntural y pasajera. Pero, sobre todo, porque la admisión de las organizaciones criminales transitorias dificulta notablemente la separación de éstas con las simples formas de coautoría y coparticipación delictiva y con la conspiración para delinquir.<sup>314</sup>

Con ello llegamos al catálogo de tipos penales que sanciona la ley, tales como el terrorismo, terrorismo internacional, narcotráfico, tráfico de armas, tráfico de personas, de órganos, corrupción de menores, trata de personas, secuestro entre otros.

Es necesario advertir que los delitos de terrorismo y terrorismo internacional no responden propiamente al fin acumulativo de capital, pues en estricto sentido y en atención a la redacción del tipo penal, responden a un interés distinto que es el de causar temor o terror en la población, o bien la búsqueda de

---

<sup>314</sup> González Rus, Juan José, "Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010" en González Rus, Juan José, *op. cit.*, nota 299 p. 107.

la toma de una decisión por parte de las autoridades, y en contra partida sí responden a un interés político de hegemonía y monopolio de violencia que permite la movilidad legítima de dinero que se da en el sistema económico que sea de paso es protegido, al respecto Luis de la Torre Ibáñez realiza la siguiente semblanza:

Convencionalmente, las expresiones “terrorismo” y “criminalidad organizada” designan actividades en parte similares y en parte diferentes [...] entre las características comunes al crimen organizado y el terrorismo destacan su relación con actividades ilegales y “organizadas”, aquellas que resultan de la acción concertada, coordinada y reincidente llevada a cabo por un conjunto de individuos o un grupo humano mínimamente estructurado[...] Tales similitudes explican que algunos códigos penales definan el terrorismo como un subtipo de criminalidad organizada, que se distinguiría del tipo general en dos aspectos esenciales: una relación más directa y sistemática con la práctica continuada de actividades violentas o acciones armadas y la vinculación de tales prácticas a una finalidad política [...] un enfoque alternativo prefiere tomar como referente exclusivo del concepto de “criminalidad organizada” aquellos fenómenos delictivos que, además de ser imputables a actores colectivos y organizados, tienen como objetivo único o principal la obtención y acumulación de beneficios económicos o materiales.

Por su parte, el término “terrorismo” tiende a designar un tipo particular de actividad violenta; aunque, por extensión, se usa frecuentemente para hacer referencia a aquellos individuos, grupos y organizaciones que lo practican de forma sistemática [...] animados por la pretensión de condicionar las actitudes y los comportamientos de gobernantes o de comunidades políticas. Por esa razón, y de conformidad con numerosas definiciones institucionales y académicas, todas nuestras referencias a actividades y entidades terroristas se corresponderán con casos que incluyan una motivación exclusivamente política o que vincula político y religión.<sup>315</sup>

---

<sup>315</sup> De la Torre Ibáñez, Luis, *op. cit.*, nota 304.

Con la inclusión al catálogo de delitos de delincuencia organizada, el terrorismo, deja de ser un delito de carácter político o políticamente motivado y con ello es de identificarse uno de los principios del sistema político-jurídico de corte neoliberal que anteriormente se exponía.

Un principio más que se puede observar en la ley analizada es la duplicación del término de la prescripción como se detalla en el artículo sexto:

Artículo 6o.- Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad correspondientes, se duplicarán respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2o. de esta Ley cometidos por integrantes de la delincuencia organizada. La misma regla se aplicará para el delito de delincuencia organizada.

Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el imputado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

De dicho artículo se desprende que los delitos de delincuencia organizada se vuelven imprescriptibles. Se habría que añadir a lo anterior que, en la presente ley se otorga facultades de investigación a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público eliminando con ello el secreto bancario:

Artículo 9o.- Cuando el Ministerio Público de la Federación investigue actividades de miembros de la delincuencia organizada relacionadas con el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, deberá realizar su investigación en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Los requerimientos del agente del Ministerio Público de la Federación, o de la autoridad judicial federal, de información o documentos relativos al sistema bancario y financiero, se harán por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, según corresponda. Los de naturaleza fiscal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y los de naturaleza

comercial por conducto de la Secretaría de Economía y los Registros correspondientes o, en su caso, por cualquier fuente directa de información que resultare procedente.

Artículo 10.- A solicitud del agente del Ministerio Público de la Federación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá realizar auditorías a personas físicas o morales, cuando existan datos o medios de prueba que hagan presumir fundadamente que son miembros de la delincuencia organizada. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público proporcionará al Ministerio Público de la Federación, a la brevedad posible, la información y documentación que éste le solicite, de conformidad con las disposiciones aplicables.

De la interpretación armónica de los artículos que anteceden tenemos que el agente del ministerio público podrá tener acceso a cualquier tipo de información de los sujetos por una simple sospecha, en tal sentido la obsesión por la seguridad permite contradecir los principios en materia de protección de datos personales, así mismo, la persecución de los delitos ya no es una obligación exclusiva del agente del ministerio público sino también de la Secretaria de Hacienda

El estado de necesidad que justifica el combatir la delincuencia organizada da pauta a que para efecto de descubrir el *modus operandi* así como la estructura de la organización criminal que se investiga, a efecto de facilitar su desmantelamiento<sup>316</sup> se utilicen los llamados agentes infiltrados:

Artículo 11 Bis.- El Titular de la Unidad Especializada prevista en el artículo 8o. podrá autorizar la reserva de la identidad de los agentes de las fuerzas del orden público que participen en las operaciones encubiertas, así como de los que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y caso urgente, cateos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta el tipo de investigación, imposibilitando que conste en la investigación respectiva su nombre, domicilio ,

---

<sup>316</sup> Ochoa Romero, Roberto A., "Política criminal mexicana en materia de delincuencia organizada" en González Rus, Juan José, *op. cit.*, nota 299, p. 227.

así como cualquier otro dato o circunstancia que pudiera servir para la identificación de los mismos.

Del agente infiltrado, Sánchez Sandoval comenta:

Con esto se favorece y se legitima jurídicamente la acción de policías, para policías, militares o paramilitares infiltrados en las mafias, en los grupos guerrilleros, sindicales, estudiantiles u organizaciones sociales, que frecuentemente fungen como grupos de choque, provocando al interior e esas asociaciones de personas, delitos que sirvan para motivar la acción directa de los aparatos represivos. Dándole carácter jurídico a la figura del agente infiltrado o encubierto, se le está garantizando su impunidad, respecto d los abusos, de las tropelías y delitos que cometa en el cumplimiento de la misión encomendada, por la jerarquía de poder.<sup>317</sup>

La ambivalencia resulta además que, por un lado a efecto de salvaguardar la vida e integridad del agente no sería factible su intervención en los procesos penales en contra del imputado a quien este vigilo y cuidado, hecho que por demás puede violar los derechos del imputado consagrados en el artículo 20 constitucional, como afirma Roberto A. Ochoa:

Puede tener de cara a los derechos fundamentales del sujeto investigado, por ejemplo, el derecho a conocer la identidad de su acusador (en los casos en que la información obtenida sea suficiente para el procesamiento de miembros del crimen organizado), la posibilidad de controvertir objetivamente los elementos de prueba utilizados en su contra (sobre todo si se le impide el conocimiento de la identidad del agente), o la inviolabilidad del domicilio.<sup>318</sup>

No es por demás extrañarse que, cuando se habla de una unificación del derecho penal, en virtud de una prevención respecto de un fenómeno ocurrido en

---

<sup>317</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op.cit.*, nota 31, pp. 181-182.

<sup>318</sup> Ochoa Romero, Roberto A., "Política criminal mexicana en materia de delincuencia organizada" en González Rus, Juan José, *op. cit.*, nota 299, p. 228.

algún lugar, en la mayoría de los casos se omiten las fallas que pudieran presentarse respecto de la aplicación de dicha norma, el argumento se vierte en el caso de las intervenciones de comunicación previstas en el capítulo sexto de la presente ley que abarca los artículos 15 a 28 (algunos actualmente derogados).

Artículo 16.- Cuando en la investigación el Ministerio Público de la Federación considere necesaria la intervención de comunicaciones privadas el Titular de la Procuraduría General de la República o los servidores públicos en quienes se delegue la facultad podrán solicitar al Juez federal de control competente, por cualquier medio, la autorización para practicar la intervención, expresando el objeto y necesidad de la misma.

En estos casos, la ley prevea que durante la intervención de las comunicaciones los agentes puedan obtener información relacionada con otros delitos diversos por los que originalmente se otorgó la autorización, dando pauta a una nueva investigación y pudiendo ser un medio de prueba fehaciente contra el imputado pese a haberse obtenido la información de forma ilícita:

Artículo 21.- Si en la práctica de una intervención de comunicaciones privadas se tuviera conocimiento de la comisión de un delito diverso de aquellos que motivan la medida, se hará constar esta circunstancia en el registro para dar inicio a una nueva investigación.

Cuando la intervención tenga como resultado el conocimiento de hechos y datos distintos de los que pretendan probarse conforme a la autorización correspondiente podrá ser utilizado como medio de prueba, siempre que se refieran al propio sujeto de la intervención y se trate de alguno de los delitos referidos en esta Ley. Si se refieren a una persona distinta sólo podrán utilizarse, en su caso, en el procedimiento en que se autorizó dicha intervención. De lo contrario, el agente del Ministerio Público de la Federación iniciará la investigación correspondiente o lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes, según corresponda.

De ello puede darse el conflicto que permita utilizar dicha intervención como prueba de algo que originariamente no estaba contemplado ni autorizado, justificando una violación a las comunicaciones, en una línea que se divide entre el estado de necesidad y el derecho, Enrique Gimbernat Ordeig dice:

Todas las causas de justificación tienen su origen en el principio de ponderación de intereses, en el sentido de que, ante una situación de conflicto, el legislador autoriza la lesión penalmente típica de alguno o algunos de ellos para salvaguardar la integridad de otro u otros. Pero como el conflicto no siempre se produce de una manera tan simple que lo único que esté en juego sea, por ejemplo, la propiedad, por una parte, frente a la vida, por otra, sino que hay que tener en cuenta otros intereses afectados, como lo pueden ser la dignidad de la persona o su derecho a la autodeterminación o el principio general de que sólo se puede autorizar la lesión de un bien jurídico cuando ello constituya el medio adecuado para alcanzar el fin adecuado, de ahí que el legislador haya ido configurando causas de justificación específicas que en tal caso, y en aplicación de un axioma jurídico elemental prevalecen, naturalmente, sobre las genéricas.<sup>319</sup>

La real academia española determina que por indicio se debe entender un fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido o bien la cantidad pequeñísima de algo, que no acaba de manifestarse como mensurable o significativa<sup>320</sup>. Es precisamente la falta de precisión en la legislación respecto de la palabra indicio lo que permite que cualquier cosa pueda dar pauta a una investigación de naturaleza penal y con ello se dé el aseguramiento de bienes como medida precautoria, como afirma Sánchez Sandoval – basta con presumir “de las circunstancias objetivas del caso”, la intención, el conocimiento o la finalidad de los elementos que constituyan los delitos [...] para atribuirlos a título de responsabilidad penal a una persona<sup>-321</sup>

---

<sup>319</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, “Escuchas telefónicas y estado de necesidad”, *El Mundo*, 4 de mayo de 1998, España, Diario.

<sup>320</sup> Real Academia Española, Indicio, <http://dle.rae.es/?id=LOBECME>, 22 de Noviembre de 2016. 9:45 AM.

<sup>321</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, p. 177.

Artículo 29.- Cuando existan indicios razonables, que hagan presumir fundadamente que una persona forma parte de la delincuencia organizada, además del aseguramiento previsto por el Código Nacional de Procedimientos Penales, el agente del Ministerio Público de la Federación podrá dictar el aseguramiento de los bienes de dicha persona, así como de aquéllos respecto de los cuales ésta se conduzca como dueño, quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso ordenará el levantamiento de la medida.

Artículo 30.- Cuando existan indicios razonables, que permitan establecer que hay bienes que son propiedad de un sujeto que forme parte de la delincuencia organizada, o de que éste se conduce como su dueño, además del aseguramiento previsto por el Código Nacional de Procedimientos Penales, el agente del Ministerio Público de la Federación, bajo su responsabilidad, fundando y motivando su proceder, podrá asegurarlos. Si se acredita su legítima procedencia, deberá ordenarse levantar el aseguramiento de inmediato y hacer la entrega de los mismos a quien proceda.

De dichos preceptos sería necesario argumentar la inversión de la carga probatoria para el propietario de dichos bienes, tanto en el proceso penal, como en un proceso de extinción de dominio, pues hay que recordar que dicha ley somete a los sujetos a un proceso ante un juez en materia civil por los mismos indicios del delito y sobre los mismos bienes, como se desprende del artículo 22 de la constitución y de su ley reglamentaria, la ley federal de extinción de dominio, Roberto A. expone:

Este procedimiento tiene por objeto,- al margen de su posible colisión con importantes principios limitadores *dell ius puniendi* como el de *non bis in ídem* y de presunción de inocencia-, retirar del espectro de dominio de los grupos delincuentes organizados o, por otro lado, dedicados a la realización de delitos de especial gravedad, aquellos recursos que sean instrumento, objeto o producto del delito, o bien que se hayan utilizado para el blanqueo de capital. Se trata, en

definitiva, de reducir la capacidad de acción de la delincuencia organizada afectando su base económica.<sup>322</sup>

Continuando en la búsqueda de los principios previamente enlistados, la presente ley determina la eliminación de los beneficios penitenciarios como la libertad condicionada, anticipada, suspensión de medidas cautelares, Sustitución y Suspensión Temporal de las Penas entre otras, mismas que pudiera contemplar el Código Penal Federal o la ley nacional de ejecución penal, tal como lo disponen los preceptos 35 Bis, 43, y 45 de la ley federal contra la delincuencia organizada:

Artículo 35 Bis. Para los efectos del artículo anterior, se entiende que una persona que forma parte de la delincuencia organizada y colabora eficazmente en la investigación cuando proporcione información para:

II...

Las personas que formen parte de la estructura de mando de las organizaciones criminales, no podrán gozar de los beneficios de esta Ley, salvo que éstos últimos colaboren para la detención o persecución de otros integrantes de la misma jerarquía o nivel.

Tampoco se concederán los beneficios cuando se trate de delitos en los que se involucren víctimas, salvo que la información que proporcione el colaborador evite que el delito se ejecute o continúe ejecutándose.

Artículo 43.- Los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente Ley no tendrán derecho a los beneficios de libertades anticipadas, salvo lo previsto en el artículo 35 de la presente Ley.

Artículo 45.- Las personas sujetas a prisión preventiva o que hayan sido sentenciadas por los delitos a que se refiere esta Ley, no tendrán el derecho a cumplir con esta medida cautelar o compurgar sus penas, respectivamente, en el centro penitenciario más cercano a su domicilio

---

<sup>322</sup> Cfr. Ochoa Romero, Roberto A., "Política criminal mexicana en materia de delincuencia organizada" en González Rus, Juan José, *op. cit.*, nota 299, p. 232.

La práctica ha llevado a revalorar la figura de la cooperación del imputado, pues es común que de las organizaciones criminales quien es la pieza de menor jerarquía pueda llegar a acuñarse para sí toda la responsabilidad, ocultando información fidedigna que lleve a la captura de los líderes, o bien sólo sea pieza esporádicas de la organización y no cuenten con información fehaciente de quien es el líder o a quien realmente sirven:

No ha sido estudiado ni calculado el carácter probatorio de la figura colaborativa; no se ha analizado, en ese sentido, el elemento subjetivo que presenta la coacción premial que la motiva, pues no posee, evidentemente, el mismo valor probatorio la declaración de un simple coimputado, que la declaración de un coimputado colaborador que, por definición, posee un claro interés en cooperar.<sup>323</sup>

En un límite entre lo político y el derecho, el trato que se les hace a los miembros de la delincuencia organizada los excluye del sistema normativo tradicional al mismo tiempo que los incluye dentro de un marco posmoderno legislativo en el que la irracionalidad no tiene cabalidad, pues los principios jurídicos como la presunción de inocencia se dejan de lado para dar pauta a la intolerancia.

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

Reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y publicada en el diario oficial de la federación el 29 de mayo de 2009 la presente ley encuentra sus antecedentes a nivel internacional en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 1988 y cuyos protocolos se elaboraron en el año 2004, así como en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas adoptada en Austria el 20 de diciembre de 1988, en ambos casos la figura del decomiso de bienes producto, objeto del delito pasaran a favor del Estado.

---

<sup>323</sup> Cfr. *ibídem*, p. 234.

Dichas convenciones son el resultado del ideal de protección al sistema económico, como se desprende de las medidas y técnicas para combatir el blanqueo de dinero inmersas en ellas. Con ello no negamos la necesidad de protección al sistema económico, pues queda claro que como bien jurídicamente tutelado el patrimonio de los individuos debe ser protegido, el hecho que se describe como conflictual es que en una sociedad en la que el poder adquisitivo de los individuos es casi nula resultado del ámbito de la competencia monetaria desigual y por los que los grupos económicos se ven beneficiados.

Para el desglose que amerita la ley federal de extinción de dominio en esta investigación, es necesario primeramente entender que, de acuerdo el artículo 3º por esta figura ha de entenderse la pérdida de los derechos de propiedad sobre los bienes mencionados en sus artículos 2 y 8, sin contraprestación ni compensación alguna para el dueño ni para quien se ostente o comporte como tal, ya que la sentencia en la que se declare dicha extinción tendrá por efecto que los bienes se apliquen a favor del Estado mexicano.

De la conexión de estas ideas resulta la complejidad del estudio de la presente ley, algunos autores afirman que la figura de extinción de dominio es una sanción represiva civil, otros la configuran como un híbrido entre el derecho penal y el derecho civil, nos gustaría destacar los siguientes argumentos:

En la iniciativa que presentase el titular del poder ejecutivo federal destaca que:

Un procedimiento eminentemente penal estudia y valora la existencia de un delito y la responsabilidad penal del inculgado, mientras que el procedimiento de extinción de dominio valora los bienes que se relacionan con ciertos hechos ilícitos por sus características específicas. En pocas palabras, el primero dilucida si se cometió el delito y las penas aplicables, el segundo, si los bienes relacionados con

el hecho ilícito son merecedores de extinción de dominio; por ende, uno tiene naturaleza penal y otro, real.<sup>324</sup>

Respecto del mismo punto, Eduardo Martínez Bastida argumentan una naturaleza jurídico-penal:

Su naturaleza es penal y no civil como falsamente lo intentan hacer ver algunos especialistas; el proceso de extinción de dominio se sigue bajo las reglas del derecho civil, lo anterior permite colegir que la acción o forma de extinguir el dominio es de naturaleza distinta a la penal pero la esencia o sustancia es punitiva. El dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales, de justicia, de gobernación, de seguridad pública y estudios legislativos de fecha 13 de diciembre de 2007 explica de manera detallada a la extinción de dominio como un decomiso en los términos siguientes:

(en este sentido, con la finalidad de encontrar una herramienta eficaz que coadyuve a desembarcar las organizaciones delictivas y limitar sus efectos nocivos, impedir que se reproduzcan, pero principalmente decomisar sus activos, se comparte el criterio de la cámara de origen de considerar necesario crear un procedimiento jurisdiccional y autónomo del proceso penal que establezca en forma expresa que procederá estrictamente en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos así como trata de personas)

Así la extinción de dominio es un decomiso y siendo el decomiso una pena, como se dispone en el artículo 30 fracción IV del código Penal para el distrito Federal (sic) en debida concordancia con los dispositivos 53,54 y 54 del ordenamiento invocado permite colegir que la naturaleza de la figura es propia del derecho punitivo.<sup>325</sup>

Al respecto nos apegamos al criterio utilizado en el análisis de la ley de extinción de dominio para la Ciudad de México:

---

<sup>324</sup> Instituto de la Judicatura Federal, *Extinción de dominio*, México, Porrúa, 2009, p. 195.

<sup>325</sup> Martínez Bastida, Eduardo, *Comentarios a la ley de extinción de dominio para el distrito Federal*, 4ª edición, México, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., 2014, pp. 48 y 49.

A nuestro criterio no debemos olvidar el principio general de derecho que dice “Lo accesorio sigue la suerte principal”, y si bien es cierto la naturaleza de ambos procesos se constituye por distinto objeto, dígame una sanción privativa de la libertad, o pérdida de los derechos de propiedad, es verdad también que para que nazca un proceso de extinción de dominio; la propia Ley de Extinción de Dominio para el D.F indica que es necesario que existan las bases de un proceso penal.<sup>326</sup>

Y es que del mismo modo que en el fuero común, en el fuero federal es primicia para la preparación de la acción que la Subprocuraduría Jurídica y de Asuntos Internacionales así como la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada<sup>327</sup> empleen la información que se desprenda de la averiguación previa en términos del artículo 6 de la ley federal de extinción de dominio:

Artículo 6. Para la preparación de la acción de extinción de dominio, el Ministerio Público podrá emplear la información que se genere en las averiguaciones previas que inicie en términos del Código Federal de Procedimientos Penales y, en su caso, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, así como las resoluciones a que se refiere el artículo 12 Bis de esta Ley.

Incluso la supletoriedad en materia de preparación de la acción será en términos del Código Federal de Procedimientos Penales:

---

<sup>326</sup> Hernández Rivera, Omar Antonio, Tesis de Licenciatura, *Análisis de la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal*, Facultad de Estudios Superiores Aragón, UNAM, 2014, pp. 61 y 62.

<sup>327</sup> Por acuerdo A/001/11 publicado en el DOF el 24 de enero de 2011, se delega la función de la preparación de la acción consagrada en el artículo 20 de la ley de extinción de dominio a dichas instituciones, no obstante que las unidades administrativas, respecto de cualquier investigación a su cargo pueden ejercitar la acción con solicitud a la Subprocuraduría Jurídica y de Asuntos Internacionales.

Artículo 4. A falta de regulación suficiente en la presente Ley respecto de las instituciones y supuestos jurídicos regulados por la misma, se estará a las siguientes reglas de supletoriedad:

I. En la preparación del ejercicio de la acción de extinción de dominio, a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales;

No es por demás recordar que su inclusión se justificó en la necesidad de encontrar un vínculo entre la comisión de un delito y los bienes:

Uno de los objetivos de la actividad criminal consiste en que, en diversos casos, las autoridades se encuentran imposibilitadas para acreditar la procedencia ilícita de diversos bienes utilizados para la comisión de delitos, así como su relación directa con los imputados en un proceso penal aun cuando existan elementos suficientes para establecer un vínculo con la delincuencia. De tal suerte, que el hampa logra evadir el decomiso de esos recursos mal habidos, entre otras sanciones, generando un espacio de impunidad indeseada.<sup>328</sup>

La imposibilidad a que se refiere el párrafo que antecede se debe principalmente a una falta de capacitación de los servidores públicos encargados de las indagaciones respectivas, aunado a la falta de correcta aplicación del presupuesto destinado para el combate a la delincuencia, lo que simplifica la justificación de la inversión de la carga probatoria que se desprendía incluso desde el artículo 5 apartado séptimo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y en el que se basa la presente ley.

7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su

---

<sup>328</sup> Ruiz Caballero, Mario David, *Extinción de dominio, herramienta del derecho civil ante la ineficacia del derecho penal*, Universidad Autónoma Metropolitana, <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/70/77-04.pdf>, 5 de noviembre de 2016. 11:35. AM.

derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.

En términos no razonables para las autoridades es más viable que sean los particulares muestren la licitud de los bienes y la no comisión de un hecho delictivo, pese a que acreditar hechos negativos rompe con el esquema de la lógica jurídica, queda establecida la inversión de la carga probatoria en el precepto 32 de la ley federal de extinción de dominio:

Artículo 32. Las partes podrán ofrecer todo tipo de pruebas que no sean contrarias a derecho, en términos de lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles, con excepción de la confesional a cargo de las autoridades, siempre que tengan relación con:

- I. El cuerpo del delito;
- II. La procedencia de los bienes;
- III. Que los bienes materia del procedimiento no son de los señalados en el artículo 8 de esta Ley;

Con ello el afectado debe acreditar que el hecho delictuoso no ocurrió, que los bienes son de procedencia lícita, que los bienes no fueron utilizados en la comisión de un delito, que no fueron utilizados o destinados a ocultar mezclar bienes producto de la ilicitud, siendo dueño que no conocía su utilización y que por tanto estaba imposibilitado de notificar a las autoridades sobre algo que no ocurrió, o bien que los bienes son de su propiedad y no de alguien que se comporta como dueño son de procedencia lícita, es decir, el precepto legal octavo de esta ley a contrario sensu:

Artículo 8. La acción de extinción de dominio se ejercerá respecto de los bienes relacionados o vinculados con los delitos a que se refiere el artículo anterior, en cualquiera de los supuestos siguientes:

- I. Aquéllos que sean instrumento, objeto o producto del delito;

II. Aquéllos que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito.

Se entenderá por ocultar, la acción de esconder, disimular o transformar bienes que son producto del delito y por mezcla de bienes, la suma o aplicación de dos o más bienes;

III. Aquéllos 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 por cualquier medio o tampoco hizo algo para impedirlo. Será responsabilidad del Ministerio Público acreditarlo, lo que no podrá fundarse únicamente en la confesión del inculpado del delito;

IV. Aquéllos que estén intitulados a nombre de terceros y se acredite que los bienes son producto de la comisión de los delitos a que se refiere la fracción II del artículo 22 constitucional y el acusado por estos delitos se ostente o comporte como dueño.

Analicemos el artículo que antecede junto a la siguiente tesis:

#### EXTINCIÓN DE DOMINIO. RELEVANCIA DE LA PRUEBA DE LA PROCEDENCIA LÍCITA DEL BIEN MATERIA DE LA ACCIÓN RELATIVA.

El artículo 22, párrafo segundo, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé diversos supuestos que pueden originar la pretensión de la extinción de dominio, cuyos elementos a demostrar son diferentes en cada caso. Así, cuando la acción relativa se ejerce sobre la base de que el bien es instrumento del delito o utilizado en su comisión, la prueba de la procedencia lícita de los bienes, si bien no es inútil, sí pierde relevancia, ya que no se cuestiona su procedencia, sino el uso que se le da. Ahora, a diferencia de dicha hipótesis, cuando se asevera que el bien es "producto del delito", ello implica que se adquirió con recursos obtenidos con la comisión del hecho ilícito, por lo que cobra mayor peso la prueba sobre su adquisición con recursos de procedencia lícita y, en estos casos, el afectado tiene la carga de demostrar un hecho concreto positivo: la procedencia lícita del bien. Asimismo, la prueba de la procedencia lícita de los bienes es trascendente cuando existe una relación de confianza entre una o varias

de las personas a las que se les atribuye la comisión de los delitos a que se refiere el artículo 22 citado (delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas) y quien aduce ser un "afectado de buena fe", en cuyo caso debe descartarse la posible actualización de la hipótesis del inciso d), de la fracción II, del precepto referido, que regula el caso de los prestanombres o testaferros.

Amparo en revisión 437/2012. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto aclaratorio, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto aclaratorio. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Mireya Meléndez Almaraz, Horacio Nicolás Ruiz Palma, Rosalía Argumosa López, Julio César Ramírez Carreón, Rosa María Rojas Vértiz Contreras y Rodrigo de la Peza López Figueroa.

Amparo directo en revisión 969/2012. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Rosa María Rojas Vértiz Contreras, Rosalía Argumosa López, Mireya Meléndez Almaraz, Horacio Nicolás Ruiz Palma y Julio César Ramírez Carreón.

Amparo directo 58/2011. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Rosalía Argumosa López, Mireya Meléndez Almaraz, Rosa María Rojas Vértiz Contreras, Horacio Nicolás Ruiz Palma y Julio César Ramírez Carreón.

Amparo directo 3/2012. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Julio César Ramírez Carreón, Mireya Meléndez Almaraz, Rosalía Argumosa López, Rosa María Rojas Vértiz Contreras y Horacio Nicolás Ruiz Palma.

Amparo directo 49/2012. 15 de octubre de 2014. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Rosalía Argumosa López, Mireya Meléndez Almaraz, Rosa María Rojas Vértiz Contreras, Horacio Nicolás Ruiz Palma y Julio César Ramírez Carreón.

Tesis de jurisprudencia 16/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veinticinco de marzo de dos mil quince.

Esta tesis se publicó el viernes 17 de abril de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 20 de abril de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.<sup>329</sup>

Argumentaríamos la imposibilidad de demostrar hechos negativos al establecer que la defensa deberá acreditar un hecho que pudo o no haber ocurrido, y que los bienes no se encuentran dentro de los enlistados en el precepto 8 de la ley, sujetando con ello al afectado a un proceso paralelo que se desprende de una probabilidad, dando la posibilidad de sentencias contradictorias en tanto en la vía penal el juez puede dictar una sentencia absolutoria por falta de elementos y en la vía civil una sentencia condenatoria respecto de la acreditación lícita de los bienes, veamos el artículo 7 de esta ley:

Artículo 7. La acción de extinción de dominio se ejercerá, respecto de los bienes a que se refiere el artículo siguiente, aun cuando no se haya determinado la responsabilidad penal en los casos de los delitos previstos en la fracción II del artículo 22 constitucional.

El ejercicio de la acción de extinción de dominio se sustentará en la información que recabe el Ministerio Público cuando se haya iniciado la averiguación previa, o en las actuaciones conducentes del procedimiento penal respectivo, o de ambas, cuando de ella se desprenda que el hecho ilícito sucedió y

---

<sup>329</sup> Tesis: 1ª./16/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. I, Libro 17, abril 2015, p. 346.

que los bienes se ubican en los supuestos del artículo siguiente, así como las resoluciones a que se refiere el artículo 12 Bis de esta Ley.

La muerte del o los probables responsables no cancela la acción de extinción de dominio.

En el mismo sentido, el artículo 44 de la ley analizada sujeta al individuo al proceso de extinción de dominio, y por ello tienen que acreditarse que la comisión del delito no ocurrió y que los bienes no son objeto, producto de la comisión de aquel:

Artículo 44. La absolución del afectado en el proceso penal por no haberse establecido su responsabilidad, o la no aplicación de la pena de decomiso de bienes, no prejuzga respecto de la legitimidad de ningún bien.

Veamos la siguiente tesis jurisprudencial:

EXTINCIÓN DE DOMINIO. LA AUTONOMÍA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ENTRE EL PROCEDIMIENTO RELATIVO Y EL PENAL NO ES ABSOLUTA, SINO RELATIVA.

De la interpretación teleológica del artículo 22, párrafo segundo, fracción I, de la Constitución Federal, en el sentido de que el procedimiento de extinción de dominio es jurisdiccional y autónomo del de materia penal, se concluye que dicha separación no es absoluta, sino relativa, porque la autonomía a que se refiere la disposición constitucional citada debe entenderse como la independencia de aquel que juzga sobre el tema de la extinción de dominio y del que ha de emitir una decisión en cuanto a la responsabilidad de quien está sujeto al juicio penal, de forma que tal distinción involucra independencia: a) en la normatividad que cada uno de ellos ha de aplicar en el proceso del que es rector; b) en el desarrollo de cada uno de los juicios; y, c) en la decisión que adopten sobre temas respecto de los cuales no compartan jurisdicción (básicamente la responsabilidad penal, por no ser éste un tópico sobre el que ambos jueces deban decidir); sin embargo, tal disociación no se aplica en la calificación de los elementos del cuerpo del delito,

pues en cuanto a ese preciso aspecto, existe una vinculación total, de manera que, generalmente, el Juez de Extinción de Dominio debe sujetarse a la decisión que adopte el especializado en la materia penal cuando éste concluye, en una resolución intraprocesal, que los elementos del cuerpo del delito no quedaron acreditados, o al dictar la sentencia definitiva, que el delito no se demostró. Al respecto, se parte de la base de que, desde su génesis, ambos procesos tienen como denominador común los hechos que dieron origen a una averiguación previa que, una vez escindida da lugar a dos tipos de juicio: 1) el penal (encaminado a la sanción por la comisión de delitos); y, 2) el de extinción de dominio (enderezado a declarar derechos patrimoniales), situación que impide afirmar la existencia de una autonomía absoluta, pues el propio artículo 22 constitucional sujeta a ambos procedimientos entre sí. En efecto, el precepto constitucional citado prevé que la extinción de dominio procede respecto de los bienes que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió. Así, dicho artículo permite afirmar válidamente que el legislador partió de la base de que, paralelamente al ejercicio de la acción penal, se ejercería la de extinción de dominio; de ahí que, en primer orden, el Estado (a través del Ministerio Público) habría de llevar a cabo las investigaciones para la persecución del delito e incluso, en su caso, proceder al ejercicio de la acción penal de contar con los elementos necesarios para ello, pues sólo así se explica la aclaración en el sentido de que la extinción de dominio procede "aun cuando no se haya dictado (en el proceso penal) la sentencia que determine la responsabilidad penal", lo que supone que ha habido al menos una calificación a cargo de la autoridad judicial penal sobre la existencia de alguno de los delitos previstos en el artículo 22 de la Constitución Federal, como presupuesto para el ejercicio de la acción de extinción de dominio.

Amparo en revisión 437/2012. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto aclaratorio, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto aclaratorio. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Mireya Meléndez Almaraz, Horacio Nicolás

Ruiz Palma, Rosalía Argumosa López, Julio César Ramírez Carreón, Rosa María Rojas Vértiz Contreras y Rodrigo de la Peza López Figueroa.

Amparo directo en revisión 969/2012. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Rosa María Rojas Vértiz Contreras, Rosalía Argumosa López, Mireya Meléndez Almaraz, Horacio Nicolás Ruiz Palma y Julio César Ramírez Carreón.

Amparo directo 58/2011. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Rosalía Argumosa López, Mireya Meléndez Almaraz, Rosa María Rojas Vértiz Contreras, Horacio Nicolás Ruiz Palma y Julio César Ramírez Carreón.

Amparo directo 3/2012. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Julio César Ramírez Carreón, Mireya Meléndez Almaraz, Rosalía Argumosa López, Rosa María Rojas Vértiz Contreras y Horacio Nicolás Ruiz Palma.

Amparo directo 49/2012. 15 de octubre de 2014. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Rosalía Argumosa López, Mireya Meléndez Almaraz, Rosa María Rojas Vértiz Contreras, Horacio Nicolás Ruiz Palma y Julio César Ramírez Carreón.

Tesis de jurisprudencia 21/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veinticinco de marzo de dos mil quince.

Esta tesis se publicó el viernes 17 de abril de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación

obligatoria a partir del lunes 20 de abril de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.<sup>330</sup>

Así, la acción de extinción de dominio, prohíbe a los sujetos que tengan derecho a la reparación del daño a exigirle por la vía penal y por la vía civil, reconociendo la relación de origen que existe entre ambos procesos; pese a decir que es autónomo e independiente del de la materia penal, por lo que se le reconoce la facultad al Ministerio Público de la aplicación del decomiso de los mismos bienes con motivo del ejercicio de la acción penal (en términos del artículo 9 de la LFED) lo que por demás causa una incertidumbre jurídica.

El periódico la Jornada al realizar un reportaje con motivo de esta ley, evidencio la falta de capacidad de la PGR para llevar a cabo los procesos de esta naturaleza y, en el que pone de manifiesto lo contradictorio que puede ser el hecho de llevar a cabo dos procesos que se desprenden de un mismo hecho posiblemente constitutivo de un delito y en el que en ambos casos habría que acreditar la responsabilidad del sujeto. Las siguientes líneas son parte de dicho reportaje:

El proceso –que utiliza las reglas del proceso federal civil– es tan complejo que se han emitido sentencias contradictorias entre jueces de distrito.

Por mencionar un ejemplo, en septiembre de 2012 se presentó en tribunales (se omiten los nombres de los involucrados a solicitud de los funcionarios que proporcionaron la información) un caso en el que un juez federal especializado en extinción de dominio emitió una sentencia sobre un vehículo de lujo, mientras un juez en materia civil resolvió en sentido contrario. Incluso, reconoció que estaba acreditada la propiedad del vehículo en favor del dueño del bien asegurado.

A esa complejidad se suma el hecho de que el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) suspendió en diciembre pasado (sin goce de sueldo) al juez Alfonso Flores

---

<sup>330</sup> Tesis: 1ª./21/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. I, Libro 17, abril 2015, p. 340.

Padilla, bajo sospecha de corrupción y enriquecimiento inexplicable, ya que el CJF le detectó residencias, autos lujosos, transferencias millonarias y constantes viajes al extranjero que no fueron mencionados en sus declaraciones patrimoniales.<sup>331</sup>

En tal sentido, el fracaso de la ley de en estudio se deduce de varios factores: a) de la imposibilidad jurídica por parte del agente del ministerio público de acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad de los individuos en ambos procesos para que culminen en una sentencia condenatoria y en la pérdida de los derechos de propiedad (lo que ratifica la naturaleza penal y no civil de esta ley), b) la falta de preparación de los servidores públicos para llevar a cabo un proceso de esta naturaleza lo que conlleva a que las leyes pierdan efectividad y, c) la corrupción de entre los que ocupan un cargo público, lo que perjudica la correcta funcionabilidad de las instituciones, tomando en cuenta la codependencia que pudiera darse entre ellas.

Desde el punto de vista subjetivo, la delincuencia organizada es vista como unidad económica de producción, con ello todas las organizaciones criminales son relacionadas directamente con una capacidad económica adquisitiva, pero es necesario entender que, cada una de ellas ejecutará sus funciones de manera diferente, manteniendo coordinaciones estructuras, diseños, tareas, eficacias y ocupaciones distintas dependiendo de factores endógenos o exógenos, y de la propia génesis de la organización,<sup>332</sup> es decir, habrá grupos que responderán a la necesidad de sólo mantener un cierto control a través del monopolio de la violencia y otros cuyo interés ejercerá esa violencia con fines lucrativos.

Dicha argumentación se vierte en virtud de que la presente ley va dirigida precisamente a estas últimas; es decir que, combate la delincuencia organizada que tiene una capacidad adquisitiva y no así a la delincuencia que se enfoca a

---

<sup>331</sup> Méndez, Alfredo, "La extinción de dominio, proceso para el que la PGR no está preparado" Sus funcionarios optan por la figura de abandono, *La Jornada*, 22 de julio de 2015, <http://www.jornada.unam.mx/2015/07/22/politica/013n2pol>, 14 de octubre de 2016, 4:28 P.M.

<sup>332</sup> López Muñoz, Julián, *Criminalidad organizada "Aspectos jurídicos y criminológicos"*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 90.

generar violencia en el país, es por ello que el ideal de las legislaciones modernas es suprimir dicha capacidad económica y no evitar la violencia que generan.

En la presente ley se observa que, desde la averiguación previa el Ministerio Público podrá decretar medidas cautelares respecto del proceso penal, así mismo el juez que lleve el despacho del asunto de extinción de dominio podrá decretar medidas cautelares en el proceso civil respecto de los mismos bienes:

## CAPÍTULO SEGUNDO

Artículo 12. El Juez, a solicitud fundada del Ministerio Público, podrá imponer las medidas cautelares necesarias para garantizar la conservación de los bienes materia de la acción de extinción de dominio y, en su oportunidad, para la aplicación de los bienes a los fines a que se refiere el artículo 53 de esta Ley.

Son medidas cautelares:

- I. El aseguramiento de bienes;
- II. El embargo precautorio;

Es de mencionar que el juez puede decretar las medidas cautelares en cualquier etapa del procedimiento y éste concluye con la sentencia firme<sup>333</sup>, entonces partir de su decreto, las autoridades toman a su disposición los bienes como medio presuntivo del delito en dos procesos:

Artículo 12 Bis. El Ministerio Público o, en los casos que determinen las disposiciones aplicables, las autoridades que regulan el sistema financiero nacional podrán ordenar a las entidades financieras la inmovilización provisional e inmediata de fondos o activos cuando reciba resoluciones de las autoridades competentes o de organismos internacionales de los que el Estado mexicano sea parte cuando estén vinculados con los delitos materia de la extinción de dominio.

Se entenderá por inmovilización provisional e inmediata, la prohibición temporal de transferir, depositar, adquirir, dar, recibir, cambiar, invertir, transportar, traspasar, convertir, enajenar, trasladar, gravar, mover o retirar

---

<sup>333</sup> Instituto de la Judicatura Federal, *op. cit.* nota 324, p. 239.

fondos o activos, cuando estos estén vinculados con los delitos materia de la extinción de dominio.

La inmovilización provisional e inmediata ordenada por el Ministerio Público tendrá una vigencia de 20 días contados a partir de que se ordenó la medida, dentro de este plazo, el Ministerio Público solicitará al juez el aseguramiento de los fondos o activos.

En estos casos quedarán salvaguardados los derechos de las entidades financieras respecto de créditos otorgados, garantías u obligaciones contraídas con anterioridad y conforme a la ley.

Toda solicitud se hará a través de instituciones tales como: el Sistema Financiero, mediante la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, así como información financiera al Sistema de Administración Tributaria o cualquier institución de carácter público o privado<sup>334</sup> en la sistemática el fin último de estas medidas es evitar que los bienes sean vendidos, dilapidados, destruidos o que incluso sirvan para la comisión de delitos futuros, por lo que se determina incluso su aplicación en cualquier etapa del procedimiento.

Esta última impresión permite constatar que la figura de la extinción de dominio prevé riesgos a futuro, es decir que, la perspectiva de la determinación del injusto se proyecta sobre futuros delitos cuya comisión por parte de la organización se teme,<sup>335</sup> una doble justificación que se basa no en una argumentación jurídica sino en una perspectiva de riesgo a futuro.

Ahora bien, ya que hemos visto que la figura de la extinción de dominio tiene como principales directrices la inversión de la carga probatoria, el doble enjuiciamiento, la prevención de riesgos futuros es necesario advertir los efectos que conlleva una sentencia que declare la extinción de dominio.

---

<sup>334</sup> Hernández Rivera, Omar Antonio, *op. cit.*, nota 326, pp. 67-69.

<sup>335</sup> Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, nota 301, p. 37.

Queda claro que cuando no se logre acreditar el cuerpo del delito, la probable responsabilidad del sujeto y que los bienes no son producto objeto del delito el juez de extinción deberá devolver los bienes al afectado o dueño, incluso antes de que se dicte la sentencia en la vía civil, si en la causa penal no se acredita dichos elementos el juez debería devolver los bienes a su legítimo propietario o poseedor, junto con los intereses, rendimientos y accesorios que se hayan producido durante el tiempo en que hayan sido administrados por el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes en términos del artículo 50 de esta ley.

No obstante, la directriz contraria, es decir aquella en la que se declare la extinción de dominio (porque se acreditó el cuerpo del delito, la responsabilidad del sujeto y que los bienes son producto objeto de ese delito) tiene una perspectiva que nos gustaría resaltar.

Una vez que se ha iniciado el proceso y que el juez dicte las medidas cautelares sobre los bienes el Servicio de Administración y Enajenación de bienes (SAE) será la institución encargada de su administración, cuya operación será coordinada por la Procuraduría General de la República, para ello la Ley Federal para la administración y enajenación de bienes del sector público faculta a la institución antes mencionada para realizar actos tendientes a mantener o hacer productivo los bienes y cuyo títulos en numerario serán destinados a un fondo:

Artículo 89.- A los recursos obtenidos por los procedimientos de venta a que se refiere el artículo 38 de esta Ley, así como a los frutos que generen los bienes que administre el SAE, se descontarán los costos de administración, gastos de mantenimiento y conservación de los bienes, honorarios de comisionados especiales que no sean servidores públicos encargados de dichos procedimientos, así como los pagos de las reclamaciones procedentes que presenten los adquirentes o terceros, por pasivos ocultos, fiscales o de otra índole, activos inexistentes, asuntos en litigio y demás erogaciones análogas a las

antes mencionadas o aquellas que determine la Ley de Ingresos de la Federación u otro ordenamiento aplicable.

Los recursos derivados por los procedimientos de venta junto con los frutos que generen los bienes administrados por el SAE, se destinarán a un fondo, el cual contará con dos subcuentas generales, una correspondiente a los frutos y otra a las ventas.

Cada subcuenta general contará con subcuentas específicas correspondientes a cada bien o conjunto de bienes entregados en administración o a cada uno de los procedimientos de venta indicados en el párrafo anterior, por lo que se podrá realizar el traspaso de los recursos obtenidos de la subcuenta general a las diferentes subcuentas.

Los recursos de las subcuentas específicas, serán entregados por el SAE a quien tenga derecho a recibirlos, en los plazos que al efecto convenga con la Entidad Transferente o con la Tesorería de la Federación y de conformidad con las disposiciones aplicables. Una vez entregados tales recursos, el SAE no tendrá responsabilidad alguna en caso de reclamaciones.

De acuerdo al artículo 54 de la ley de extinción de dominio, el valor de realización de los bienes y sus frutos, cuyo dominio haya sido declarado extinto, mediante sentencia ejecutoriada, se destinarán a la reparación del daño causado a la víctima u ofendido de los delitos y al pago de las reclamaciones procedentes por créditos garantizados y los remanentes serán fiscalizados por la Auditoría Superior de la Federación. La dificultad en cuestión y objeto de análisis se centra en dichos remanentes, si el juez decreta la extinción de dominio de un bien cuando se acredite su procedencia ilícita, todo aquel producto o subsecuente remanente será ilícitos, luego entonces el SAE habrá producido ganancias de bienes ilícitos que pasarían a favor del gobierno, aún y cuando en esa ambivalencia se juzga la entrada masiva de capitales procedentes de actividades delictivas en un determinado sector de la economía provoque una profunda desestabilización del mismo con importantes repercusiones lesivas<sup>336</sup>

---

<sup>336</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, nota 305, p. 12.

Consideramos por tanto innecesaria la determinación de los legisladores de implementar figuras como la extinción de dominio que más que representar certeza jurídica, representan una inflación del derecho penal, Jesús María Silva Sánchez expresa al respecto:

Ahora bien, ello no hace, sin más razonable a sanción penal de cualquier conducta de utilización de pequeñas (o medianas) cantidades de dinero negro en la adquisición de bienes o la retribución de servicios. La tipificación del delito de blanqueo de capitales, en fin, una manifestación de expansión razonable del Derecho penal (en su núcleo, de muy limitado alcance) y de expansión irrazonable del mismo (en el resto de conductas, de las que no puede afirmarse en absoluto que, una por una, lesionen el orden económico de modo penalmente relevante)<sup>337</sup>

Para continuar con el análisis de la presente ley, es necesario la observación del artículo 24 del Código Federal de Procedimientos Civiles que determina como autoridad competente para los conflictos resultantes sobre bienes el de la ubicación de la cosa en tratándose también de acciones reales sobre inmuebles o de controversias derivadas del contrato de arrendamiento aunado a la premisa de que sí las cosas estuvieren situadas en, o abarcaren dos o más circunscripciones territoriales, será competente el que prevenga en el conocimiento del negocio.

Aunado a lo anterior es necesario decir que son varias las instancias supranacionales desde las que se ha promovido y se sigue promoviendo la cooperación internacional para facilitar los decomisos transfronterizos <sup>338</sup> lo que resulta más sencillo si en todos los ordenamientos llamados a interrelacionarse el decomiso presenta los mismos contornos, de modo que está previsto respecto de categorías análogas de delitos y puede afectar a determinados tipos de bienes.<sup>339</sup>

---

<sup>337</sup> *ibídem*, pp. 12-13.

<sup>338</sup> Gascón Inchausti, Frenando, *El decomiso transfronterizo de bienes*, Madrid, Colex, 2007, p. 36.

<sup>339</sup> *ibídem*, p. 44.

De esta manera la implementación de la extinción de dominio permite que autoridades reclamen los bienes que se encuentren en cualquier parte del mundo que a su consideración sean producto objeto del delito a través de la llamada cooperación internacional.

## TÍTULO QUINTO

### CAPÍTULO ÚNICO

#### De la Cooperación Internacional

Artículo 63. Cuando los bienes se encuentren en el extranjero o sujetos a la jurisdicción de un estado extranjero, las medidas cautelares y la ejecución de la sentencia que se dicte con motivo del procedimiento de extinción de dominio, se substanciarán por vía de asistencia jurídica internacional en términos de los tratados e instrumentos internacionales de los que los Estados Unidos Mexicanos sea parte o, en su defecto, con base en la reciprocidad internacional.

Con ello queda claro que la extinción de dominio desnaturaliza la jurisdicción territorial de los Estados. En palabras de Augusto Sánchez Sandoval:

Se muestra un ánimo acaparador y de venganza de los grupos de poder de los países firmantes, de manera que el decomiso de los dineros y de los bienes derivados directa o indirectamente del narcotráfico o de los denominados delitos organizados, aparece como un botín fundamental, porque se lo apropia el país donde esos bienes se encuentren.<sup>340</sup>

Sumado a lo anterior, cuando se trate de una solicitud de país extranjero, el Estado mexicano debe llevar a cabo paralelamente el procedimiento de extinción de dominio, es decir, que con ello se juzga al individuo dos veces por el mismo hecho.

Artículo 66. Cuando la autoridad competente de un Gobierno extranjero presente solicitud de asistencia jurídica, de conformidad con lo

---

<sup>340</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, p. 181.

dispuesto en los instrumentos jurídicos internacionales de los que los Estados Unidos Mexicanos sea parte o por virtud de la reciprocidad internacional, cuyo fin sea la recuperación de bienes para los efectos de esta ley, ubicados en territorio nacional o sujetos a la jurisdicción del Estado mexicano, se procederá como sigue:

I. La solicitud de asistencia jurídica internacional se tramitará por la Procuraduría General de la República o por la autoridad central que establezca el instrumento internacional de que se trate y, en su defecto, por la Secretaría de Relaciones Exteriores;

II. Con base en la solicitud de asistencia jurídica internacional, el Ministerio Público ejercerá ante el Juez la acción de extinción de dominio y solicitará las medidas cautelares a que se refiere esta Ley, y

III. El procedimiento se desahogará en los términos que establece el presente ordenamiento.

Como se mencionaba con antelación, la unificación jurisdiccional a nivel internacional responde a las necesidades básicas de una funcionalidad sistemática, que se formula a través de las convenciones internacionales y que se concretiza con la modificación de las legislaciones locales, de esta manera la figura de extinción de dominio se maneja en el ámbito local e internacional:

Como referencia a nivel local; diferentes Estados de la república se han dado a la tarea de expedir sus propias leyes para que las mismas tengan aplicación en sus respectivos territorios; Chiapas (2009); Chihuahua (2010); Guanajuato (2011); Hidalgo(2011); Jalisco(2011); Morelos (2009); Nuevo León(2009); Puebla(2011); San Luis Potosí(2009); Tabasco(2009); Tlaxcala(2012); Zacatecas(2012); lo mismo se hace a nivel internacional en países como; Honduras(privación definitiva del dominio de bienes de origen ilícito); Perú (Decreto Legislativo 1104, Decreto Legislativo que modifica la Legislación sobre Pérdida de Dominio); donde se reviste ya como tal la figura de "Extinción de Dominio"<sup>341</sup>

---

<sup>341</sup> Vid. Hernández Rivera, Omar Antonio, *op. cit.*, nota 326, p. 106.

Con ello nos apegamos al criterio de Fernando Gascón Inchaustini al asegurar que, esta acción normativa supranacional destinada a instrumentar el decomiso transfronterizo comporta dos líneas de actuación, que corren parejas: una de armonización del régimen sustantivo del decomiso y otra propiamente de facilitación o potenciación de la cooperación.<sup>342</sup>

Es necesario acotar el presente tema no sin antes hacer hincapié en que la presente ley no ha cumplido sus funciones en materia de seguridad ni de combate a la delincuencia, tanto así que; las autoridades mexicanas han preferido optar por otras figuras jurídicas como el abandono, pues resulta obvio que las condiciones sociales y culturales influyen para dicho fracaso, ejemplo de esto es que entre 2013 y 2014 el erario federal recibió 92 millones de dólares y 7 millones de pesos por el concepto de abandono, mucho más fácil que el juicio de extinción de dominio, el cual, siete años después de que entró en vigor, ha sido utilizado por la PGR en no más de 250 ocasiones<sup>343</sup>, y pese a ello los índices delictivos nos indican que esta se encuentra en aumento.

### **c. De las leyes contra el Terrorismo**

Anteriormente se comentaba que de las últimas reformas en materia de terrorismo en México se dieron en el año 2007 a consideración de los atentados ocurridos en Estados Unidos en 2001, lo que culminó en la inclusión del delito de terrorismo internacional:

#### **CAPITULO III TERRORISMO INTERNACIONAL**

Artículo 148 Bis.- Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos que resulten:

---

<sup>342</sup> Gascón Inchausti, Fernando, *op.cit.*, nota 338, p. 44.

<sup>343</sup> Méndez, Alfredo, *op. cit.*, nota 331.

- I. A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo, fuente de radiación o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes, personas o servicios, de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para presionar a la autoridad de ese Estado extranjero, u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación;
- II. Al que cometa el delito de homicidio o algún acto contra la libertad de una persona internacionalmente protegida;
- III. Al que realice, en territorio mexicano, cualquier acto violento en contra de locales oficiales, residencias particulares o medios de transporte de una persona internacionalmente protegida, que atente en contra de su vida o su libertad, o
- IV. Al que acuerde o prepare en territorio mexicano un acto terrorista que se pretenda cometer, se esté cometiendo o se haya cometido en el extranjero.

Para efectos de este artículo se entenderá como persona internacionalmente protegida a un jefe de Estado incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la constitución respectiva, cumpla las funciones de jefe de Estado, un jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores, así como los miembros de su familia que lo acompañen y, además, a cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o cualquier funcionario, personalidad oficial u otro agente de una organización intergubernamental que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito contra él, los miembros de su familia que habiten con él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho a una protección especial conforme al derecho internacional.

Del desglose de dicho precepto es de criticar que por principio de cuentas se hable de personas con derecho a una protección especial, hecho que por demás es excluyente en cuando que la intención de la ley es no hacer distinciones, pues el derecho en ese sentido ve cargos públicos y no seres humanos.

A esto habría que sumarle que, desde el punto jurídico, la sola utilización de sustancias peligrosas, reguladas o armas de fuego dentro del país pueden constituir una conducta ilícita, así, las autoridades mexicanas no pueden sancionar a alguien cuya conducta tenga repercusiones fuera de su jurisdicción territorial, pues en determinado caso, serán las autoridad del lugar donde ocurrieron los hechos quien tenga que solicitar la extradición del sujeto y sancionarle por los hechos que acontecieran en su territorio, pues esta conducta atraería como consecuencia el quebrantamiento al principio que establece que una persona no puede ser sancionada dos veces por el mismo delito, pues es lógico pensar que la solicitud de extradición será otorgada con independencia de las sanciones que en el país se otorguen al individuo.

Es de identificarse con ello el principio de competencia jurídico penal que se desprende de la convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas por el que los países firmantes se declaran competentes para sancionar los delitos que la convención menciona.<sup>344</sup>

Ahora bien, Lucas Rodriguez de las Heras Ballell comenta que, la primera vez que un instrumento internacional utilizo la palabra terrorismo fue en la Tercera Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho penal celebrada en Bruselas en 1930 como respuesta a los actos que acontecieran después de la primera guerra mundial, para entonces el texto expresaba como terrorismo:

El uso intencionado de medios capaces de producir un daño ordinario que representa un acto de terrorismo atribuible a alguien que hace uso de crímenes contra la vida, la libertad o la integridad física de las personas o dirigido contra la

---

<sup>344</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 31, p. 179.

propiedad pública o privada con el propósito de expresar o ejecutar ideas políticas o sociales será castigado<sup>345</sup>.

De lo anterior podemos analizar que los movimientos sociales que se opusieran contra cualquier tipo de régimen fácilmente podrían caer en dicho supuesto aún y cuando se tratara de un tipo de gobierno opresor o inquisitivo, luego entonces podríamos decir que los movimientos sociales de acuerdo ideología dan pauta para el surgimiento de la figura del terrorismo, mismo que cobra una mayor importancia para 1937 en la Sociedad de Naciones dentro de la convención para la prevención y represión del terrorismo en cuyo artículo 1.2 se recogiera: [...] los actos criminales dirigidos contra un estado y con la intención de o calculados para crear un estado de terror en las mentes de las personas, de los grupos de personas, o del público en general.<sup>346</sup>

Suena entonces interesante analizar la figura del terrorismo en el ámbito nacional antes de las reformas de 2007 a efecto de determinar si el patrón del movimiento social aplica a la ideología neoliberalista mexicana para la construcción ideológica del terrorismo.

De acuerdo a Ricardo de la Luz Félix Tapia el delito de terrorismo tiene sus antecedentes dentro de la legislación mexicana en los preceptos legales de los códigos penales de Michoacán (1962) y Zacatecas (1967) en sus artículos 157 y 194 respectivamente<sup>347</sup> en los que se podía leer:

A los que individual o en forma colectiva ejecuten actos sucesivos de violencia en las personas o en las cosas, tendientes a producir en la sociedad el terror o con el objeto de alterar el orden público utilizando artefactos explosivos o medios similares o por incendio o inundación se les aplicara de tres a ocho años de prisión.

---

<sup>345</sup> Rodríguez de las Heras Ballell, Lucas, *Protección internacional de los derechos fundamentales y medidas antiterroristas*, México, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 33-34.

<sup>346</sup> *ibídem*, pp. 35-36.

<sup>347</sup> Félix Tapia, Ricardo de la Luz, *Estrategias contra el Terrorismo Internacional*, Porrúa, México, 2005. p. 18

De lo que se desprende que el fin consistía en causar algún tipo de disturbio o bien causar en la sociedad algún tipo de terror, lo que en un principio deja de lado como motivos el propósito de expresar o ejecutar ideas políticas o sociales como en el caso de la Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho, al respecto comenta Lucas Rodríguez:

Un problema con el método inductivo, desde el punto de vista de la lucha contra el terrorismo, es su falta de atención específica al terrorismo en sí. No todos los secuestros, sabotajes, ataques a diplomáticos, o incluso toma de rehenes son Terrorismo; dichos actos pueden ser cometidos por razones personales o monetarias o simplemente por demencia.<sup>348</sup>

Esto desemboca en que el fenómeno complejo del delito no cuente con parámetros para determinar cuáles acciones pueden ser y no ser consideradas como terrorismo, no obstante que su origen se encuentra en una acción u omisión humana.

En México la determinación de incluir dicha figura fue consecuencia de una movilidad social que se originó en el año de 1968, pues hasta antes de esa fecha sólo los códigos antes mencionados manejaban los actos violentos tendientes a producir en la sociedad el terror o la alteración del orden público que para el código penal de entonces consideraba como un delito denominado disolución social incorporado a la legislación mexicana en el año de 1941 y reformado en 1951:

Artículo 145.- Se aplicará prisión de dos a seis años al extranjero o nacional mexicano que, en forma hablada o escrita, o por cualquier otro medio, realice propaganda política entre extranjeros o entre nacionales mexicanos, difundiendo ideas, programas o normas de acción de cualquier gobierno extranjero que perturben el orden público o afecten la soberanía del Estado mexicano.

Se perturba el orden público cuando los actos determinados en el párrafo anterior tiendan a producir rebelión, sedición, asonada o motín. Se afecta la soberanía

---

<sup>348</sup> Rodríguez de las Heras Ballell, Lucas, *op. cit.*, nota 345, p. 56.

nacional cuando dichos actos ponen en peligro la integridad territorial de la República, obstaculicen el funcionamiento de sus instituciones legítimas o propaguen el desacato de parte de los nacionales mexicanos a sus deberes cívicos.

Se aplicará prisión de seis a diez años al extranjero o nacional mexicano que, en cualquier forma, realice actos de cualquier naturaleza que preparen material o moralmente la invasión del territorio nacional, o la sumisión del país a cualquier gobierno extranjero.

Cuando el sentenciado en el caso de los párrafos anteriores sea un extranjero, las penas a las que antes se ha hecho referencia se aplicarán sin perjuicio de la facultad que concede al presidente de la República el artículo 33 de la Constitución.

La referencia a la movilidad estudiantil fue inminente como se desprende del diario de los debates de la cámara de diputados del congreso de los estados unidos mexicanos de fecha 23 y 24 de Julio de 1970 y en los cuales se discutiera la posibilidad de eliminar del código penal de entonces el delito de disolución social que contemplara el artículo 145 y con ello incluir el delito de terrorismo, las siguientes son extractos referentes a dichos eventos:

En el curso de 1968, diversos acontecimientos perturbaron la paz y la tranquilidad del país, principalmente en la capital; desordenes que también se dejaron sentir con mayor intensidad y en fechas próximas, en otros países [...]

Habíamos estado provincianamente orgullosos y candorosamente satisfechos de que, en un mundo de disturbios juveniles, México fuera un islote intocado. Los brotes violentos, aparentemente aislados entre sí, se iban reproduciendo, sin embargo, en distintos rumbos de la capital y en muchas entidades federativas, cada vez con mayor frecuencia. De pronto, se agravan y multiplican, en afrenta soez a una ciudad consagrada al diario laboral y que clamó en demanda de las

más elementales garantías. Mis previas advertencias y expresiones de preocupación habían caído en el vacío [...]<sup>349</sup>

Del presente discurso podemos acotar que la comparación de eventos entre otros países y México fue inminente, con ello la percepción de lo real subjetivo de las autoridades determino que los hechos debían ser tratados de manera idéntica no obstante que las circunstancias fuesen diversas:

Situemos estos hechos dentro del marco de las informaciones internacionales sobre amargas experiencias similares de gran número de países en los que, desde un principio o tras haberse intentado varios medios de solución, se tuvo que usar la fuerza y sólo ante ella cesaron o disminuyeron los disturbios. No obstante contar algunos de esos países con experimentados, verdaderos estadistas, no pudieron encontrarse fórmulas eficaces de persuasión.<sup>350</sup>

De lo que resulto la referencia inmediata no sólo a la conferencia de Ginebra de 16 de noviembre de 1937 sino también a diversas legislaturas internacionales, siendo los códigos penales referidos los de Argentina, Bélgica, Bolivia, Dinamarca, España, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Gran Bretaña, Guatemala, con ello el binomio globalización-control social se formalizan en la criminalización y eliminación del enemigo a través de las normas penales.

El delito de terrorismo, como ha sido clasificado en algunas legislaciones extranjeras, ha merecido una atención constante por los efectos dañosos que produce y sus resultados forman una gran escala. La Convención Internacional reunida con Ginebra, votó el 16 de noviembre de 1937 la recomendación para que los Estados firmantes, incluyeran en sus leyes punitivas el terrorismo como una figura delictiva autónoma.<sup>351</sup>

---

<sup>349</sup> Diario de los debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, XLVII Legislatura, número 2, de fecha 23 de Julio de 1970, <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebate/47/3er/Extra/19700723.html>, 07 de octubre de 2016, 06:22. P.M.

<sup>350</sup> *Ídem.*

<sup>351</sup> *Ídem.*

Fue entonces en 1970 cuando el delito de terrorismo hace su aparición como resultado a la confrontación de un movimiento estudiantil quedando plasmado en el artículo 139:

Artículo 139.-Se impondrá pena de prisión de dos a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación.

Se aplicara pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, al que teniendo conocimiento de las actividades de un terrorista y de su identidad, no lo haga saber a la autoridad

Precepto legal que combina elementos finalistas, políticos y los medios comisivos pero que se diluye junto con la resistencia o con la revolución al combinarle con elementos sociales y; que con ello, sucede un quiebre entre un derecho y un delito al no existir propiamente parámetros para determinar qué acciones son terroristas y que acciones no lo son, pues como comenta Giorgio Agamben cuando analiza el estado de excepción, la guerra civil es lo opuesto al estado normal, al situarse en un punto de indiscernibilidad con respecto al estado de excepción<sup>352</sup> incluso en la resistencia cuando los poderes públicos violan las libertades fundamentales o los derechos garantizados por la constitución la resistencia a la oposición es un derecho y un deber del ciudadano,<sup>353</sup> del mismo modo un movimiento revolucionario podrá proclamar la necesidad de una norma nueva que anule instituciones vigentes contrarias a las nuevas exigencias; pero se impone estar de acuerdo, en la consideración de que el orden existente debe ser derribado en virtud de estas nuevas exigencias.<sup>354</sup> La paradoja implica entonces

---

<sup>352</sup> Agamben, Giorgio, *op. cit.*, nota 232, p. 10.

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>354</sup> *Ibidem*, p. 47.

que para el orden social a partir de este instante el ser revolucionario implicaría ser terrorista.

Para referirnos al terrorismo, desde el punto de vista moderno queda claro que los medios comisivos responden luego entonces a las bases de la tecnología moderna aunado a eventos diversos, pues como se veía con antelación los acontecimientos ocurridos en Estados Unidos en el año 2001 fueron pauta para incluir una nueva reforma en el año 2007 que se gestaba un año atrás.

El 8 de septiembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad la resolución A/RES/60/288, que acoge la estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo. Esta iniciativa subraya la necesidad por parte de la comunidad internacional de fortalecer una respuesta colectiva frente al terrorismo, aprobando toda una serie de respuestas integrales, coordinadas y coherentes para combatir el fenómeno en el ámbito nacional, regional e internacional, entre ellas, las medidas para garantizar el respeto a los derechos humanos para todos y el respeto de la ley como base fundamental de la lucha contra el terrorismo.<sup>355</sup>

De esta manera la reforma que hiciera el entonces presidente Felipe Calderón Hinojosa en el año 2007 al artículo 139 del Código Penal Federal y añadiendo el delito de terrorismo internacional en el precepto 148 Bis del mencionado código, no corresponde a necesidades de seguridad nacional sino a intereses particulares principalmente monetarios, pues con ello la guerra se convierte así en el instrumento que pretende hacer un mundo más seguro para la globalización<sup>356</sup> y con ello la ideología del desarrollo coherente del peligrosismo,

---

<sup>355</sup> Costas Trascasas, Milena, "Seguridad nacional y derechos humanos en la reciente jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) en materia de terrorismo internacional: ¿Hacia un nuevo equilibrio?" en Sánchez Iglesias, Sara (Coord), *Terrorismo y legalidad internacional*, Madrid, Dykinson, S. L., 2012, p. 189.

<sup>356</sup> Pérez Cepeda, Ana Isabel, "El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal" en Faraldo Cabana, Patricia (Dir) *Derecho Penal de Excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Universidad da Coruña, Tirant lo Blanch, 2007, p. 96.

antes o después, acaba en el campo de concentración<sup>357</sup> donde quien más gana con la movilidad económica son los países que basan su economía en la guerra.

Es necesario acotar la argumentación en esta materia de terrorismo de Günther Jakobs en las siguientes líneas:

El hecho de que las leyes identifiquen como aquello que hay que combatir no a los terroristas, sino al terrorismo [...] no cambia en nada las cosas: se trata de leyes penales, y la pena, como es sabido, no se aplica al terrorismo, sino a los terroristas. Sin embargo, como muestra la denominación de las leyes en cuestión, la punición de los terroristas es tan solo una meta intermedia, no el objetivo principal de legislador; parece claro que a través del castigo de los terroristas se pretende combatir al terrorismo en su conjunto, dicho de otro modo, la pena es un medio para un fin policial, un paso en la lucha por la seguridad.<sup>358</sup>

Es propio desde la categórica idea del estado de derecho entender que la normatividad responde a las necesidades de seguridad, no obstante dicha argumentación suprimiría la existencia del abuso de poder, de los asesinados en masa, el terrorismo de Estado, pues en ese sentido, en la construcción de lo real subjetivo del poder de todo Estado y aun en los no democráticos, la preservación de su seguridad nacional y el mantenimiento de dicha forma de gobierno es una necesidad. Es de entender que no existen parámetros en los actos para determinar cuáles serían propiamente terroristas, pues como anteriormente se argumentaba el complejo fenómeno del terrorismo se confunde fácilmente con las tipologías de la guerra civil, la insurrección, la resistencia, incluso como se pudo observar con una simple manifestación en contra del poder imperante como originariamente ocurrió en el país.

---

<sup>357</sup> Zaffaroni, Raúl E., *El enemigo en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006, p.102.

<sup>358</sup> Günther, Jakobs, "¿Terroristas como personas en derecho?", en Cancio Meliá (Coord.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Argentina, Editorial s. L. Libros jurídicos, 2006, Volumen 2, p. 78.

## **B. La aplicación del derecho penal posmoderno y sus resultados en el campo jurídico y social**

Pese a no tener claros sus límites y alcances, la delincuencia organizada resulta un factor de doble filo para la sociedad, por un lado representa ese temor que cubre los diversos sectores sociales que les resulta perjudicial y, por otro, representa un mecanismo justificatorio de los abusos en la aplicación del derecho penal en perjuicio de los individuos y sus libertades.

La intención de la construcción de lo real subjetivo ha llevado consigo a la apertura de un mundo de posibilidades, la globalización como principal impulsor de las ambigüedades sistemáticas, ha generado en los individuos una inestabilidad con respecto al miedo que culmina en una exigencia de mayor seguridad (persuadimos que ello no es sólo consecuencia de un discurso que dispone sino también de aquellos discursos que no se exponen) pero en el contexto de universalidad es válido afirmar que -la aparición de los nuevos riesgos se ve, en cierto modo, compensada por la radical reducción de los peligros procedentes de fuentes naturaleza (así las consecuencias lascivas de enfermedades o catástrofes)<sup>359</sup>- ya que las nuevas tecnologías han beneficiado a la humanidad pese a que sean utilizadas en actividades ilícitas.

Sea como fuere, el caso es que, en medida creciente, la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone que el estado y, en particular, el derecho penal deben dar respuesta,<sup>360</sup> cualquiera que esta fuera los gobernados tendrían que acatar pues resulta primordial el mantenimiento del orden estatal como lo afirman las líneas discursivas:

- a) La razón del Estado que busca los métodos de gobierno que lleven a su reforzamiento, para evitar su destrucción desde adentro o desde fuera.

---

<sup>359</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, nota 305, p. 26.

<sup>360</sup> *Ibidem*, p. 30.

- b) La teoría del estado policial, que complementa lo anterior a un nivel más informal, referido al poder ejercido sobre los individuos particulares, a su interés por ellos, para mantenerlos unidos de acuerdo a la ley y el orden del pastoreo humano.<sup>361</sup>

La agudeza de las políticas actuales somete a ponderación la libertad de los individuos contra el orden y la seguridad en cuya estructura se asume la posibilidad del mantenimiento del flujo de capital, pues no es de negar que, ajeno a los índices delictivos que proporcionan las autoridades, tanto el dinero como los bienes circulan con escasa intervención estatal económica y esta circulación no debe verse obstaculizada- desde el punto de vista del sistema-<sup>362</sup> de corte neoliberal, pese a que sus beneficios no alcanzan a todo el orden social.

Es claro que del resultado de dicha ponderación, la seguridad -incluida la protección al flujo de capital quien resulta mayor mente beneficiada- resulta una prioridad aún y con la inclusión de los llamados derechos humanos en los que la libertad resulta ser de primera generación.

Con ello no es por demás extrañarse que los sociólogos como Sygmun Bauman, determinen que es necesario recuperar las capacidades de la política perdidas con la postmodernidad y el neoliberalismo a fin de recomponer el nexo entre individuo y sociedad y así poder dar a la libertad y a la seguridad el lugar que les corresponde<sup>363</sup> hecho que por demás consideramos cuestionable en virtud de la propia naturaleza del avance, al traer efectos irreversibles, conllevaría a un retroceso simbólico del estado de bien estar. El ser humano ha descubierto el genoma humano y sería imposible que deje de ocuparlo en su beneficio.

Antes bien, la sociedad como elemento constitutivo del estado, debe cuestionarse hasta qué punto debe exponer su libertad, pues finalmente a partir de

---

<sup>361</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 116, p. 112.

<sup>362</sup> Böhm, María Laura, "Políticas de seguridad y neoliberalismo", en Fernández Steinko, Armando, *op. cit.*, nota 300, p. 310.

<sup>363</sup> *Vid. Ídem*, p. 313.

que las formas de organización existieron, la lucha por el poder es y ha sido permanente.

Es claro que, la seguridad no puede pensarse en forma aislada, sino como mecanismo complementario de otra promesa que también funciona como racionalidad política, al menos desde la modernidad: la libertad,<sup>364</sup>cuya existencia nunca ha estado sometido al actuar de otro sino al bienestar del otro, de ello la justificación de la innecesaria creación de un derecho penal máximo no sólo en México sino en cualquier parte del mundo.

Con dicho argumento se desvanecen los discursos actuales respecto de la violencia y su necesidad de contención, que más que beneficiar, limita y perjudica los derechos humanos de los individuos, lo que hace cuestionable la aplicación del derecho penal como mecanismo de contención.

---

<sup>364</sup> *Ídem*, p. 316.

## CONCLUSIONES.

UNO.- La compleja lucha contra la delincuencia organizada se presenta en el orden social a nivel mundial, pero no obstante que las complejas relaciones humanas asimilan el fenómeno de la delincuencia a los mismos niveles, es claro que su combate responde a necesidades abstractas de cada país, por lo que la aplicación de una normatividad penal universal o generalizada desnaturaliza las necesidades básicas de cada país.

DOS.- El fenómeno de la delincuencia responde a diversos factores, mismos que con la globalización se adaptan a los diversos factores exógenos que permiten su reproducción y mantenimiento, por lo que su erradicación se vuelve una construcción utópica de imposible realización.

TRES.- La normatividad penal posmoderna se radicaliza en la medida que las necesidades económicas lo determinan, por ello, el derecho penal no representa en la actualidad un medio de solución de conflictos sino un mecanismo de protección al sistema económico neoliberal y de limitaciones a las libertades de los individuos mismos quienes legitiman en su perjuicio al derecho mismo.

CUATRO.- La posmodernidad de facto distorsiona no sólo la esencia de la normatividad jurídica sino al Estado mismo en sus elementos constitutivos, radicalizando las diferencias sociales y permitiendo el mantenimiento de las estructuras verticales de poder-dominación en el que los mayores beneficiarios son los dueños de los medios de producción y en una línea paralela a ellos los dueños de la violencia ilegítima.

CINCO.- Las líneas o parámetros que sigue el derecho Penal en México responden a una necesidad de acoplamiento estructural con el orden social mundial y no así en consonancia con las necesidades de la sociedad mexicana que cuenta con un conflicto agravado en materia de seguridad, pues utiliza la

teoría del riesgo asimilando eventos ocurridos en otros lugar y previéndoles en el territorio nacional.

SEIS.- Las políticas impuestas responden a un estado de necesidad emergente atribuido por la subjetividad de los sectores de poder, sancionando conductas a futuro mediante la irracionalidad del derecho.

SIETE.- En una amplia apertura a la realidad social, el combate a la delincuencia representa un beneficio económico para los países productores de armamento que inclusive se atribuyen, a través de la institución de la cooperación internacional, los beneficios económicos procedentes de la ilicitud mediante el figuras jurídicas creadas para tales efectos como el decomiso o la extinción de dominio, permiten un ánimo acaparador de todo lo que la line de lo ilegal genera, vulnerando la soberanía de las naciones.

OCHO.- Los factores de la corrupción e impunidad permiten el mantenimiento de los altos índices de delincuencia. La falta de capacidad de las autoridades para investigar y perseguir los delitos es un elemento constitutivo de la misma delincuencia, hecho que imposibilita la protección real de las víctimas y la reparación del daño. Por ello en tanto no exista ética en las instituciones y capacidad del personal, el derecho no podrá ser un mecanismo de solución de conflictos,

NUEVE.- En un mundo de lenguaje e información la verdadera persecución de la delincuencia como unidad económica de producción se basa en números digitales que no trascienden al mundo de lo factico sino hasta que se representan en títulos, numerarios o bienes, por lo que es la irracionalidad por el dinero lo que permite la verdadera criminalización de los individuos.

## PROPUESTA.

La libertad y la seguridad pese a no tener la misma jerarquía en el ámbito de los llamados derechos humanos no se encuentran en un plano diferenciado y es por ello que no necesariamente son incompatibles, antes bien hay que recordar que entre ellos existe un principio de interdependencia, progresividad, universalidad e indivisibilidad que los liga en beneficio de las personas.

La ambivalencia de la globalización que se acentúa en el derecho permite argumentar en pro de los derechos humanos ya reconocidos, es decir que, con ello el derecho se debe utilizar como mecanismo de defensa en contra de los abusos de poder y del propio sistema económico imperante. Cada individuo debe constituirse en un sistema argumentativo, generar *autopoieticamente* a través del discurso transformador una oportunidad para sí mismo y cambiar el orden social, generando una movilidad social no basada en la violencia sino en la argumentación. En tal sentido, advertimos que se trata de dotar a la generalidad de una herramienta en pro de su beneficio, pese a la inalcanzable igualdad que se pretende ideológicamente por algunos, así el enramado social debe ser quien siente las bases de la racionalidad de nueva cuenta en el derecho a través del argumento.

Así mismo, para ello sería necesario atender al empleo de la sociología jurídica como mecanismo transdisciplinario en la creación de las leyes, en razón de que al permitir el estudio de la relación del derecho y la experiencia jurídica del ser humano determinara los factores para la creación de leyes protectoras y liberatorias de los individuos, pues con ello se ampliaría más la protección de quien en su momento no pudiese emitir un argumento en su favor, al estar incluido dentro del estudio de la generalidad que permite dicho mecanismo. En tal sentido dicha sociología deberá: a) negar la conciencia de la realidad subjetiva construida por el poder, b) conocer y evaluar a la sociedad desde una perspectiva integradora de sus elementos, pero que sobre todo, que c) tienda al interés emancipatorio del ser humano de toda violencia institucionalizada.

De esta manera el propio argumento y la aplicación de la sociología jurídica se transforman en herramientas que permiten el empoderamiento del sector social, aunado a que con ello se permita crear normatividades más ajustadas a las necesidades sociales y no a la perspectiva superficial de quien crea las normas, el argumento es pues el mecanismo transformador del orden social.

## BIBLIOGRAFÍA.

**Bibliografía capítulo I**

BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, trad. Mirta Rosenberg, et al., México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

DARWIN CHARLES, *El origen de las especies*, trad. Aníbal Froufe, Madrid, Sarpe, 1984, Colección Los grandes pensadores.

DÍAZ DE LEÓN, Laura Páez, et al, (Coord.) *Analítica del poder y control social: una mirada desde Michael Foucault*, México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, 2008.

FOUCAULT, Michael, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 1998.

\_\_\_\_\_, *El orden del discurso*, 4ª edición, España, Fabula Tusquets, 2008.

\_\_\_\_\_, *Microfísica del poder*, 2ª edición, trad. Julia Valera, et al., Madrid, Edissa, 1979.

GIANCARLO, Corsi, et al., *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, México, Universidad Iberoamericana, 1996.

GÜNTHER, Jakobs y Manuel Cancio, Melina, *Derecho Penal del enemigo*, Hammurabi, Argentina, 2005.

KLAIN, Naomi, *La doctrina del Shock: el auge del capitalismo del desastre*, Madrid, Bolsillo Paidós, 2010.

LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo*, 3ª edición, trad. Silvia Pappé, et al., México, Universidad Iberoamericana, 2006.

\_\_\_\_\_, *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones de Torres Nafarrate*, Javier, México, Universidad Iberoamericana, 2009, Colección Teoría Social.

MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Isabel Claudia, *El derecho penal del enemigo*, Porrúa, México, 2013.

PARSONS, Talcott, *El sistema social*, alianza editores, trad. Jiménez Blanco, José y José Cazorla Pérez, Madrid, 1999.

POLAINO-ORTS, Rafael, *et al, Derecho penal funcionalista*, México, Flores editor y distribuidor, 2009.

SÁNCHEZ SANDOVAL, Salomón Augusto *Sistemas Ideológicos y Control Social*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza editores, Madrid, 1999.

WALLERSTEIN, Immanuel, *Análisis de sistema-mundo una introducción*, siglo XXI editores, 2ª edición, México, 2006.

### **Fuentes electrónicas capítulo I**

D. AGRAMONTE Roberto, *Talcott Parsons y la sociología funcionalista*, Universidad de Puerto Rico. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1055/4.pdf>

DURAND PONTE, Víctor Manuel, *Estado de excepción permanente*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Sociales, mayo-2012, [http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos\\_final/491trabajo.pdf](http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos_final/491trabajo.pdf)

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los estados de excepción y la defensa de la constitución*, Boletín de Derecho comparado, número 111. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/111/art/art2.htm>

GRACIA MARTÍN, Luis, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.

HERRERA, Carlos Miguel, *La polémica de Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/16/teo/teo8.pdf>

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/225/dtr/dtr6.pdf>

SILVERO SALGUEIRO, Jorge, *funcionalismo constitucional: ¿El enfoque de investigación en ascenso?* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2734/14.pdf>

GRACIA MARTÍN, Luis, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.

HERRERA, Carlos Miguel, *La polémica de Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/16/teo/teo8.pdf>

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/225/dtr/dtr6.pdf>

SILVERO SALGUEIRO, Jorge, *funcionalismo constitucional: ¿El enfoque de investigación en ascenso?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2734/14.pdf>

## **Bibliografía capítulo II**

BENTHAM, Jeremy, *Escritos Económicos*, trad. de Francisco J. Pimentel, México, Fondo de Cultura Económica, 1965.

BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3ª ed., trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

CROSSMAN, R.H.S, *Biografía del Estado Moderno*, 3a ed., trad. de J.A Fernández de Castro, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, Colección popular 63.

- DÁVALOS, Pablo, *La democracia disciplinaria. El proyecto posneoliberal para América Latina*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2011, Colección Congreso de los Pueblos.
- FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Basave, *Teoría del Estado. Fundamentos de filosofía política*, México, Trillas, 2007.
- FOUCAULT, Michael, *El poder, una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida*. Trad. de Horacio Pons, México, Siglo XXI editores, 2013.
- GARCÍA GARCÍA, Guadalupe Leticia, *Historia de la Pena y sistema penitenciario mexicano*, México, Porrúa, 2010.
- \_\_\_\_\_, *Ideología, delito y pena*, México, MAPorrúa, 2014.
- GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, *et al, Control social en México*, México, UNAM, FES Acatlán, 1998.
- \_\_\_\_\_, *Criminología*, 4ª edición, México, Porrúa, 2015.
- GRUNDY, Kenneth, *et al, Las ideologías de la violencia*, traducción de Stanley y Rosario Burda, España, Editorial Tecnos, 1974, Colección de Ciencias Sociales.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán I*, trad. de Juan Carlos García Borrón, Madrid, Sarpe, 1984, Los grandes pensadores, Número 24.
- IBARRA, Escobedo, Rubén, *Construcción del Estado Neoliberal y decadencia de oportunidades en México*, México, Lito-Grapo S.A de C.V, 2013.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 2ª ed., México, Gernika, 1996.
- LUHMANN, Niklas, *¿Cómo es posible el orden social?*, Trad. de Pedro Morandé Hatzacorsian, México, Herder, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Trad. de López Petit y Dorothee Schmitz, España, 1997.
- MELOSSI, Darío, *El Estado de control social*, trad. de Martin Mur Ubasart, México, Siglo Veintiuno Editores, 1992.

MULLER UHLENBROCK, Klaus Theodor, *et al*, *La política, el Derecho y el orden social de la violencia*, México, UNAM, FES Acatlán, 2014.

MUÑOZ GARCÍA, Humberto, *Las transiciones a la democracia*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1993.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, trad. de Enrique Azcoaga, España, Sarpe, 1983, Los grandes pensadores, Número 2.

SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, UNAM, FES Acatlán, México, 2012.

\_\_\_\_\_, *Seguridad Nacional y Derechos Humanos*, México, UNAM, FES Acatlán, 2013.

SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de la nación*, Trad. de Gabriel Franco, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

WEBER, Max, *Economía y sociedad esbozo de sociología comprensiva*, edición de Johannes Winckelmann, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

## **Diccionarios**

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª ed., México, Porrúa, 1999.

## **Jurisprudencia**

Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, Libro 5, abril de 2014, p. 202.

Tesis: 1a. CCXV/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima época, Tomo 1 Libro XXII, Julio de 2013, p. 557.

## Revistas

FERRAJOLI, Luigi, "Criminalidad y Globalización", *Intercriminis Revista de ciencias penales*, México, Tercera época, 2005

GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, "Teoría de sistemas y la seguridad pública", *Intercriminis*, número 1, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1998.

## Fuentes electrónicas

CARPIZO, Jorge, "Derechos Humanos: Naturaleza, denominación y características", Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, diciembre 2011, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/25/ard/ard1.pdf>

GALEANA, Patricia, *et al*, "El camino de la democracia en México", México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 1998, p. 18 y sig. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1015.pdf>

ONU, Consejo de Seguridad, <http://www.un.org/es/sc/about/>

Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, Poder Ejecutivo Federal, [www.ordenjuridico.gob.mx>PND1989-1994](http://www.ordenjuridico.gob.mx/PND1989-1994)

SALDAÑA ZORRILLA, Sergio O., "10 consecuencias de la reforma energética", Forbes México, México, 22 de dic.2014, [www.forbes.com.mx/10-consecuencias-economicas-de-la-reforma-energetica/](http://www.forbes.com.mx/10-consecuencias-economicas-de-la-reforma-energetica/)

UNAM, "Museo de las constituciones", Constitución de 1824, <http://www.museodelasconstituciones.unam.mx/Exposiciones/page14/page3/page3.html>

### Bibliografía capítulo III

- A. Giddens, *et al*, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Tercera edición, trad. de Celso Sánchez Capdequí, España, Anthropos editorial, 2011.
- AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Excepción Homo sacer II, 1*, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, España, Imprenta Kadmos, 2010.
- CANCIO, Meliá (Coord.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Argentina, Editorial s. L. Libros jurídicos, 2006.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, cuadragésimaséptima edición, México, Porrúa, 2006.
- GARCÍA GARCÍA, Leticia Guadalupe (Coord.) *Los Derechos humanos como eje rector en la política criminal contra la delincuencia organizada*, México, CONACYT, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2013.
- GRACIA MARTÍN, Luis, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, México, Editorial Ubijus, 2011.
- INACIPE, *Desafíos de la implementación de la reforma penal en México*, México, CIDAC, INACIPE, 2010.
- JONAH GOLDHAGEN, Daniel, *Peor que la guerra, genocidio, eliminacionismo y la continua agresión contra la humanidad*, trad. de Alejandro Pradera, México, Taurus, 2011.
- MUÑOS CONDE, Francisco, *Los orígenes del derecho penal del enemigo*, México, editorial Ubijus, 2010.
- Poder Judicial de la Federación, *Decisiones relevantes en materia penal novena época*, México, INACIPE, 2005.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Control social económico-penal en México*, México, UNAM, 2008.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza Editores, Madrid. 1999.

W. Grundy, Kenneth, *et al*, *Las ideologías de la violencia*, traducción de Stanley y Rosario Burda, España, Editorial Tecnos, 1974, Colección de Ciencias Sociales.

### **Jurisprudencia.**

Tesis 2ªXLIX/2001, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, t. XIII, mayo 2001, p. 446. CD-ROM IUS: 189, 737.

Tesis 1ª/J. 19/99, Semanario Judicial de la Federación, t. IX, mayo 1999, p. 66. CD-ROM IUS: 194, 067.

Tesis 1ª/J. 7/2001, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, t. XIII, marzo 2001, p. 30. CD-ROM IUS: 190, 205.

Jurisprudencia: XXVII.3o.4 CS (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, p. 2839.

Jurisprudencia: XXVII.3o. J/24 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo III, p. 2254.

Jurisprudencia: XXVII.3o. J/25 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo III, p. 2256.

Tesis III.2o.C.J./15, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVII, abril de 2003, p. 1020.

### **Fuentes Electrónicas Capítulo III.**

H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, Leyes Federales vigentes,  
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

Cámara de Diputados, Reforma Constitucional por artículo,  
[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_art.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm).

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Versión original de 1917,  
<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>.

Diario Oficial de la Federación, Programa Nacional de Seguridad 2014-2018,  
[http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5343081&fecha=30/04/2014](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343081&fecha=30/04/2014).

Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2016,  
[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF\\_2016.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2016.pdf).

Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2015,  
[http://www.diputados.gob.mx/PEF2015/exposicion/decreto\\_presupuesto.pdf](http://www.diputados.gob.mx/PEF2015/exposicion/decreto_presupuesto.pdf).

El Universal, Nación, “México cuadruplica compra de armamento”,  
<http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2016/02/23/mexico-cuadruplica-compra-de-armamento>.

SIPRI, Armaments, Disarmament and International Security. Resumen en español,  
<http://www.sipri.org/yearbook/2015/downloadable-files/sipri-yearbook-2015-summary-in-spanish>.

INEGI, “Encuesta nacional de victimización y percepción sobre seguridad pública 2015”,  
[http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2015/especiales/especiales2015\\_09\\_7.pdf](http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2015/especiales/especiales2015_09_7.pdf).

Secretaría de Gobernación, Incidencia Delictiva Nacional,  
<http://secretariadoejecutivo.gob.mx/incidencia-delictiva/incidencia-delictiva-actual.php>.

El Economista, “México, el segundo país más violento en toda América”  
<http://eleconomista.com.mx/sociedad/2015/06/17/mexico-segundo-pais-mas-violento-toda-america>.

#### **Bibliografía capítulo IV**

CANCIO MELIÁ, Manuel (Coord.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Argentina, Editorial s. L. Libros jurídicos, 2006, Volumen 2.

\_\_\_\_\_, *et al*, *Delitos de organización*, Argentina, IB de F, 2008.

- FARALDO CABANA, Patricia (Dir) *Derecho Penal de Excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Universidad da Coruña, Tirant lo Blanch, 2007.
- FÉLIX TAPIA, Ricardo de la Luz, *Estrategias contra el Terrorismo Internacional*, Porrúa, México, 2005.
- GARCÍA MARTÍN, Luis, “El Derecho Penal Ante la Globalización” en Serrano-Piedecabras, José Ramón (Coomp.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Madrid, Colex, 2010.
- GASCÓN INCHAUSTI, Frenando, *El decomiso transfronterizo de bienes*, Madrid, Colex, 2007.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José (Dir.), *La Criminalidad organizada*, España, tirant, 2013.
- HERNÁNDEZ RIVERA, Omar Antonio, Tesis de Licenciatura, *Análisis de la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal*, Facultad de Estudios Superiores Aragón, UNAM, 2014.
- INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, *Extinción de dominio*, México, Porrúa, 2009.
- LÓPEZ MUÑOZ, Julián, *Criminalidad organizada “Aspectos jurídicos y criminológicos”*, Madrid, Dykinson, 2015.
- MARTÍNEZ BASTIDA, Eduardo, *Comentarios a la ley de extinción de dominio para el distrito Federal*, 4ª edición, México, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., 2014.
- MORENO, Fernando, “Peligrosidad y daño directo del crimen organizado”, en Fernández Steinko, Armando, *Delincuencia, finanzas y globalización*, España, CIS, 2013.
- RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Lucas, *Protección internacional de los derechos fundamentales y medidas antiterroristas*, México, Tirant lo Blanch, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal “aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Argentina, IB de F Montevideo-Argentina, 2006.
- ZAFFARONI, Raúl E., *El enemigo en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006.

#### **Fuentes electrónicas. Capítulo IV.**

DE LA TORRE IBÁÑEZ, Luis, ¿Hasta qué punto converge el terrorismo global y la criminalidad organizada? Parámetros generales y escenarios críticos, Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad de la Universidad Autónoma de Madrid, 2013, <http://revista.ieee.es/index.php/ieee/article/view/41>.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, La ley federal contra la delincuencia organizada, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional autónoma de México, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2125/8.pdf>

RUIZ CABALLERO, Mario David, Extinción de dominio, herramienta del derecho civil ante la ineficacia del derecho penal, Universidad Autónoma Metropolitana, <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/70/77-04.pdf>.

Diario de los debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, XLVII Legislatura, número 2, de fecha 23 de Julio de 1970, <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebate/47/3er/Extra/19700723.html>.

MÉNDEZ, Alfredo, “La extinción de dominio, proceso para el que la PGR no está preparado” Sus funcionarios optan por la figura de abandono, La Jornada, 22 de julio de 2015, <http://www.jornada.unam.mx/2015/07/22/politica/013n2pol>

#### **Diarios.**

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Escuchas telefónicas y estado de necesidad”, El Mundo, 4 de mayo de 1998, España, Diario.

#### **Fuentes Jurisprudenciales.**

Tesis: 1ª./16/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. I, Libro 17, abril 2015.

Tesis: 1ª./21/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. I, Libro 17, abril 2015.