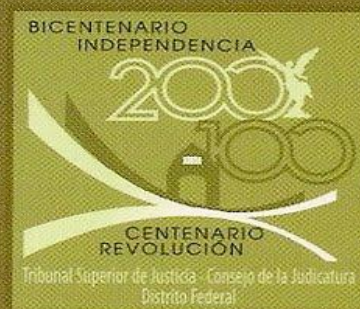


DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

EDUARDO MARTÍNEZ BASTIDA



J
a



PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

El colega Eduardo Martínez-Bastida me hace el honor de pedirme la redacción de un prólogo para este libro. Son muchas las reflexiones que surgen al hilo de su lectura. Aquí sólo destacaré tres elementos que creo especialmente significativos.

En primer lugar, es imposible dejar de lado el triste elemento biográfico que une de modo tan intenso al autor, al objeto de estas páginas y a la elaboración del manuscrito: después de entablar correspondencia con el Mtro. Martínez-Bastida y acordar que me remitiría el manuscrito que ahora es este libro, un día me llegó un correo electrónico en el que el autor me anunciaba que acababa de ser asesinado, en su despacho profesional, su padre, mientras él trabajaba, en el mismo lugar, precisamente en el presente texto. Conociendo personalmente al Profesor Martínez-Bastida, estas circunstancias de la génesis del trabajo dicen mucho de él: de la firmeza de la perspectiva objetiva y desapasionada, propia del verdadero teórico, de quien es capaz de terminar un texto como éste después de lo que pasó. También con tristeza cabe constatar que el suceso dice mucho, por otro lado, de la situación de crimen y castigo en México: de cómo la generalizada escalada de la intensísima violencia vinculada al narco acaba por contaminar el conjunto de la sociedad, hasta el punto de que haya balaceras en los despachos de los abogados matrimonialistas, y de cómo la perspectiva de emergencia se generaliza y las leyes especiales, o incluso la reforma de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución política, acompañan a las tropas del ejército federal que ahora patrullan el territorio de varios Estados de la Unión. ¿Sustituirá el verde de los uniformes al rojo de la sangre, como - en una muestra de lo recio del humor mexicano - esperaba el caricaturista de un periódico chihuahuense hace unas semanas? Martínez-Bastida no elude la consideración de esta cuestión espinosa, presentando también su particular manera de ver la génesis histórica del pensamiento de la enemistad penal en México.

Sin embargo, en segundo lugar, éste no es (sólo) un libro sobre el Derecho o el sistema penal mexicano. Por el contrario - y esta circunstancia explica la existencia de estas líneas - la perspectiva de análisis básica adoptada por el autor (el punto de partida en el concepto de "Derecho penal" del Enemigo) responde a una convergencia teórica internacional en torno a las transformaciones que sufren los sistemas penales de Occidente en los últimos tiempos. Se trata de una verdadera globalización de los discursos penales (teóricos y políticos) y de las realidades legislativas que ha encontrado uno de sus puntos de convergencia en el topos del Derecho Penal del Enemigo, recobrando un concepto acuñado por Günther Jakobs hace ya más de veinte años. Martínez Bastida coloca su trabajo en este contexto de globalización del análisis teórico - más allá incluso de las tradicionalmente estrechas relaciones entre América Latina y la Europa continental en materia de

ciencias penales - dando el paso decisivo para obtener rendimientos concretos del análisis teórico: incardinando su perspectiva teórica en el estudio de una realidad concreta, la mexicana; pasando, por tanto, a un análisis globalizado.

En tercer lugar, finalmente, el presente trabajo muestra que el concepto de "Derecho penal" del Enemigo (y su crítica, claro está) no sólo ha ejercido una función de catalizador de los debates teóricos de temática jurídico-penal en diversos países occidentales, sino que también ha revitalizado la conexión del debate en las ciencias penales con el conjunto de las ciencias sociales. También en este libro se constata esta apertura: se acude a la teoría política y social como foco con el que iluminar la realidad del pensamiento hostil en el sistema penal.

En síntesis, a pesar de que la emergencia de la discusión internacional del tópico del "Derecho Penal" del Enemigo es muestra de una verdadera crisis estructural del modelo penal de Occidente, también indica la incipiente articulación de un debate teórico internacional. Parece claro que América Latina, y México en particular, forman parte de los escenarios decisivos en los que se decidirá el futuro del Derecho Penal en el modelo del Estado social y democrático de Derecho. Todo análisis es poco, y cabe esperar que la publicación de este libro contribuya a intensificar el debate.

Madrid-Cantoblanco, verano de 2008

Manuel Cancio Meliá

Universidad Autónoma de Madrid

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

¿Alguna vez han soñado con encontrar a alguien integralmente sabio, astuto, hábil qué de puntual respuesta a sus inquietudes, a sus más complejas formas. Hallar a alguien que les haga confiar sin mas, que les brinde cobijo seguro y razonado, ese que les hable de las fuerzas vitales, naturales y divinas con absoluto respeto; el que les aporte una explicación lógica, o una experiencia humana que les haga sentir identidad con su patria, con su carrera, con su vida, con su familia? ¡Yo sí! Y cuando conocí a Lalo supe que mi búsqueda interna relajada podía ser, que mi saciedad externa podría aturdecer con cada convincente vibratura por el emitida.

Por eso afirmo qué descubrir a Eduardo Martínez Bastida va más allá de leerlo, de escucharlo, requieren de sentirlo; en cada frase, en cada risa, en cada paso y faceta. Su nobleza, su picardía y autenticidad no extrañan, sino envician a seguirle, a exigirle más.

Solo los amigos -le dije- se miran en el interior, conocen rincones apenas imaginados por los otros, esos que se señalan con ligereza en juicios calificativos de algo que en espejismos creyeron conocer. Por eso aprecio que Eduardo me permita exponerles unas líneas, libres, si, de esas que les cuentan su yo, el humano entusiasta, el que se sobrepone a cualquier energía negativa con lo mejor que puede sacar alguien de fe inquebrantable como él. Correr un maratón, servirse de la pluma o de los medios electrónicos y comunicar al que le lee sus puntos de atención, o consternación, son un par de ejemplos. Sus mensajes claros, motivadores son dignos de su marcha cotidiana. Resulta una delicia académica oírle en replicas durante los exámenes de grado en el posgrado de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México donde por largas horas los sustentantes con ojos desorbitados, timbres nerviosos empiezan a efectuar un primer acercamiento con el Profesor que les vio crecer en aulas, que vieron caminar por un pasillo, ese ser que vive de la leyenda, o que por primera vez les deja asomarse, en un poco, a sus acuciosos planteamientos y complejo vocabulario. Ese que le caracteriza como el abogado formado en rigor científico, empero de temperamento y espíritu cálido, noble que permite abreviar de sus experiencias que comparte.

¿Sera un litigante temido? No lo creo. Es el que respeto infunde, porque relaciona doctrina, filosofía, arte heurístico, con su practica ya calada, de presencia que impone y sin mas alude al que se presenta a las notificaciones, como a las audiencias conociendo a profundidad lo que su cliente pretende, lo que la autoridad ofrece; resistiendo y buscando alcanzar su mejor postura. Escucha, pero no acata si lo que debe es rechazar y luchar. Demuestra que los precios de caminar por la Academia, Litigio, por la vida en suma tienen la mas alta cifra: la de ser honrados, la de entregarse y comprometerse consigo mismos, con la gente a la que se representa: la familia, los amigos. Y vencer al disidente no con historias de haber ganado un día, sino cada día. Ese es Lalo.

Un día su buena fama y prestigio sembró y en cosecha diaria el Maestro Martínez-Bastida es enfrentado por los Fiscales encargados de la materia de Extinción de Dominio, que en equipo acuden a las audiencias en que la intervención de Eduardo ha sido anunciada, con fines de ganarle una partida a esas estrategias que en zancadas rebasan las débiles y no congruentes posiciones formuladas en Teoría del Caso a los Clientes de este Abogado. Un ejemplo ocurrido fue cuando 8 Ministerios Públicos se reunieron para enfrentarlo, al tenor de las posiciones: ¿que diga si es cierto como lo es que Ud. "Y" omitió verificar el uso que la Empresa denominada "X" daba al inmueble ubicado en "Z" lugar?; ¿diga si es cierto como lo es que Ud. "Y" a partir de que celebró contrato de arrendamiento con la Empresa denominada "X" respecto del inmueble "Z" se abstuvo de acudir al mismo? Dejando de lado que por prescripción del numeral 325 del CPCDF, por aplicación supletoria a la Ley de Extinción de Dominio: "se tendrá por confeso al articulante respecto a los hechos propios que afirmare en sus posiciones", e incongruentemente empleando una Teoría del Caso no favorecedora a estos términos afirmaron en la forma de plantear las posiciones que "Y" (cliente del Autor de la presente Obra) omitió verificar el uso que la empresa "X" daba al inmueble "Z" y que se abstuvo de acudir a partir de la celebración del Contrato de arrendamiento con la Empresa X, al inmueble materia del juicio. De lo que ellos debieron advertir que esto conlleva que "Y" carece del conocimiento del uso que se da al inmueble "Z" para la comisión de delito alguno. Desvirtuando un elemento típico, en añadidura de no tener medio de prueba con el cual cumplir con la carga de la prueba Ministerial; y en cadena lógica la imposibilidad no sólo jurídica sino fáctica de no realizar algo para impedirlo, o en su caso, avisar a la autoridad respectiva.

Durante su participación en la elaboración de la Iniciativa del Proyecto de Decreto por el cual se expide la Ley General para la Protección de los Derechos Humanos, en la Ejecución de Sanciones y Medidas Penales, al Mtro. Martínez-Bastida le estaba siendo conferida por el Dr. Miguel Sarre la tarea de justificar los motivos del Régimen Disciplinario, olvidando el encomendador mirar la formación que caracteriza a Eduardo, pues éste lleno de candados garantistas por sus tendencias político-criminológicas no podría haber cumplido con tal postura, sin traicionar su verdadero yo. De modo que con espontánea frase Lalo dijo: "porqué yo" tratando de desvincularse de lo que no convenía a su perfil. Primer momento, empero, mal interpretado como pereza del sustentante, cuando lo que saltaba era la defensa a sus ideales, sin importar el Foro. Esto no parara ahí. Evocar a Martínez-Bastida en el Senado irónicamente será bajo la célebre etiqueta del "¿por qué yo?" como ya han venido remembrándole los entonces asesores de Carlos Navarrete y José Luis García Zalvidea.

Ahora si, dejándome de anécdotas los dejo disfrutar de su mano, de un tema por demás polémico, tanto por los esquemas mal conceptualizados en torno a su origen, alcance, como por su perverso uso del tirano que quiere justificarse en este.

Pongan atención en que el Estado construye filosofías, políticas, arte para auto engañarnos cuando sacrificamos algún bien jurídico, en observancia de alguna figura permisiva, y nos exonera de la carga pe-

nal, pero nada podrá hacer por el que una conciencia lleva. Así, el tema se asume con variantes por momentos y circunstancias, bajo ópticas de deslegitimar el uso o hasta de justificar el abuso del Derecho Penal del Enemigo (DPE). Lo que, en todo caso, conlleva una contradicción in situ al respeto de los Derechos Fundamentales.

El DPE derrumba el garantismo, por ello es punto de debate político-criminal del Estado como sistema. Este interviene aun cuando no se han vulnerado ni puesto en peligro los bienes jurídicos en evidente grado de ejecución punible, cuando solo se habla de riesgos, cuya ocurrencia en una vida moderna puede ser varia, son de esos que incluso en funcionalismo racional se conocen como permitidos y protegidos por la frase costos-beneficios.

Su cuestionada eficiencia aplicativa, su discordia con el axiologismo jurídico, por los fines y funciones del Derecho penal, provoca la toma de postura entre el prevailecimiento de la Libertad o de la seguridad jurídica, cuando en el caso concreto el ideal social seria copulativo y no alternativo. De ahí que el control que merecemos, puede distar del que necesitamos, lo justo puede no ser moldeable siempre a las pretensiones estatales.

Riesgos, peligros son suficientes en esta tendencia para excluir a un individuo del sistema, o tan solo para inocuizarlo. Empero la historia es irrepitable, irreproductible, sus resultados son de un instante y no del siempre, lo que hoy funciona o se palomea, no goza de la misma simpatía, sino cuando en lo mas intimo alcanza.

Ni siquiera ha sido infiel el sujeto, pero ya esta excluido con etiqueta de 'enemigo'. A veces se le señala como detractor, pero la evidencia determina otra arista. Nuestras platicas se ocupan hoy de los casos sobre la extinción de dominio, vistos lejanos, pero a la vez en temas mas cercanos. Me refiero a que por presunciones y en excesos intervencionistas el Estado requisita de nuestra actividad para evitar conductas delictivas, y no como en antaño, tan solo permanecer fuera de ellas, en una actitud omisiva.

Fenómenos caseros, han alcanzado cúspides internacionales y transnacionales. La disminución de las garantías penales sustantivas como lo prescrito en el tema del exceso en la defensa legítima o la creación de dispositivos legales anti lavado, o de enriquecimiento ilícito son preocupantes. En materia procesal podemos citar el sacrificio del principio de presunción de inocencia, los embargos precautorios, la imposición de medidas cautelares, concretamente de la prisión preventiva, la reserva o secreto de actuaciones restrictoria del derecho de defensa pero con viso legal, el desconocimiento del acusador hasta ciertas etapas, la asignación de valor jurídico de la prueba, los testigos protegidos, la procedencia de la denuncia anónima son eferescencias que no aguardan al silencio de nuestra soledad, nos asaltan como los relativos a la etapa de ejecución por el impedimento de compurgar la sanción en el lugar mas cercano al de su residencia, o la imposible resocialización.

Se ha llegado al absurdo de mofarse parafraseando y cambiando el sentido de esta corriente político criminal el Derecho Penal del Enemigo, para referirse en extensión al Derecho Penal del Amigo, al enemigo del

Derecho penal, o al amigo del Derecho penal. En su prístino surgimiento, no se olvide, sin embargo que se quiso delimitar con terminología crítica su merecida connotación.

EMB en cuatro capítulos expone dialécticamente los puntos aquí narrados. Que esta edición llegue al que quiere conocer, al que quiere un cambio, al que este dispuesto a combatir junto con él por el México que éste enamorado anhela.

Dra. Verónica Román Quiroz
México, Distrito Federal, Abril de 2013

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: UNA INVITACIÓN A SU LECTURA

He recibido con gran satisfacción, la invitación del maestro Eduardo Martínez-Bastida para escribir estas líneas sobre su obra "Derecho Penal del Enemigo". Parece ser que hablar en la actualidad de "enemigo", de un estatuto normativo para "tratar" con aquellos que se considera que no se ajustan a las expectativas generadas y esperadas, es un término aceptable, sin embargo, esto encierra una visión político criminal de exclusión que puede ser muy peligrosa.

Gustav Radbruch señalaría en cierta ocasión que: "Nada es tan decisivo para el estilo de una época jurídica, como la concepción del ser humano a la que ésta se orienta".¹ Considero que esa sentencia es perfectamente aplicable a los tiempos que estamos viviendo.

Nuestro país se encuentra inmerso en una de las transformaciones más profundas de su sistema de justicia penal, que junto con las reformas del Estado, Energética, Fiscal y Laboral, entre otras, son denominadas como "estructurales", debido a su importancia para la viabilidad de nuestro país en los próximos años.

En cierta ocasión señalaría Francisco Muñoz Conde: ¡Política Criminal... sí,... pero cuál! Consideramos que esa es la misma pregunta o dilema que podemos formularnos en la actualidad, ya que ciertamente estamos viviendo una situación inédita de inseguridad, por el grado de violencia y las consecuencias en pérdidas humanas y materiales que ésta está generando.

Al inicio de la administración del Presidente Felipe Calderón Hinojosa, éste manifestó su disposición de enfrentar a la delincuencia organizada con el apoyo de las Fuerzas Armadas,² lo cual ha implicado la utilización en el discurso político de conceptos como "guerra", "enemigo", "batalla", etc.

Desde que Günther Jakobs dio a conocer sus postulados sobre el normativismo penal y describió la creación que se había dado en el sistema normativo de dos estatutos; uno dirigido a los ciudadanos, es decir, aquellos que cumplen con las expectativas establecidas por las normas y el otro dirigido a los *hostis* -como denomina Eduardo Martínez

¹ *El hombre en el Derecho (Der Mensch im Recht)*, 2ª edición, Göttingen, 1961, p. 9. Citado por Albin Eser, en "Una justicia penal 'a la medida del ser humano' en la época de la globalización", en *Tendencias del Derecho Penal y la Política Criminal del Tercer Milenio*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Colección Memorias N° 1, México, 2002, p. 42.

² Véase García Silva, Gerardo, "El papel de las fuerzas armadas en las labores de Seguridad Pública", en *Criminogénesis*, Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal, publicación cuatrimestral, año 1, número 1, octubre de 2007, p. 368-370.

Bastida- a aquellos que no se ajustan a estas expectativas, se ha generado todo un discurso para justificar las acciones para el tratamiento diferenciado entre unos y otros.

El Derecho Penal del Enemigo se sustenta en tres ejes fundamentales:

- 1.- Adelanta la punición de determinadas conductas aún antes de que se consume la realización de las mismas.
- 2.- Castiga determinadas conductas que no se han realizado con la misma penalidad que si se hubieren realizado.
- 3.- Se establecen una serie de medidas que reducen Derechos Humanos.

Estas, son características que se describen, analizan y critican de manera profunda y clara a lo largo de esta obra, la cual nos va llevando de la mano para conocer cómo es que se ha ido conformando este discurso y este tratamiento diferenciado.

Precisamente, nos señala Martínez Bastida, que pese a que el tema del enemigo parece ser que forma parte de la discusión posmoderna del Derecho Penal, en realidad es una construcción que ha venido gestándose desde hace ya mucho tiempo no sólo en el extranjero, sino en nuestro propio país, ello se constata en las consideraciones que realiza en el capítulo uno de la obra en que, al tratar el surgimiento del Derecho Penal del Enemigo, nos muestra algunos ejemplos de esta manifestación político criminal en la Ley Lafragua sobre la libertad de imprenta o en la Ley Ruiz de Nacionalización de bienes eclesiásticos, en general en nuestra historia como nación y en algunas notas comunes al Derecho penal del enemigo como las ya señaladas *supra*.

En el segundo apartado, nos explica las consideraciones a cerca del *hostis* en la Política Criminal y la configuración del discurso de seguridad y su influencia en la formulación de políticas cada vez más excluyentes.

En el tercer apartado, nos muestra cómo la utilización del Derecho Penal del Enemigo se vuelve un elemento predominante en la formulación de las políticas de seguridad en el siglo XXI y cómo se utiliza a éste como un mecanismo latente de control social.

Finalmente, en el cuarto apartado, nos va mostrando las vinculaciones entre las modernas consideraciones en torno a la victimología y la construcción del discurso político criminal del enemigo, que se evidencian en el proyecto de reforma a diversas disposiciones constitucionales en materia de seguridad y justicia en nuestro país.

Tal y como apuntamos al inicio de estas breves consideraciones, nos encontramos quizá en un parte aguas por lo que hace al momento histórico que ha de caracterizar a esta época jurídica en México.

En los hechos, enfrentamos una crisis en el ámbito de la seguridad y la justicia en la que las instituciones del Estado Mexicano deben enfrentar a una criminalidad mejor organizada, con recursos y condiciones ventajosas para delinquir, en contraparte de instituciones de seguridad y justicia que han sido perneadas por la delincuencia organizada, con escasos recursos y poca preparación para enfrentarla, sin embargo, existe una gran demanda ciudadana de que las autoridades y el Estado Mexicano demuestren que no han sido rebasadas por la delincuencia.

Por lo que se presenta la antinomia entre la eficacia y el garantismo que han dado pauta para la formulación de políticas que encierran esta visión del enemigo y que se han manifestado en diversas formas, las más recientes; en la utilización del ejército y la realización de operativos en diversas entidades del país para el combate al narcotráfico, la utilización de conceptos como guerra, enemigo, batalla, etc., para hacer referencia -desde el discurso político- a la actuación del Estado Mexicano frente a la delincuencia, una expansión del Derecho Penal, con la aprobación de medidas de corte legislativo que muestran un endurecimiento del objetivo criminal, al sancionar con penas mayores cada vez a un número mayor de delitos que engrosan el catálogo de delitos considerados como graves, la negociación de planes de combate a la delincuencia como la llamada "Iniciativa Mérida", que claramente muestran los signos de esa utilización del Derecho Penal como *prima ratio* y que rompen con los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y ultima ratio del Derecho penal, son elementos que nos permiten confirmar lo anterior y de los cuales esta obra aborda con profusión e inteligencia.

La virtud de una obra como esta, es que nos permite contar con una visión académica -no academicista- del fenómeno y poder comprender los pormenores que conlleva la adopción de este tipo de medidas. Por ello, la obra de Martínez-Bastida pronto se convertirá en un documento de consulta, de análisis, de debate y en una referencia obligada para poder "leer entre líneas", lo que Políticas como la del Derecho Penal del Enemigo nos dicen abiertamente, pero sobre todo, para alcanzar a vislumbrar lo mucho que callan y que igualmente nos afectan.

En hora buena por que creemos que la presente obra no solo engrosará la numerosa lista de textos especializados en la materia, sino que, por su actualidad y claridad, será un referente obligado de consulta para el estudiante, para el académico, para el operador del sistema de justicia penal y esperamos que también para aquellos que toman las decisiones en materia criminal en nuestro país, de aquellos que deban definir el rumbo que hemos de dar a la Política Criminal en México en los próximos años. Por ello, si nos preguntamos, ¿Seguridad y justicia?, la respuesta es sí, en un ¿Estado de Derecho o en un Estado de Seguridad o totalitario?... El matiz que se ponga en contestar a estas preguntas nos mostrará el estilo de época jurídica en el que estamos viviendo, por el bien de todos, esperemos que esta época sea la de la inclusión, de la paz y del bien común.

Gerardo García Silva

Ciudad de México, verano 2008.

UN FRAGMENTO DEL SEMINARIO *

El tema del enemigo está presente en la discusión posmoderna del Derecho Penal a partir de la doctrina alemana que postula una normativización en aras de la ratificación de la vigencia de la norma en sociedad.

El Derecho Penal del Enemigo es un saber que se amolda a las exigencias del poder para, en aras de un eficientismo penal, derrumbar los cimientos garantistas del punitivismo jurídico y victimizar de manera masiva a un enemigo que, carente de rostro, es el centro de los debates político criminales.

El proceso victimizador tiene una construcción tripartita: existe la victimización primaria, secundaria y terciaria. Muchos estudiosos del tema consideran que el daño físico, mental, emocional, la pérdida financiera o el menoscabo de los derechos fundamentales de la víctima es producto de una acción u omisión tipificada nacional o internacionalmente como delito, de la experiencia negativa provocada en la propia víctima por parte de las instituciones del control social formal o por las secuelas estigmatizadoras que surgen en el entorno social de la víctima, pero omiten precisar que esta también se origina mediante acciones u omisiones que impliquen un abuso legitimado e institucional de poder como lo es el Derecho Penal de la Enemidad, proceso de victimización *sui generis*, pues el imputado es víctima del proceso al excluirle su carácter de persona e incluirle en un catálogo de riesgos y peligros sociales.

Antes de entrar de lleno al estudio de la "Victimología en la sociedad moderna" quisiéramos hacer de su conocimiento nuestro particular procedimiento de victimización, mismo que inicio el pasado día 21 de febrero de 2008, en las oficinas donde se encontraba la firma de Abogados "Martínez Castro, Martínez Bastida SC"; alrededor de las 5:30 p.m. se apersonó un sujeto de nombre Rubén "N" a efecto de llevar a cabo un proceso de divorcio voluntario y disolver el vínculo matrimonial que lo unía con la señora Eliana "N". Ambas partes fueron atendidas por el entonces titular del despacho y padre del que escribe, Lic. Eduardo Martínez Castro quien, en su privado, les dio diversas alternativas de clausulado del convenio que se exhibiría ante el C. Juez de lo Familiar en Turno del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. En tal cita también estuvimos presentes aportando ideas para resolver de la mejor manera el conflicto existente entre las partes. Una vez que las partes coincidieron en lo que a sus derechos convenía, se les cito al día siguiente para que se firmara el convenio de marras y se ingresara ante la autoridad competente. En tal momento el señor Rubén "N" se despidió y nosotros nos retiramos a nuestro privado a continuar escribiendo el libro "Derecho Penal del Enemigo". Al estar escribiendo "Derecho Penal del Enemigo" la señora Eliana "N" entro a nuestro privado a despedirse y posteriormente lo hizo el Lic. Eduardo Martínez Castro.

* Seminario "La victimología en la sociedad moderna" impartido por el autor el día 29 de abril de 2008 en el Instituto Mexicano de Prevención del Delito e Investigación Penitenciaria, A.C.

Al escuchar que se abrieron las puertas del garaje de la oficina no hicimos mucho caso, seguimos con nuestra labor académica, cuando diversos sonidos provocados por la utilización de un arma de fuego interrumpieron nuestra escritura...

Al bajar encontramos en el área de cocina de la oficina al Lic. Eduardo Martínez Castro tirado en el piso, boca arriba, con un orificio de entrada de arma de fuego en el abdomen, sin orificio de salida. En la puerta del garaje, debajo del vehículo del Lic. Eduardo Martínez Castro, estaba la señora Eliana "N" con siete heridas de arma de fuego y más de cinco provocadas por arma blanca.

Solicitamos ayuda médica y presencia de las autoridades competentes. Las ambulancias llegaron cuando el que en vida llevara el nombre de Eduardo Martínez Castro murió, la señora Eliana "N" falleció al ser trasladada a un hospital.

Al día de hoy el señor Rubén "N" fue sentenciado a 90 años de prisión por un Juez de Reclusorio Norte por los delitos de Homicidio Calificado, Homicidio Calificado en razón del Parentesco o Relación, Tentativa de Homicidio Calificado y Daño en Propiedad Ajena.

Así las cosas, resulta paradójico que el día de los hechos citados teorizábamos al "enemigo" sin reparar que este se encontraba al interior de nuestra oficina; así sucede con el tema investigado: el enemigo se encuentra inmerso dentro del Estado y de la construcción punitiva. El recurso de apelación confirmó en sus términos la condena indicada.

De haberse anticipado las barreras punitivas a los actos preparatorios del homicidio no se hubiese prevenido el cruento hecho; por ello hoy, más que ayer, estamos en contra de un Derecho Penal que no previene violencia intersubjetiva y estructural, sino que esencialmente es violencia al crear víctimas a partir del uso y abuso del poder...

Eduardo Martínez Bastida

Ciudad de México, verano de 2008.

El poder selectivo está siempre en manos de agencias que lo emplean, según sus intereses coyunturales y lo usan también para otros objetivos.

Eugenio Raúl Zaffaroni

CAPITULO I

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO O DERECHO PENAL DEL RIESGO, DE LA EMERGENCIA O SIMPLEMENTE DERECHO PENAL POSMODERNO

1.1 INTRODUCCIÓN

La lógica cultural del capitalismo avanzado, conocida también como posmodernidad, ha impactado de manera frontal al derecho penal; por ello el derecho penal posmoderno

pone en duda la validez de los cimientos morales y, en muchos casos, desenmascara su origen liberal individualista. El Derecho postmoderno tiende a organizarse más bien en torno a ciertas políticas (*policies*) por realizar, antes que constituirse en expresión transparente de una moral; y, consecuentemente, ese Derecho se juzga no tanto en función de una cierta axiología sino de acuerdo con criterios de eficiencia en la consecución de las políticas propuestas.³

En este escenario posmoderno se ha desnudado una verdad que permaneció oculta en las constantes del devenir histórico: el Derecho Penal, para funcionar, ha necesitado de un elemento que, intrínsecamente, le permite legitimarse en el conglomerado social; este constructo es conocido bajo el epígrafe *hostis*⁴ o enemigo, elemento siempre presente en los discursos y procesos de criminalización del poder punitivo a lo largo de la historia.

El enemigo ha sido utilizado como pretexto para usar, de manera indiscriminada, el punitivismo en las constantes del devenir de la humanidad; esto porque el Derecho Penal, al día de hoy, ha omitido resolver los problemas para los que fue construido, usándose el penalismo para otros fines y funciones de carácter latente.

Entendemos por Derecho Penal del Enemigo *el constructo lingüístico*

³ De Trazegnies Granda, Fernando, *Postmodernidad y derecho*, Colombia, Editorial Temis, 1993, pp.65-66.

⁴ La palabra *hostis* proviene del sánscrito *ghas*, que alude a comer, y de la que deriva la palabra hostil.

de naturaleza artificial que legitima la decisión deontológica de excluir, de manera parcial, la calidad de persona a un individuo para incluirle en el catalogo de riesgos y peligros sociales.

Bajo esta arista, enemigo será aquel que no preste garantía cognitiva mínima para ser tratado como persona y, consecuentemente, se le excluye del circuito de la comunicación por su infidelidad al Derecho. Es decir la observancia de la norma incluye la titularidad de la pretensión a ser tratado como persona, por lo que no prestar tal garantía implica una autoexclusión del ámbito normativo y la asunción del rol "enemigo".

Este Derecho de la enemistad es un proceso comunicativo de corte patológico en el que la pena es la privación del *status* de persona, y el grado de violencia estructural que contiene es tal que crea un proceso de macrovictimización, pues

más acá y más allá de las infracciones a las leyes, existe una realidad social imponente, gigantesca, que no solemos ni queremos ver: la realidad de las estructuras sociales injustas, que considero oportuno estigmatizar como macrovictimizantes.

Si tuviéramos tiempo, reuniríamos algunos datos e informes sociológicos, nacionales e internacionales, indiciarios de la macrovictimización en el mundo y, especialmente, la inabarcable tragedia Norte-Sur que ha motivado, y motiva, el movimiento a favor de un nuevo orden económico internacional.⁵

Esta injusta estructura, producto del nuevo orden económico internacional, parece realizar la profecía bíblica contenida en Eclesiastés 3:16: "Vi más debajo del sol: en lugar de juicio, allí impiedad; y en lugar de justicia, allí iniquidad."

Esta impiedad e iniquidad contenidas en el Derecho Penal del *hostis* permiten comprender que la esencia de éste es la violencia legítima ejercida de manera monopólica por el Estado, pues "la violencia es una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos."⁶ En este tenor, Jakobs ha dicho que el Derecho Penal del Enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, pues combate peligros;⁷ es decir estamos en presencia de violencia disfrazada que permite transitar a la guerra que, no puede ser otra cosa, que la continuación de la política por otros medios.

Estas son acciones propias de un estado de excepción o emergencia, empero la vicisitud que deviene es que ese estado de excepción, al producir derecho, le legitima para erigirse en la regla a partir de la normalización -artificial- de la emergencia.

⁵ Beristain, Antonio, *De Dios legislador en el derecho penal, la criminología y la victimología*, México, Editorial Porrúa, 2005, p.182.

⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social*, Colombia, Editorial Temis, 1999, p.6.

⁷ Vid. Jakobs, Günther y Polaino Navarrete, Miguel, *El derecho penal ante las sociedades modernas*, México, Flores editor y distribuidor S.A. de C.V. 2006. p.29.

Esto es contrario al principio de necesidad y de *última ratio*. Si el Derecho Penal del Ciudadano -pleonismo chocoso a decir del Profesor Manuel Cancio Meliá- debe ser subsidiario de otros medios de control social, el derecho penal para los *hostis* -contradicción en sus términos según el supra citado académico- debiera ser el último recurso para ratificar normativamente a la sociedad; esto implica que las soluciones de emergencia constituyen un fenómeno esencialmente político y, por tanto, meta jurídico, hasta el punto de conformar un vacío legal.

El Derecho Penal del Enemigo, en base a criterios eficientistas, se caracteriza por una creciente ampliación o expansión del derecho penal material que, implícitamente, conlleva una disminución de los Derechos Humanos en el ámbito procesal, así como la anticipación de la punibilidad a actos preparatorios desestructurando la lógica dogmática de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo, la aplicación de largas penas privativas de libertad en sistemas celulares con la supresión de beneficios y sustitutivos penitenciarios.

Esta lógica de excepción no debe pasar por alto que la sociedad puede exigir una mayor severidad en la sanción de las conductas posmodernas antisociales, pero que el Estado no puede disminuir el interés y cuidado en la comprobación de las conductas delictivas, pues cualquier sistema que no asegure el derecho de defensa no es técnicamente un derecho de procesos, sino un proceso del derecho para asegurar condenas acordes a los intereses del sistema, por ello compartimos la visión de Claus Roxin cuando afirma que "un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también *del* Derecho Penal."⁸

En suma, aquellos sujetos que no ofrecen una seguridad cognitiva de comportamiento contaminan la función preventivo general positiva de estabilización de la norma al no encajar en el artificial edificio conceptual del Derecho. Esta concepción descriptivo / prescriptiva legitima un Derecho Penal excepcional que opera al margen del Estado de Derecho.

Decía Goldschmidt que los principios político criminales de un Estado constituyen el estetoscopio para medir el sonido autoritario o democrático del corazón de los ordenamientos legales, es decir la tensión dialéctica entre libertad y seguridad. El Derecho Penal del Enemigo ha resuelto, de manera unilateral, la contradicción en cita en favor de la seguridad y del autoritarismo.

Como puede verse, en el posmoderno escenario se han confundido los conceptos "enemigo" con "delincuente", "derecho" con "guerra", "pena" con "belicidad"; a partir del Derecho Penal de la Enemistad se está realizando una guerra "legítima" cuya consecuencia es la desaparición de los límites jurídicos de la actuación del Estado frente a sus gobernados.

En el control social multidimensional, que representa el Derecho Penal del Enemigo, la tradicional axiológica jurídica -justicia, bien común, seguridad jurídica y paz- pasa a segundo plano: las leyes justas son aquellas que reprimen violentamente la delincuencia y la guerra se erige

⁸ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I*, España, Civitas, 1997, p. 137.

en artífice de la paz o, en palabras de Michel Foucault, "la guerra en la filigrana de la paz" pues el discurso histórico, filosófico, jurídico y político entiende a la guerra como "una relación social permanente y al mismo tiempo como sustrato insuprimible de todas las relaciones y de todas las instituciones de poder."⁹ A mayor abundamiento el autor citado dice que:

El derecho...no opone la guerra a la justicia, no identifica justicia y paz, sino, por el contrario, supone que el derecho es una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza. El derecho es, pues, una manera reglamentada de hacer la guerra...estos actos ritualizan el gesto de la venganza y lo caracterizan como venganza judicial. El derecho es, en consecuencia, la forma ritual de la guerra.¹⁰

De lo anterior resulta claro que el Derecho es la manera normativa de hacer la guerra, y esta última es la continuación de la política por otros medios, resultando superfluo agregar que se hace la guerra al contrario, al hostis, al enemigo, dando origen a la sociedad de policía caracterizada por la anatomía política del detalle, que nos llevará a la sociedad global de vigilancia en donde la estructura del poder se singulariza por una estrategia multidimensional al utilizar tácticas binarias de dominación y, por ende, el ejercicio algebraico de exclusión y enfrentamientos normativos.

La Biblia dice, en relación a los mecanismos de inclusión y exclusión, en Lucas 9:51-54 que: "Cuando se cumplió el tiempo en que él había de ser recibido arriba, afirmó su rostro para ir a Jerusalén. Y envió mensajeros delante de él, los cuales fueron y entraron en una aldea de los samaritanos para hacerle preparativos. Mas no le recibieron, porque su aspecto era como de ir a Jerusalén. Viendo esto sus discípulos Jacobo y Juan, dijeron: Señor, ¿quieres que mandemos fuego del cielo, como hizo Elías y los consuma?"

Así el control de los individuos se ha logrado a través de sistemas de exclusión e inclusión; el primero implica prácticas de descalificación, rechazo, marginación, negación y exilio, por ello los mensajeros de Jesús no fueron recibidos por los samaritanos, pues su aspecto era como de ir a Jerusalén. Por su parte, la inclusión establece prácticas de observación para fijar sitios y definir presencias que forman el saber que multiplica y reproduce al poder a partir de la acumulación de *episteme*; y es que tal era el saber de Jacobo y Juan, el más joven de los discípulos, que podían mandar bajar fuego de los cielos para consumir a los samaritanos.

Este es más que un relato de naturaleza teológica, pues la historia de los programas de criminalización de la sociedad se ha basado en técnicas de exclusión e inclusión; por ello el poder, en su espectro positivo y negativo, incluye y excluye a los seres humanos en una Política Criminal decisionista y autoritaria.

⁹ Foucault, Michel, *Genealogía del racismo*, Argentina, Editorial Altamira, 1996. p.46.

¹⁰ Cfr. Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 6ª reimpresión, España, Editorial Gedisa, 1999, pp.66-67.

1.2.- LA GENEALOGÍA DEL DERECHO PENAL DE LA ENEMISTAD

El epígrafe Derecho Penal del Enemigo o *Feindstrafrecht* fue acuñado hace más de 20 años, por Günther Jakobs, sin embargo este no es un fenómeno nuevo.

Entendemos por genealogía las fuerzas históricas que en su enfrentamiento hicieron posible la cultura, sus formas de vida y los mecanismos de poder que activan las normas jurídicas a partir de la producción de los discursos-fuerza de verdad. En ese contexto, el acontecimiento inaugural de la sociedad contemporánea no lo es la constitución del contrato social sino el hecho belicoso o simplemente la guerra, la verdad emerge del apaciguamiento de la violencia: el Estado no se coloca en el afuera de la confrontación, sino que su verdad se sustenta en el hecho de que él es parte del conflicto. Ello explica que este sea concebido como el ente que ejerce el monopolio de la violencia legítima y que el Derecho sea, únicamente, la manera reglada de guerrear.

Así, en el arte de hacer la guerra una normatividad es importante decir que en el Derecho Romano, derivado de las Instituciones de Justiniano, existió una tricotomía de ordenes normativos en materia de derecho privado: derecho natural,¹¹ derecho de gentes y derecho civil. El *ius gentium* fue el conjunto de reglas aplicables a todos los pueblos sin distinción de nacionalidad, en otras palabras son las normas que regían a los extranjeros en la propia Roma;¹² por su parte el *ius civile* es el propio de los ciudadanos romanos y del cual no gozaban nunca los extranjeros.¹³ Lo anterior, viene a colación, porque de los elementos del derecho privado romano surgen las bases para elaborar la concepción político criminal del *hostis*, pues

del propio derecho romano surgieron los ejes troncales que habrían de servir de posteriores soportes a todas las subclasificaciones del *hostis* tomadas en cuenta para el ejercicio diferencial del poder punitivo y racionalizadas por la doctrina penal. Estas categorías se remontan a las dos originarias del derecho romano: (a) la del *hostis alienígena* -al que en escasa pero alguna medida protegía el *ius gentium*- y (b) la del *hostis iudicatus*, o sea, el declarado *hostis* en función de la auctoritas del Senado, que era un poder excepcional: en situaciones excepcionales, en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, el Senado podía declararlo *hostis*, enemigo público.¹⁴

¹¹ El Derecho Natural era entendido como un conjunto de derechos provenientes de la voluntad divina en relación con la naturaleza del hombre; son inmutables y acordes a la idea de lo justo.

¹² Cfr. Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanos*, 5ª edición, México, Editorial Porrúa, 1992, p.42.

¹³ Cfr. Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 3ª edición, México, Editorial Harla, 1993, p.32.

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Argentina, Ediar, 2006, pp.22-23.

Sabemos que el México contemporáneo comienza su historia en el Periodo que va de 1850 a 1867, momento en que la ideología del partido liberal se consolidó en la Constitución de 1857 y la legislación denominada de *Reforma*, que fue ante todo un programa político criminal de autor -derecho penal del enemigo- de naturaleza económica necesaria para la sobrevivencia de un gobierno que sorteó tres guerras: la de tres años o de Reforma, la intervención francesa y el imperio de Maximiliano de Habsburgo; no obstante la Carta Magna de 57 fue desconocida por el Plan de Tacubaya de Félix Zuloaga, documento promulgado el 17 de diciembre del mismo año y adoptado por el presidente Comonfort el día 19 del mes y año en cita. En enero de 1858 Benito Juárez asume, por Ministerio de Ley, la Presidencia de la República fundándose en el artículo 79 de la Constitución de 57; instala su gobierno en Guanajuato, hasta que el 4 de mayo de 1858 es depositada la sede del gobierno juarista en Veracruz, lugar en donde permanecerá hasta el fin de la Guerra de Reforma.

Lo anterior trajo como consecuencia, inmanente, que el Presidente Juárez legislara e interpretara el universo jurídico en uso de facultades extraordinarias delegadas al Ejecutivo, en una época en que ni el Congreso pudo sesionar debido a las guerras mencionadas con antelación.

Las aristas enfrentadas por Juárez duraron diez de los quince años que detentó el poder, término suficiente para crear las denominadas Leyes de Reforma, constructo normativo que es dividido en dos épocas:¹⁵

- a) Leyes de Reforma de primera época, constituidas por diecinueve leyes promulgadas entre noviembre de 1855 y diciembre de 1858.
- b) Leyes de Reforma de segunda época, conglomerado de veintisiete leyes que datan de julio de 1859 a febrero de 1863.

Para algunos autores como Felipe Tena Ramírez, Guillermo Floris Margadant y Luis González las Leyes de Reforma son únicamente las expedidas por el Presidente Benito Juárez a partir de 1859. En este contexto se ha pronunció el Poder Judicial de la Federación en la tesis aislada, cuyo tenor dice:

LEYES DE REFORMA. Desde el punto de vista legal, no es correcto considerar la Reforma desde el Plan de Ayutla, pues el conjunto de leyes que se designan con ese nombre, se circunscribe a las que expidió Juárez en Veracruz, de acuerdo con el programa reformista, anunciado en el célebre Manifiesto expedido en aquella ciudad, el 7 de julio de 1859 y firmado por el Presidente Juárez, don Melchor Ocampo, don Manuel Ruiz y don Miguel Lerdo de Tejada. Si bien es cierto que hay verdadera anarquía entre los autores que se refieren a la Reforma, al señalar los límites de ésta, como por ejemplo, don Blas José Gutiérrez y Flores Alatorre, que en su código de la Reforma incluye leyes que no corresponden a ese periodo, debe estimarse que éste queda claramente marcado en el citado manifiesto; punto de vista que confirman las adiciones y reformas constitucionales

¹⁵ Cfr. Carbajal, Juan Alberto, *La consolidación de México como Nación Benito Juárez, la Constitución de 1857 y las Leyes de Reforma*, México, Editorial Porrúa, 2006, pp. 25 y 191.

decretadas por el Congreso de la Unión, bajo la presidencia de don Sebastián Lerdo de Tejada, el 25 de septiembre de 1873, las cuales constan de seis artículos, que comprenden los puntos del Manifiesto incluso el Registro Civil, y que tuvieron precisamente por objeto incorporar en la Constitución, las Leyes de Reforma.

Amparo civil directo 3147/41. Oliva Villagrana Juan, Sucesión de 9 de febrero de 1944. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Emilio Pardo Aspe, no intervino en la votación de este asunto, por las razones que constan en el acta del día. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. LXXIX. Página: 2960. Tesis Aislada. Materia(s): Común.

Ahora, la Política Criminal Juarista creó el caudal normativo de reforma con consecuencias jurídico penales en los procesos de criminalización secundaria -la selección del poder penal de los destinatarios de la norma y la medida en que se hizo, así como el poder de vigilancia ejercido en esa época e incluso la inocuización total del ente seleccionado por el sistema- a partir del llamado *Derecho Penal del Enemigo*.

En este tenor para Benito Juárez el destinatario de la norma penal fue el grupo antagónico *-hostis-* a él: los conservadores y, en especial, la Iglesia, sujetos que no ofrecían una garantía cognitiva de comportamiento en relación a la normatividad de Reforma; por tal circunstancia no podían ser entendidos como personas estos entes contrarios a la hegemonía del nuevo poder liberal sino como sujetos peligrosos, a quienes debía excluirse para aplicarles la normatividad y el poder estatal en su máxima expresión.

Cabe indicar que el programa de criminalización no tuvo como sujeto-objeto a los miembros del poder conservador durante todo el período comprendido entre 1850 y 1899; esto porque la creación de la propiedad privada y de la clase emergente trajo, conjuntamente, una serie de actos cometidos en contra de tales bienes y de sus propietarios y/o poseedores; estas acciones realizadas por un ejército de marginados y desposeídos dieron origen a circunstancias propicias para insertar un nuevo concepto de enemigo que legitimaría la nueva legislación de excepción contra salteadores y plagiarios.

Juárez de manera manifiesta afirmó ser liberal pero latentemente fue un conservador; su intención, plasmada en la Constitución de 1857, era hacer perdurar el nuevo régimen que estableció y los obstáculos que colocó a cualquier intento de cambio del sistema fueron las llamadas Leyes de Reforma que impedían la modificación del ejercicio del poder, pues el otrora grupo conservador se defendería a ultranza de la aplicación selectiva del derecho reformista que, a la larga, permitió la construcción del Derecho Penal del Enemigo posmoderno en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y mediante las Reformas Constitucionales en Materia Penal publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 y reformas a leyes secundarias.

De lo anterior es claro el legado de Juárez en la evolución del Estado mexicano: de un Estado absolutista se transitó al Estado liberal de derecho, pero el germen del absolutismo no fue erradicado, pues las semillas del autoritarismo se sembraron en la tierra fértil del Estado

liberal con las Leyes de Reforma; estas semillas han dado ya su fruto en la fabricación del *hostis* posmoderno.

La historia nos ha dicho que, antes de Juárez, la ideología que orientaba la construcción de la incipiente política criminal mexicana era de corte autoritario; paradójica afirmación pues durante y después de Juárez, la política criminal mexicana se ha desarrollado bajo las directrices del *ancien régime*.

Y es que hasta hoy, en la práctica política, la calificación del contrario como enemigo sirve para legitimar o justificar cualquier forma de medidas represivas, desde sanciones económicas hasta la guerra interna o externa.

A mayor abundamiento, afirmamos que la Constitución de 1857 constituye una falacia normativa en sí, y de allí deviene su carácter de constructo lingüístico de naturaleza artificial, debido a que el artículo 1º Constitucional textualmente determinó:

"El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las Garantías que otorga la presente Constitución."

Por su parte el dispositivo 18 de la Carta Magna del 57 era del tenor siguiente:

"Solo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o de cualquier otra ministración de dinero."

El precepto anterior es nugatorio del artículo 1º Constitucional, pues si los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales, debemos considerar que la ortopedia social conocida como "prisión" es una institución social y que la privación de la libertad debe tener algún fin, pero del texto analizado se desprende de manera lisa y llana que el castigo corporal en el México de 1857 carecía de fines y solo preveía la condición para que, conforme a derecho, se impusiera la pena de prisión.

La institución total de prisión, al carecer de teleología, remite a un fundamento *absoluto* -en oposición a relativo- de la pena pues se entiende que, al carecer de finalidad práctica, se aplica por la exigencia de la justicia absoluta: si el bien merece el bien, el mal merece el mal. La pena es un deber ser meta jurídico que tiene en sí misma su fundamento al propugnar por la justa retribución al mal hecho. De esto se desprende que la teoría absoluta de la pena *es quia peccatum*, es decir mira al pasado y gira en torno a tres ideas elementales de corte religioso: la de venganza -*ex parte agentis*- la de expiación -*ex parte patientis*- y la del reequilibrio entre pena y delito. No obstante se debe dejar muy en claro que

estas doctrinas, muy difundidas, como ya se ha visto, sólo son explicables como el fruto más o menos consciente de una total confusión entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre legitimación interna y justificación

externa... De todo ello se sigue que estas doctrinas resultan idóneas para justificar modelos autoritarios de derecho penal máximo, en la medida que se casan o bien con concepciones jurídico - sustancialistas del delito y de la verdad judicial, o bien con concepciones ético formalistas del delito y del poder punitivo y prohibitivo. Resulta superfluo añadir que doctrinas semejantes no están en condiciones de ofrecer réplica alguna a las doctrinas abolicionistas. Si el único fin de la pena fuese el canje de mal por mal, una especie de "talión" o de "venganza espiritual", ciertamente no sería suficiente para justificar los sufrimientos infligidos con las penas, al menos en un ordenamiento no poseído por creencias supersticiosas.¹⁶

Así, la prisión en la Constitución de 1857 justifica un modelo autoritario de derecho penal negando los Derechos de la persona -base y objeto de toda institución social- al omitir establecer el objeto de la privación de la libertad; por ello no resulta extraño que el artículo 22 de este constructo lingüístico artificial estableciera que para el efecto de abolir la pena privativa de la vida sería necesario establecer, primeramente, el régimen penitenciario aplicable en los establecimientos de tal naturaleza; no obstante la realidad histórica demuestra que la pena de muerte se conservo -en un sedicente gobierno liberal- para ser aplicada a los enemigos u *hostis* de la propiedad privada que detentaba la hegemonía del poder.

Lo anterior porque

la reforma en los países españoles no ha tenido por causa, como en otras naciones de Europa, la diferencia de doctrinas o de creencias, sino casi exclusivamente la desamortización de la propiedad que fue acumulándose durante siglos enteros en las corporaciones militares, civiles y eclesiásticas.¹⁷

En otros términos si la reforma mexicana se gestó, básicamente, en la desamortización de propiedades acumuladas en corporaciones militares, civiles y eclesiásticas, el poder debía disponer de mecanismos normativos que, a partir de una guerra legítima, aseguraran la imposición de penas en contra de aquellos que se opusieron a la citada desamortización, no pasando por alto que los opositores a la desamortización serían *hostis* con gran poder -no político pero si eclesiástico y social - y a los que sería preciso inocular parcial -a través de la prisión- o totalmente -mediante la pena de muerte-.

Por otra parte, al carecer la prisión de fines de resocialización, permitirá conocer a los enemigos del sistema, es decir se elabora el discurso del saber de los delincuentes de época, lo que implica el nacimiento de la precaria Criminología mexicana, por ello el castigo penitenciario debe ser entendido como una táctica política liberal situada en el campo de las relaciones de saber - poder. Esto porque el verdadero efecto de las estrategias del poder se manifiestan en el punto en que

¹⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, 5ª Edición, España, Editorial Trotta, 2001, pp.257-258.

¹⁷ Payno, Manuel, *La reforma social en España y México apuntes históricos y principales leyes sobre desamortización de bienes eclesiásticos*, México, UNAM, 1958, p.13.

entran en contacto con el cuerpo de los privados de la libertad: existen poderes capilares o una "microfísica del poder", donde éste encuentra su materialidad y efectos corporales, pues en algún momento el poder llega, en la prisión, a la mente de los individuos, toca su cuerpo, se inserta en sus acciones, actitudes, discursos y procesos de aprendizaje. Por ello el individuo es, tanto, un efecto del poder como un elemento de su articulación junto con el conocimiento, ya que cualquier ejercicio del poder depende, en mayor o menor medida, del conocimiento del blanco o del ámbito de operación al que se dirigirá -en el caso concreto los enemigos u hostis del sistema- pues para controlar cualquier objeto o sujeto se requiere del conocimiento de sus fuerzas, reacciones, puntos débiles y fuertes. Esto es mientras más se conozca, más controlable se vuelve, por ello el *corpus* criminológico que se desarrolla en esta época no es una tendencia intelectual independiente, sino una técnica de investigación del conocimiento del *hostis* para aplicar el poder en el soma -al privarle de la libertad- y así inocular el peligro que representa, esto sin duda es una mera *vindicta* pero, bajo estas premisas bélicas, la ingeniería del binomio poder-saber diseña las Leyes de Reforma de primera generación,¹⁸ como la ley Lafragua sobre la Libertad de Imprenta, objeto del apartado subsiguiente.

1.2.1.- La Ley Lafragua sobre la Libertad de Imprenta

El 28 de diciembre de 1855 se promulgó la Ley de Imprenta, antecedente primigenio del artículo 7º de la Constitución de 1857 cuyo tenor dice: "Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. Los delitos de imprenta serán juzgados por un jurado que califique el hecho, y por otro que aplique la ley y designe la pena." La Ley de Imprenta esta compuesta por 48 artículos y constituye la primer ley especial que tipifica delitos en su articulado. A estas figuras típicas la doctrina les denomina Delitos Especiales y los podemos conceptualizar como el acto u omisión que sancionan las leyes no penales especiales y los tratados internacionales.¹⁹

El artículo 2º de la Ley en comento establece la complicidad y participación en los delitos de imprenta al prevenir que en los tales no hay complicidad en los impresores, pero serán responsables si no se aseguran en la forma legal de la responsabilidad del escrito.

Por su parte el artículo 10 de la Ley Lafragua prevé la pena para los responsables de un escrito calificado de subversivo: "El responsable de un impreso calificado de subversivo en primer grado será castigado

¹⁸ Esto antes de que el entonces Presidente Ignacio Comonfort desconociera la Constitución de 1857.

¹⁹ Martínez Bastida, Eduardo, *Delitos especiales*, 2ª Edición, México, Cárdenas Velazco Editores S.A. de C.V., 2004, p.50.

con la pena de seis meses de prisión y trescientos pesos de multa. El de un escrito subversivo en segundo grado, con trescientos pesos de multa. El de impreso subversivo en tercer grado, con ciento cincuenta pesos de multa. La pena de prisión en el primer caso se aumentará en tres meses más siempre que el condenado no pueda pagar la pecuniaria."

Aquí vale la pena recordar que subversivo es un adjetivo que significa capaz de destruir o trastornar; es decir el elemento bélico normativo se encuentra presente en el dispositivo comentado ya que un impreso o escrito que sea capaz de trastornar o destruir sólo puede tener un origen: el poder conservador, a partir de la *Ecclesia*, considerado como *hostis* pues "el clero con su poder anatemizante se había impuesto al interior de las conciencias, provocando así un pliegue profundo del que habla Sierra, se convirtiera en sello de identidad de un pueblo que veía en el clero la encarnación viva de la doctrina cristiana."²⁰

En efecto el clero tenía tal magnitud de poder en la conciencia de los habitantes que podían orillarles a elaborar un escrito o impreso subversivo en contra de la Ley Juárez sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación; el resultado: trastornar o destruir la conciencia de la masa poblacional, que creía que este clero era la encarnación viviente del cristianismo provocando un grave peligro social. Por ello fue menester elaborar un constructo normativo que permitiera penar a los responsables de impresos subversivos de primer, segundo y tercer grado que, por cierto, queda a discrecionalidad de la autoridad determinar que grado de subversividad contiene el escrito o impreso.

En este tenor el artículo 11 dice: "A los responsables de escritos sediciosos en primero, segundo y tercer grado se aplicarán las mismas penas designadas contra los responsables de obras subversivas en sus grados respectivos." La naturaleza del delito de sedición es contra la seguridad de la Nación, o lo que es lo mismo el precepto en cita establece las bases de la incipiente doctrina de la seguridad nacional mexicana que puede ser entendida como "el conjunto de medios legítimos e ilegítimos que utilizan los grupos de poder reales, ya sean nacionales o internacionales, con el fin de desarrollar y mantener un determinado sistema ideológico y de producción, tanto dentro de sus propios países, como en aquellos sobre los cuáles ejercen su hegemonía."²¹ Como puede verse este dispositivo legal pena a los responsables de escrito sediciosos que atenten contra el mantenimiento y desarrollo del sistema liberal. La sedición es, entonces, el levantamiento agresivo de la multitud en contra de las autoridades para obligarlas a realizar determinados actos o impedir que cumplan sus

²⁰ Lozada, Guadalupe, "La Justicia como valor supremo en la Legislación de la Reforma", *Memoria del Coloquio Benito Juárez, Estadista y Hombre de leyes y de la exposición Vida, Ley y Justicia en su época*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p.63.

²¹ Sánchez Sandoval, Augusto, *Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2000, p.89.

funciones. Así, en la especie, el escrito sedicioso será el que publique el hostis conservador para levantar agresivamente a la multitud católica para impedir a la autoridad liberal la aplicación de la Ley Juárez sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación.

En este mismo tenor el artículo 12 de la multicitada Ley dice que: "El responsable de un impreso incitador a la desobediencia de las leyes o de las autoridades, será castigado con la pena de trescientos pesos de multa, si la incitación fuere directa; y si se hiciere por medio de sátiras o invectivas, con cien pesos." El precepto, de manera diáfana, alude a la posibilidad del conservadurismo de publicar, por sí o por interpósita persona, un escrito en donde se incite a la desobediencia de las leyes de reforma o de las autoridades de ellas emanadas.

El artículo 27 de esta normatividad señala que: "Los delitos de imprenta producen acción popular, a excepción de los de injurias." El precepto citado determina la forma de persecución de esta especie delictiva a partir de la llamada acción popular. Mediante esta forma de persecución del delito

los ciudadanos tuvieron en sus manos el ejercicio de la acción, no sólo el ofendido sino también los ciudadanos solicitaban a la autoridad la represión del delito. Se pensó que los delitos engendraban un mal en la sociedad, por lo que los ciudadanos, fueran o no víctimas, eran los encargados de ejercitar la acción. Esta figura nace en Roma durante la época de las delaciones.²²

Así con la posibilidad de iniciar un procedimiento por la comisión de los delitos de imprenta, por parte de los ciudadanos no podría acusarse al gobierno liberal de autoritario, pues al ser los ciudadanos quienes inician el procedimiento penal, en contra de los responsables de impresos o escritos subversivos, sediciosos o incitadores a la desobediencia, se presume -presunción que admite prueba en contrario- que se ha causado un grave mal en la sociedad. Así las cosas la guerra ha iniciado de manera formal y el escenario esta listo para desamortizar y nacionalizar de los bienes del clero, quienes en caso de hacer uso de la imprenta para incitar al pueblo de Dios a la defensa de sus bienes serían penados por una sociedad que, vigilante, representa el bien.

Fue en este momento cuando el Estado cubrió de liberalismo su germen de autoritarismo y nunca lo pudo expulsar, pues la esencia del Estado liberal mexicano es contener en sus entrañas elementos de autoritarismo que nunca han sido escindidos y que, antes bien, a conveniencia del hegemónico del poder ocultó, buscando siempre un sujeto-objeto al que estigmatizar como enemigo a partir del derecho.

Es importante recordar que el poder no se encuentra localizado solamente en las instituciones estatales, tampoco puede ser considerado como algo que el individuo cede al soberano en una concepción netamente contractualista; de hecho el poder no es un objeto de apropiación por ser una relación de fuerzas, una estrategia de dominio

²² Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, 2ª Edición, México, Editorial McGraw Hill, 2001, p.52.

en una sociedad determinada, de *facto* toda relación de fuerzas es una relación de poder. Por tanto el poder, al ser relación, está en todas partes; el sujeto es atravesado por relaciones de poder y, por ende, no puede ser considerado independiente de ellas. El poder no sólo prohíbe, reprime, excluye, margina, estigmatiza y descalifica, sino también produce efectos de verdad y saber a partir de la relación trinómica: Derecho - poder - verdad.

De la suma de la relación indicada con anterioridad resulta el biopoder, como técnica política que tiene por fin convertir la vida en un objeto administrable por parte del poder. En este sentido, la vida tiene un reverso natural: la muerte, a partir de la pena capital, el derecho penal subterráneo, la eutanasia, el genocidio, etc. Las técnicas del biopoder, por antonomasia, se sustentan en el escrutinio de los sujetos, sus comportamientos y su soma con el fin de producir entes dóciles y fragmentados. Este efecto del biopoder permitió que la sociedad se erigiese como ente normalizador usando como pretexto la norma jurídica, bélica en su esencia.

La resistencia al biopoder permitió la entrada al campo de batalla que éste delimitó al fabricar a sus enemigos, ya que se centraron justamente en el derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad y a la propiedad.

En el México de 1857 el biopoder se sirvió del poder pastoral, concepto que hace referencia a la manera en que el Estado moderno integró en sí una antigua forma de poder creada por la iglesia conservadora:²³ asegurar la vida cotidiana de los ciudadanos frente a la incertidumbre de la vida material, a partir de una serie de disposiciones de intervención, desamortización y nacionalización de bienes eclesiásticos que, en discurso, beneficiarían materialmente a los gobernados y, al mismo tiempo, debilitarían al *hostis* interior del naciente Estado liberal.

Por ello el Derecho, como manera de hacer la guerra reglamentada, implica que se conciba a la guerra en términos de supervivencia de los más fuertes, de los más sanos y de los menos peligrosos en un trámite permanente de relaciones de dominación y técnicas de sujeción polimorfos, o lo que es lo mismo al Derecho de reforma no le interesó el beneficio de las clases marginadas por los conservadores, sino fabricar una ingeniería social que controlará a estos conservadores, por ende a este derecho penal de enemigos no le interesa el delincuente, su castigo y su reinserción, sino el conjunto de mecanismos con los cuales el enemigo conservador es controlado, estigmatizado, inocuizado y, por supuesto, el saber que emana de estos procedimientos que se insertan tácticamente en el arsenal de guerra legal. Como puede verse el Estado dejó de ser el instrumento de una ideología contra otra, pues ahora es y debe ser el protector de la integridad, de la superioridad y de la pureza de una sola ideología, por ello el discurso histórico actual sólo pudo nacer en esta guerra y pensando la historia como guerra, esto porque el Estado, como tesis, presentaba rasgos de autoritarismo con los conservadores, por lo que se hizo necesario acotar este autoritarismo,

²³ La Iglesia afirma otorgar seguridad a los feligreses de su destino eterno si adecuaban su conducta a sus prescripciones religiosas.

antítesis de la ideología liberal; pero de la unión de estas dos ideologías resulto como síntesis un latente Estado autoritario recubierto de un manifiesto discurso liberal.

Las leyes nacieron en medio de expediciones, de conquistas, de ciudades incendiadas. La guerra, además, continúa agitándose también en los mecanismos de poder, o por lo menos constituye el motor secreto de las instituciones, las leyes y el orden. Por detrás de los olvidos, las ilusiones o las mentiras que nos hacen creer en necesidades naturales o en exigencias funcionales del orden, se debe encontrar la guerra: la guerra es la cifra de la paz. Ella desgarrá permanentemente todo el cuerpo social: nos pone a cada uno en un campo o en el otro.²⁴

Por ello Jesús, el Rey de reyes y Señor de todos los señores, dijo en Juan 14:27: "La paz os dejo mi paz os doy; *no como el mundo la da*, yo os la doy. No se turbe vuestro corazón, ni tenga miedo."

1.2.2.- La Ley Ruiz de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos

Con esta ley de 25 artículos, publicada el 12 de julio de 1859, el Presidente interino Benito Juárez tiene la posibilidad de hacerse del capital necesario para sostener la guerra, por ello el artículo 1º dispone que: "Entran al dominio de la Nación todos los bienes que el clero secular y regular ha estado administrando con diversos títulos, sea cual fuere la clase de predios, derechos y acciones en que consistan, el nombre y aplicación que hayan tenido."

A su vez, el artículo 3º es la declaración formal de la transición del Estado confesional al Estado laico al establecer: "Habrá perfecta independencia entre los negocios del Estado y los negocios puramente eclesiásticos. El gobierno se limitará a proteger con su autoridad el culto público de la religión católica, así como el de cualquier otra."

El artículo 4º establece una limitación a los ministros del culto, por la administración de los sacramentos y demás funciones de su ministerio, podrán recibir ofrendas que les ministren y acordar libremente con las personas que los ocupen, la indemnización que deban darles por el servicio que les pidan. Ni las ofrendas ni las indemnizaciones podrán hacerse en bienes raíces.

Por su parte los artículos 5º y 6º ordenan la supresión en toda la República las órdenes de los religiosos regulares que existen, cualquiera que sea la denominación o advocación con que se hayan erigido, así como todas las archicofradías, cofradías, a las catedrales, parroquias o cualesquiera otras iglesias y, también, queda prohibida la fundación o erección de nuevos conventos de regulares; de archicofradías, cofradías, congregaciones o hermandades religiosas, sea cual fuere la denominación que quiera dárseles. Igualmente queda prohibido el uso de los hábitos o trajes de las órdenes suprimidas.

²⁴ Foucault, Michel, *Op.cit.*, Nota 7, p.217.

Los artículos 14 al 21 determinan que los conventos de religiosas que actualmente existen, continuarán existiendo y observando el reglamento económico de sus claustros. Los conventos de estas religiosas que estaban sujetos a la jurisdicción espiritual de alguno de los regulares suprimidos, quedan bajo la de sus obispos diocesanos. Toda religiosa que se exclaustre, recibirá en el acto de su salida la suma que haya ingresado al convento en calidad de dote, ya sea que proceda de bienes parafernales, ya que le haya adquirido de donaciones particulares o ya en fin, que le haya obtenido de alguna fundación piadosa. Las religiosas de órdenes medicantes que nada hayan ingresado a sus monasterios, recibirán sin embargo, la suma de 500 pesos en el acto de su exclaustación. Tanto de la dote como de la pensión, podrán disponer libremente como de cosa propia. Las autoridades políticas y judiciales del lugar, impartirán, a prevención, toda clase de auxilios a las religiosas exclaustadas, para hacer efectivo el reintegro de la dote o el pago de la cantidad que se las designa en el artículo anterior. Cada religiosa conservará el capital que en calidad de dote haya ingresado al convento. Este capital se le afianzará en fincas rústicas o urbanas, por medio de formal escritura, que se otorgará individualmente a su favor. A cada uno de los conventos de religiosas, se dejará un capital suficiente para que con sus réditos se atienda a la reparación de las fábricas y gastos de las festividades de sus respectivos patronos, Natividad de Nuestro Señor Jesucristo, Semana Santa, *Corpus*, Resurrección y Todos Santos, y otros gastos de la comunidad. Los superiores y capellanes de los conventos respectivos, formarán los presupuestos de estos gastos, que serán publicados dentro de 15 días de publicada esta ley, al gobernador del Distrito a los gobernadores de los estados respectivos para su revisión y aprobación. Todos los bienes sobrantes de dichos conventos ingresarán al Tesoro general de la nación, conforme a lo prevenido en el artículo 1º de esta ley. Las religiosas que se conserven en el claustro pueden disponer de sus respectivas dotes, testando libremente en la forma que a toda persona le prescriben las leyes. En caso de que no hagan testamento o que no tengan ningún pariente capaz de recibir la herencia ab *intestato*, la dote ingresará al tesoro público. Quedan cerrados perpetuamente todos los noviciados en los conventos de señoras religiosas. Las actuales novicias no podrán profesar y al separarse del noviciado se les devolverá lo que hayan ingresado al convento.

El artículo 22 determina la nulidad absoluta y de pleno derecho de la enajenación que se haga de los bienes que menciona la ley, ya sea que se verifique por algún individuo del clero o por cualquier persona que no haya recibido expresa autorización del gobierno constitucional. El comprador, sea nacional o extranjero, queda obligado a reintegrar la cosa comprada o su valor y satisfará además una multa de 5 %, regulada sobre el valor de aquella. El escribano que autorice el contrato, será depuesto e inhabilitado perpetuamente en su ejercicio público y los testigos, tanto de asistencia como instrumentales, sufrirán la pena de uno a cuatro años de presidio.

Por su parte el artículo 23 previene una prescripción propia del Derecho Penal del Enemigo en los siguientes términos: "Todos los que directa o indirectamente se opongan o de cualquier manera enerven el cumplimiento de lo mandado en esta ley, serán, según que el gobierno

califique la gravedad de su culpa, expulsados fuera de la República o consignados a la autoridad judicial. En este caso serán juzgados y castigados como conspiradores. De la sentencia que contra estos reos pronuncien los Tribunales competentes, no habrá lugar al recurso de indulto." Recordemos que

En forma genérica conspiración es la acción de unirse algunos contra un particular para hacerle daño, concepto este que puede asimilarse al de asociación para delinquir. Dentro del presupuesto de los delitos políticos, conspiración es la reunión de personas destinada a la comisión de un delito político, o con mayor exactitud, la acción de unirse secretamente algunos contra su superior o soberano.²⁵

De lo anterior se desprende que la conspiración es un delito de corte político, cuyo bien jurídico tutelado es la seguridad de la Nación, o en otras palabras la seguridad nacional, que cometen las personas al resolver de concierto realizar alguno de los delitos siguientes: traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo o sabotaje. Este es un delito doloso, de resultado formal en que no es configurable la tentativa. El sujeto activo puede ser cualquiera y el pasivo la Nación.

Por su parte el Poder judicial de la Federación ha determinado, en relación a la conspiración lo siguiente:

CONSPIRACION, ELEMENTOS DEL DELITO DE.

Del actual texto del artículo 141 del Código Penal, aplicable en materia federal, el cual se encuentra comprendido en el Título Primero del Libro Segundo, precepto que se ocupa de los delitos contra la seguridad de la Nación, se advierte que el delito de conspiración se integra con los siguientes elementos: a) un acuerdo o concierto de dos o más personas para cometer alguno de los delitos comprendidos en el título mencionado, y b) un acuerdo complementario respecto a los medios de llevar a cabo aquélla determinación. La adecuada interpretación del texto del artículo mencionado ha llevado a establecer que en él se recoge un tipo penal de los denominados de "resultado cortado" o "resultado anticipado", ya que en estricto rigor la ley ha elevado a la categoría del delito autónomo una mera resolución manifestada, respecto a la comisión futura de otras conductas, atentatorias éstas, de la seguridad de la Nación (traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo y sabotaje). En este orden de ideas, el delito de conspiración requiere, para su demostración plena, no sólo de un franco y positivo acuerdo para llevar a cabo alguno de los delitos ya citados, sino además que tal acuerdo abarque la concreción de los medios de ejecución del delito o delitos propuestos, sin que se advierta de la descripción legal la necesaria comisión del delito específico. En consecuencia, es elemento esencial de la conspiración el concierto criminal, con independencia de los actos de ejecución o el grado de ésta a que se llegue. Como mera resolución manifestada, el delito de conspiración exige, sin embargo, la prueba fehaciente del acuerdo o concierto tomado y de la concertación de los medios pertinentes para llevar a cabo el o los delitos concretos ya señalados.

²⁵ *Enciclopedia jurídica omeba*, Argentina, Editorial Dirskill, 1986, Tomo III, p.1021.

Amparo directo 4339/74. Eugenio Peña Garza. 16 de abril de 1980. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Andrés Flores Hernández.

Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo: 133-138 Segunda Parte. Página: 58.

De la interpretación en comentario se deduce que el delito de conspiración es de resultado anticipado o cortado, pues la resolución manifiesta respecto de la comisión futura de otras conductas consume el delito en cuestión, amén del bien jurídico que tutela es supra individual, por ser la seguridad nacional, basado en el peligro en abstracto sin esperar la producción del resultado para iniciar el proceso criminalizador. En suma estamos en presencia de un tipo que criminaliza un estadio previo a la lesión del bien tutelado por la norma; estas son características propias de una Política criminal autoritaria, que se materializa en el Derecho Penal del Enemigo, por optimizar la protección de bienes jurídicos.

Esta optimización de la protección de bienes jurídicos se consigue a través del adelanto de la punibilidad que se opera cambiando la perspectiva del Derecho penal de los hechos pasados a los hechos futuros, lo que supone en ocasiones incriminar no tanto hechos propiamente dichos cuanto conductas cuya relevancia penal se manifiesta particularmente en un contenido simbólico, pero sin que se produzca la rebaja de pena que en principio debería acompañar a la anticipación de la tutela, lo que da lugar a penas desproporcionadas; prescindiendo de ciertas garantías procesales, y soslayando las garantías derivadas del principio de legalidad, ya que el legislador utiliza términos tan porosos y ambiguos que permiten hablar de un intento consciente de eludir el mandato de determinación que se desprende del mencionado principio. De centrar la atención en los aspectos objetivos se pasa a desvalorar fundamentalmente lo subjetivo, mientras que la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. En el ámbito del Derecho penal de enemigos se incluyen delitos que, se dice, niegan frontalmente los principios básicos del modelo de convivencia en las sociedades occidentales...²⁶

Ahora si el artículo 1º de la Constitución de 1857 determinó que la base de toda institución social son los derechos del hombre, el artículo 23 de la Ley de nacionalización de bienes eclesiásticos hace nugatorio el precepto constitucional indicado, en atención a que la sentencia que se dicte por el delito de conspiración no da lugar el recurso de indulto, es decir se prescinde de derechos fundamentales por tratarse de enemigos del Estado, pues de conformidad con el artículo 25 de la Ley Doblado para castigar los delitos contra la Nación, el orden, la paz pública y las garantías individuales la conspiración es castigada con pena de muerte, esto implica que los derechos de la persona, como base de las instituciones sociales, admiten en el liberalismo, de manera paradójica y emergente, el poder de muerte sobre el enemigo sin posibilidad de obtener indulto alguno; así en la guerra, no como estado sino como acción, el poder de vida y muerte

²⁶ Rivera Beiras, Iñaki, *Política criminal y sistema penal, viejas y nuevas racionalidades penitivas*, España, Editorial Anthropos, 2005, pp.402-403.

solo se ejerce en forma desequilibrada, siempre del lado de la muerte. El efecto del poder soberano sobre la vida solo se ejerce desde el momento en que el soberano puede matar. Es decir que el derecho de matar contiene efectivamente en sí la esencia misma del derecho de vida y muerte: el soberano ejercer su derecho sobre la vida desde el momento en que puede matar. Se trata esencialmente de un derecho de espada. En él no hay, por tanto, simetría real. No es un derecho de hacer morir o hacer vivir. Tampoco es un derecho de dejar vivir o dejar morir. Se trata más bien del derecho de hacer morir o dejar vivir. Y esto introduce una fuerte asimetría.²⁷

Para aplicar la pena de muerte, sin derecho a indulto, el artículo 24 de la Ley comentada determina que esta se hará efectiva por las autoridades judiciales de la Nación o por las políticas de los Estados, dando éstas cuenta inmediatamente al Gobierno General.

Sobre esto el artículo 23 de la Constitución de 57 abolió la pena de muerte para los delitos políticos y, en la especie, la naturaleza jurídica de la conspiración es la de un delito político; por tanto el precepto comentado deviene en anticonstitucional.

Finalmente solo resta llamar la atención del resultado de la confiscación y venta de los bienes eclesiásticos pues

dio un resultado decepcionante. El producto de unos tres millones de pesos, era mucho menos de lo que se había calculado y las antiguas tierras de la iglesia llegaron a parar, sobre todo, en manos de grandes terratenientes y extranjeros (la clase media y el pequeño campesino temían demasiado las sanciones sobrenaturales con las que la iglesia amenazaba a los que compraran tales tierras).²⁸

1.3.- LA MANIFESTACIÓN FORMAL DEL PODER PUNITIVO DE LA EXCLUSIÓN EN MÉXICO

La *Ecclesia*, a lo largo de su historia, ha dominado a la humanidad a partir de imágenes y símbolos; esto fue aprendido por Juárez y los liberales pues crearon un derecho penal simbólico para enemigos, a partir de una emergencia normativa resuelta a reforzar, brutalmente, a la sociedad no confesional con un orden vertical. Así, el derecho de reforma es la obra teórica legitimante del poder punitivo en la etapa de su consolidación definitiva en México, al postular y legitimar acciones que combaten el binomio Iglesia - conservadores, de lo que resulta una racionalización del poder para controlar a todos los enemigos del Estado liberal.

El Estado confesional correspondía a un modelo organicista en donde no se discutía el ejercicio del poder porque se suponía natural, es decir se naturalizaba la superioridad de los conservadores; por su parte la clase liberal en ascenso necesitaba limitar el poder del conservadurismo

²⁷ Foucault, Michel, *op.cit.* nota 7, p.194.

²⁸ Floris Margadant, Guillermo, *Historia del Derecho Mexicano*, 10ª Edición, México, Editorial Esfinge, año 1993, p.176.

para controlarlo y, luego, desplazarlo; por lo que su discurso se sirvió del contrato como modelo de sociedad. Es decir a un modelo natural organicista se opuso el modelo artificial contractualista.

El contractualismo tiene dos vertientes: a) la absolutista; que, de una visión belicista del estado natural, afirma que el contrato nació a efecto de hacer nugatoria la guerra y crear derechos, y b) la liberal; que, de un estado de paz natural, afirma la necesidad de celebrar el contrato para reasegurar y mejorar los derechos ya existentes. De lo antes expuesto queda clarificado porque "históricamente el contenido del Derecho no hace sino reflejar los intereses de la clase que domina socialmente."²⁹

Por otra parte la formalización del proceso de criminalización primaria, que apareció en diversas latitudes en el siglo XIX, tuvo como fuente inspiracional los Códigos Civil, de Procedimientos Civiles, de Comercio, Penal y de Instrucción Criminal elaborados por Napoleón; pero no debemos soslayar que estos responden a la ideología política de la Revolución Francesa y sancionan el triunfo de la burguesía sobre los privilegios feudales. Dichos Códigos están dominados por la idea liberal individualista, que fue retomada por los liberales mexicanos. En una curiosidad del discurso liberal encontramos la idea de que el Derecho está directamente ligado al concepto de justicia; mientras que a *contrario sensu* para el conservadurismo el concepto Derecho va estrechamente vinculado a la idea de seguridad.

Es importante recordar que el liberal individualismo es la doctrina en que

todo el interés estaba centrado en el individuo en sus derechos subjetivos y en su libertad, concebida ésta como la más amplia independencia frente al Estado. Se pensaba entonces que el Derecho objetivo estaba constituido básicamente por el conjunto de todos los derechos subjetivos individuales. El Estado liberal se circunscribía a dictar aquellas reglas de comportamiento coincidentes con una moral mínima indispensable para el mantenimiento del orden público material; era el Estado gendarme que se limitaba a velar porque los individuos respetaran los derechos subjetivos ajenos, dejando a todos su libertad para desenvolverse en la vida social como mejor les pareciera.³⁰

En este tenor es importante mencionar que, de acuerdo al liberalismo contractual, la propiedad privada es un derecho humano fundamental, ya que

en cualquier caso, la concepción liberal de la economía parte de la elevación de la propiedad privada a categoría de derecho fundamental. La libertad de los hombres, además de los temas cívicos y políticos, descansa en que puedan ser propietarios de su casa y de su tierra. La propiedad privada crea las condiciones para dignificar al hombre y así gozar de sus libertades. En el sistema de pensamiento de Locke, la propiedad privada es central,

²⁹ Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 13ª Edición, México, Editorial Siglo XXI, 1999, p.16.

³⁰ *Ibid.*, pp.79-80.

pues la explicación de porque los hombres se reúnen en comunidades y se someten a la autoridad del Estado, es que lo hacen para defender y preservar su propiedad.³¹

Atento a lo anterior queda aclarado el porque, esencialmente, el derecho de reforma en México se dirigió a intervenir, desamortizar y nacionalizar los bienes del clero de manera fundamental, aunque en este camino haya creado una clase emergente: la terrateniente y, con ella, un ejército de desposeídos.

En medio de este panorama ideológico, el conflicto dejó de ser una lesión contra la víctima y se fue subjetivando como una enemistad con el soberano; concepto que ha de entenderse en términos del artículo 39 de la Constitución del 57: "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno."

Así la guerra, como estado, tiene como protagonistas a la sociedad y a los enemigos de esta, fabricados por el poder dominante. La primera, representada por el poder estatal, por medio de un proceso de criminalización primaria en contra de los segundos construye las bases para conservar el fundamento de la punición: el propio Estado.

La tendencia criminalizadora se gestó en lucha e interrogación, como dos paradigmas alternos en la búsqueda de la verdad y/o del conocimiento; y en materia procedimental -o de criminalización secundaria- se acentuó la *inquisitio* como preponderante sobre la *disputatio*³² como método idóneo para allegarse la verdad legal; y desde allí, según relata Michel Foucault en su obra "La verdad y las formas jurídicas", se extendió como la manera universal de crear *logos* y *episteme* al servicio del poder. Así se aparecen las primeras manifestaciones formales del poder punitivo: en un escenario donde el *logos* y el *episteme* jurídicos estuvieron subordinados al poder, pues la revolución de Ayutla permitió que el segmento liberal accediera al poder, y su programa de reforma tenía por objeto principal abrir paso a la organización del desarrollo capitalista, sustentado en una pequeña burguesía emergente que buscaba su inserción en el comercio mundial y reorganizar el mercado interior en el país. Para ello era necesario eliminar las trabas jurídicas a la generalización de las relaciones capitalistas y a la ampliación de mercado, iniciando por el mercado capitalista de tierras. Atento a lo anterior las acciones normativas del universo de inclusión liberal se centraron en intervenir, desamortizar y nacionalizar los bienes del universo de exclusión conservador. Estos corpus normativos pretendían fabricar una clase de pequeños propietarios agrarios, pues iba dirigida no sólo a poner en el mercado las tierras eclesiásticas, sino también las de las comunidades indígenas, al liquidar la antigua estructura de propiedad comunal. Así

³¹ Curzio, Leonardo, *Para entender el liberalismo*, México, Nostra ediciones, 2007, p.23.

³² Creemos que en materia sustantiva -o criminalización primaria- sucedió lo opuesto: la *disputatio* se impuso a la *inquisitio*.

aparecen los fundamentos de una organización nacional burguesa que, apoyada en métodos jacobinos, elimina la estructura que impide su desarrollo: la Iglesia.

Pero el principal resultado de las leyes de Reforma no fue el surgimiento de una nueva clase de pequeños agricultores propietarios, que no puede ser creada por la ley, sino una nueva concentración latifundista de la propiedad agraria. Aquéllas no sólo se aplicaron a las propiedades de la Iglesia. Las tierras de las comunidades agrarias indígenas fueron fraccionadas en los años siguientes en aplicación de esas leyes y dividieron en pequeñas parcelas adjudicadas a cada campesino indio. Estas no tardaron en ser adquiridas a precios irrisorios o arrebatadas directamente por los grandes latifundios vecinos. Durante decenios los latifundios crecieron devorando las tierras comunales de los pueblos indios, particularmente en la región central, la más poblada de México, y convirtiendo a los campesinos de las comunidades en peones de los terratenientes.³³

Aparece, entonces, el proyecto liberal de exclusión y dominio de naturaleza vertical, pues para abrir paso al incipiente capitalismo era necesario liquidar las tierras comunales y formar un proletariado agrícola e industrial, por ello puede afirmarse que "la pobreza no es el resultado de la escasez natural (o del crecimiento desproporcionado de la población), sino que ha sido creada artificialmente, ha sido deliberadamente, perpetuada e intensificada para mantener el poder político en donde actualmente esta."³⁴

Como puede verse la genealogía del saber - poder del enemigo, se reduce a un mero saber para poder que entraña un no pensar, pues a partir de esta ideología bélica se crearon una *episteme* y un *logos* únicos y lo que se consiguió es dejar de pensar. El ser humano ya no se cuestiona *¿quién soy?*, *¿que es el ser?*, *¿donde estoy?*, *¿que es el mundo?*, *¿existe Dios?* En suma ya no pregunta *¿porque ser o porque no ser?* Así se deja de pensar, no porque se olviden las respuestas sino porque se olvidan las preguntas; y el simple saber para poder carece de brújula: un saber que pretende, a partir del poder, crear más capital es un poder para ejercer dominio, para apropiarse de los bienes, para dominar las cosas interrogadas, para esclavizarlas, para excluirlas, para etiquetarlas, para prohibirlas, en suma para ser el *Dominus*. Así lo hizo el Presidente Juárez y, por ende, nunca pudo escindir la contradicción que existía entre el formal Estado liberal y el esencial Estado autoritario, por ello

los liberales jóvenes se hicieron cada vez más radicales y desde la provincia criticaban al gobierno de Benito Juárez por su tendencia centralista e incluso lo acusaban de traicionar el espíritu de la Constitución de 1857. Juárez es cierto, no hacía más que reelegirse y una vez más el liberalismo más puro protestaba por esa desviación a sus ideales.³⁵

³³ Gilly, Adolfo, *La revolución interrumpida*, 5ª reimpresión, México, Editorial Era, 2003, p.19.

³⁴ Smith, Tomás, *La pobreza del poder, México*, Centro de Derechos Humanos YaxKin AC, 2002, p.5.

³⁵ Curzio, Leonardo, *op.cit.*, nota 29, p.43.

Las paradojas Derecho y Justicia permitieron construir el paradigma del Derecho Liberal en la segunda mitad del siglo XIX, dejando atrás las paradojas Derecho y Seguridad que fabricaron el paradigma del Derecho Conservador; en la línea media equidistante entre tales sistemas de pensamiento se observa el puente que permitirá transitar de la economía corporativista, cuya expresión máximo fue la Iglesia - Estado o Estado confesional, a la economía capitalista. Para que el liberalismo económico tuviera una real posibilidad en México, tal y como sucedió en Europa, se requería:

Primero, que la hegemonía y poder jurisdiccional de la Iglesia, asociada al Estado intolerante, desapareciera. Esto ocurrió con la Reforma.

Segundo y consecuente: que cesará el pago de los tributos eclesiásticos, diezmos, primicias y demás. Esto confundido y entorpecido con las funciones discutidas del Patronato Real, cesó con la reforma.

Tercero y también consecuente: Al nacionalizarse los bienes de la Iglesia se transfirieron de las manos muertas a las de los seglares que las adquirieron en propiedad obligadamente individual, pues la propiedad corporativa, pro indiviso, llamase comunal, ejidal, en mancomún, quedó prohibida por el liberalismo, la Constitución y, especialmente, las leyes de tierras.³⁶

Desafortunadamente, por la concupiscencia de algunos, el liberalismo económico, materializado en las Leyes de Reforma, respecto de la propiedad de la tierra originó un latifundismo mayor al de la colonia; estos últimos serían la nueva clase emergente que, a la larga, se erigiría como burguesía mexicana.

Es diáfano que el poder, materializado en una norma, constituye y produce a los sujetos a partir del control social; por este último se entiende

el conjunto de sistemas normativos definidos por diversas instituciones, con base en las cuales y mediante estrategias de socialización y procesos selectivos, se procura asegurar la fidelidad o el sometimiento de la colectividad a los valores de un sistema imperante.³⁷

Operacionalmente, uno de los elementos que integran el concepto de "control social" es el proceso selectivo de criminalización que se explica como "la serie de actos selectivos, administrativos y jurídicos a través de los cuales se va escogiendo a las personas a quienes se aplicará el Derecho Penal."³⁸ Hacemos notar que el proceso de criminalización tiene dos vertientes: 1ª criminalización primaria, consiste en la selección que realiza el poder de ciertos bienes, que son de su interés, para protegerlos con una pena al formular la descripción legal de un delito; y 2ª criminalización secundaria que implica la elección de determinados individuos para que sean destinatarios de la norma y pena correspondiente.

³⁶ López Portillo, José, *Dinámica política de México tercera parte: la resultante soberana*, 2ª Edición, México, Editorial Planeta, 1995, p.145.

³⁷ Reyes Calderón, José Adolfo, *Criminología*, 3ª Edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2001, p.280.

³⁸ *Ibíd.*, p.281.

De lo anterior se colige que el delito, como construcción de la realidad, es fabricado por los sujetos que ejercen el poder en contra de los que no lo tienen, a partir de los procesos selectivos de criminalización primaria y secundaria; por tanto el Derecho penal y su consecuencia, el enemigo tienen un origen, ontológicamente, político; la política criminal pasa a ser la *ideología que orienta al control social punitivo del Estado para asegurar el dominio de las clases hegemónicas sobre las subalternas al reproducir el consenso respecto a los principios axiológicos en que se basa la sociedad*. Principios axiológicos que, hemos dicho, se sustentan en el binomio Derecho y Justicia, que conforman a un Derecho Liberal que pregona, como Derecho Fundamental, la propiedad privada.

1.4.- NOTAS COMUNES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Dice Jesús María Silva Sánchez que la sociedad postindustrial presenta una serie de fenómenos que representan una serie de retos al Derecho Penal, como la neo tutela de bienes jurídicos -el medio ambiente, el patrimonio histórico y, sobre todo, la estabilidad del orden económico.- peligros como el terrorismo, la delincuencia organizada, el aumento de la delincuencia callejera, la inmigración, etc. que conducen a la sociedad a pedir respuestas y soluciones, no al Derecho de Policía, sino al Derecho Penal, al que ven como un instrumento capaz de generar consenso y reforzar la comunidad.³⁹

Esto trae como consecuencia un expansionismo penal, en donde se cree que el punitivismo, a partir de la flexibilización de principios políticos-criminales, de reglas de imputación e incluso la aplicación de políticas de inocuidad,⁴⁰ dará la solución adecuada.

Recordemos que el paradigma tradicional del Derecho Penal Liberal indicaba como sus características, que le daban una naturaleza *sui generis*, el ser público, autónomo, científico y personal. La esencia del Derecho Penal Posmoderno ha cambiado al introducir caracteres novedosos al penalismo; así a partir de la reforma del 18 de junio de 2008 a la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos podemos afirmar que el Derecho Penal era *público* debido a que la pena la impone el Estado pero ahora, también es *privado* derivado de la introducción de los llamados criterios de oportunidad que prescindían de manera parcial o total de la pretensión punitiva del Estado en los supuestos que fije la ley, sin olvidar que la acción penal de corte privado también pone en entredicho la naturaleza pública del Derecho Penal. Cabe indicar que se decía que el Derecho Penal era *científico* por su noble fin: la reinserción social, no obstante mediante la llamada justicia restaurativa y los Medios Alternativos de Solución de Controversias se pretende con convenios, conciliaciones, mediaciones o negociaciones entre la víctima u ofendido y el probable autor y/o participe resolver la *litis* sin que sea necesaria la reinserción de alguno de los involucrados en el drama penal. Finalmente recordaremos que se nos dijo que el Derecho

³⁹ Silva Sánchez, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, España, Civitas, 2ª edición, 2001, pp. 41-42.

⁴⁰ *Ídem*, pp. 141-147.

Penal era *autónomo y personal*, notas trastocadas con la importación de la llamada extinción de dominio que le vuelven heterónomo y trascendente, pues es necesario en el proceso de extinción de dominio aplicar supletoriamente el Código de Procedimientos Civiles para obtener la sentencia que declare el dominio extinto (carácter heterónomo) y procede sobre bienes materia de una sucesión o sobre los que su dueño otorgue la posesión derivada y el poseedor lo destine a alguno de los fines enumerados por la ley de extinción de dominio y no haga algo para impedirlo u omita notificarlo a la autoridad (carácter trascendente). Como puede verse el Derecho Penal del futuro en México es propiamente un Derecho Penal para Enemigos y el análisis del futuro del Derecho Penal, lleva a Silva Sánchez afirmar la imposibilidad de volver al viejo derecho penal liberal, por lo que entre el Maximalismo y Minimalismo penal se debe encontrar el "punto medio". Así al partir de la calidad de las penas existentes, es factible salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión. Por el contrario y a propósito del Derecho Penal Económico cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación como de los principios políticos criminales.

Por tanto, si la pena es de prisión, se debe mantener el sistema rígido de garantías del Derecho penal clásico; y si la pena es privativa de derechos o pecuniaria, se permite la flexibilización de dichos criterios, quedando caracterizadas, a juicio de Silva Sánchez, las "dos velocidades" del Derecho Penal: una primera representada por el "Derecho penal de la cárcel" y una segunda velocidad para los delitos de "penas privativas de derechos o pecuniarias".

El problema es que aparece un "sin embargo", pues el discurso de la emergencia, al ordinarse, da lugar a la eliminación o reducción de los Derechos Fundamentales relajando las reglas de imputación de responsabilidad, anticipando la intervención penal a fases previas a la ejecución y preparación del delito y se incrementa, cuantitativamente, la pena de prisión, apareciendo figuras como la incomunicación, las intervenciones telefónicas, los agentes encubiertos, la denuncia anónima para tratar de resolver la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta o reiterada, el narcotráfico, la criminalidad de Estado y la criminalidad organizada con su circunstancial compañero de viaje: el terrorismo.

Ello, lleva a Silva Sánchez a preguntarse si ante esta postura nos encontramos ante un *Derecho Penal de Tercera Velocidad*,⁴¹ que nosotros identificamos como Derecho Penal de la Enemistad, pues este ámbito normativo reforzado viene a erigirse en una mera declaración de guerra contra el enemigo de la paz, de la ley, de la autoridad y del orden pero, desafortunadamente, no ha incidido en esa criminalidad que pretende resolver.

El ente peligroso es combatido, por los medios que la guerra proporciona a través del Derecho Penal, cuyas notas comunes -esto implica que no hay un Derecho Penal del Enemigo sino una serie de normas disgregadas en ordenamientos diversos que presentan rasgos de este excepcional Derecho- enunciamos como sigue:

- a) La doctrina le fundamenta en la distinción que el funcionalismo sistémico hace entre persona e individuo, que corresponde a la

⁴¹ *Idem*, p. 163.

diferencia entre sociedad y ambiente. La sociedad es un sistema autopoietico integrado por comunicaciones. Las personas dan lugar al proceso comunicativo y, por ello, forman parte del sistema. Los individuos, a su vez, quedan integrados en el entorno ambiental por carecer de comunicación. Dentro de la categoría "individuo" se distingue la noción del enemigo;

b) El enemigo se despersonaliza mediante la autoexclusión del Derecho y es tratado como una cuasi persona cuando el Estado reacciona en su contra,

c) El Derecho Penal del Enemigo implica un amplio adelantamiento de la punibilidad a los actos preparatorios o, lo que es lo mismo, se criminaliza el estadio previo a la lesión o daño del bien jurídico tutelado mediante *normas de flanqueo*;

d) La consecuencia jurídica del *sui generis* Derecho es un aumento de la pena, que se sustenta en la Teoría de la Prevención General Positiva que afirma la vigencia del Derecho como mecanismo regulador de conductas y lo reestablece, ratificando la identidad normativa de la sociedad al eliminar o combatir el peligro. En este contexto es importante hacer notar que "la principal finalidad de la retribución parece ser reafirmar determinada situación considerada justa, adecuada, o simplemente deseada, que ha sido amenazada o modificada por un acto no deseado."⁴² De lo anterior queda clarificado que el Derecho Penal del Enemigo es un instrumento netamente retributivo;

e) Se flexibilizan o suprimen determinados Derechos Fundamentales;

f) Se reduce la posibilidad de acceder a los sustitutivos penitenciarios;

g) El Derecho Penal del Enemigo es un derecho penal de autor⁴³ y no del acto, pues al no ofrecer el *hostis* una garantía de seguridad cognitiva

⁴² Messuti Ana, *El tiempo como pena*, Argentina, Campomanes Libros, 2001, p.16.

⁴³ Novena Época. Registro: 162411. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, Abril de 2011. Materia(s): Penal. Tesis: I.5o.P.78 P. Página: 1246

CONDENA CONDICIONAL Y SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. DIFERENCIA ENTRE LOS REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN DE LOS BENEFICIOS PREVISTOS EN LOS ARTICULOS 90 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y 89 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Los antecedentes legislativos del Código Penal para el Distrito Federal revelan que para su creación, se adoptó el criterio de la culpabilidad, así como el derecho penal de acto, no de autor, a diferencia del ordenamiento sustantivo federal, cuya formación está basada en las ideas de la Terza Scuola, que esencialmente atendía al grado de peligrosidad o temibilidad del sentenciado, lo cual induce a pronosticar si es proclive a delinquir en función de su personalidad. En esa tesitura, a diferencia de los requisitos que para la concesión de la condena condicional enumera el artículo 90 del Código Penal Federal, el diverso 89 del código sustantivo para el Distrito Federal, para la suspensión condicional de la pena, no incluye un pronunciamiento sobre la proclividad a delinquir del procesado, por lo cual, el análisis respectivo debe limitarse al momento del acto delictivo, es decir, a la ponderación de las circunstancias descritas en el numeral citado en último término, el cual tiene como fin determinar las causas que influyeron en el acusado para cometer el delito materia del proceso y valorar el menor o mayor beneficio de su convivencia social fuera de reclusión, sin que legalmente proceda análisis alguno de su conducta futura.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 242/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretario: Luis Ángel Gómez Revuelta.

- en su comportamiento se le define como mera contingencia generadora de riesgo. Este autoritarismo queda de manifiesto al combatir a determinado grupo de personas entre sus fines principales;
- h) Se encuentra concebido y mezclado dentro de las fronteras que debieran delimitar al derecho penal ordinario;
- i) El Derecho Penal del Enemigo entraña una afirmación descriptiva (existe el Derecho Penal del Enemigo) y, al mismo tiempo, una valoración (¿es legítimo?);
- j) Existe confusión entre el enemigo y las clases peligrosas, la guerra con la actuación policial y las relaciones internacionales con la política interior;
- k) Se relativizan los principios de la acción, de culpabilidad, de proporcionalidad, de presunción de inocencia y de *nemo - tenetur*, de intervención mínima, de legalidad -con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro-, de resocialización del condenado, etc.
- l) El Derecho Penal del Enemigo aparece para hacer frente a una emergencia;
- m) La legislación penal de emergencia se caracteriza por fundarse en un supuesto hecho nuevo o extraordinario (emergencia); la existencia de un reclamo de la opinión pública para generar la solución al problema causado por la emergencia; la construcción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal liberal que proporcionan a la sociedad una sensación de solución de la emergencia, sin erradicarla efectivamente. Esto permite equiparar al Derecho Penal del Enemigo al Derecho Penal simbólico;
- n) Es un Derecho que, propio de la sociedad del riesgo, tiende a la eficacia que, en términos político criminales, se traduce como un mero inflacionismo y expansionismo punitivo con plena y evidente restricción garantista. En otros términos junto al concepto de "riesgo" aparecen los términos "expansión" y "restricción";
- o) Esta teoría otorga consecuencias normativas a consideraciones descriptivas, sin justificar el tránsito del *ser* al *deber ser*, intentando derivar su validez de un mero eficientismo;
- p) Tras las vicisitudes del Derecho Penal del Enemigo subyace una bizantina discusión: la tensa relación entre Derecho Penal Liberal (de Garantías) y Derecho Penal de la Seguridad. Esto porque se parte de la idea de que es preciso renunciar a una parte de la libertad individual para alcanzar la seguridad colectiva; esto implica el desplazamiento del Estado de Derecho al Estado Preventivo o proactivo;
- q) El Derecho Penal del Enemigo contribuye a un nuevo modelo de Seguridad Ciudadana en donde el delincuente es degradado a enemigo y la expansión de la intervención penal en clave personal y no fáctica;
- r) El Derecho Penal del Enemigo es un arma, un instrumento de lucha que, al no tender a asegurar una justicia reconocida y reconocible, se transforma en un paradigma de guerra y violencia;

- s) El Derecho Penal del Enemigo tutela a los ciudadanos asentado sobre un estatuto antígantista y el Derecho Penal ordinario tutela bienes jurídicos con un estandarte garantista;
- t) La política como guerra y la guerra como política permite la elaboración de un enemigo del Estado y de un Enemigo para el Estado;
- u) El Derecho Penal del Enemigo, como lógica de Derecho Penal de Autor, prescinde de los principios de retribución y culpabilidad para transitar al Derecho Penal de la peligrosidad, de la prevención y del estigma;
- v) El Derecho Penal del Enemigo diluye la separación realizada por Von Liszt que otorgaba a la política criminal funciones de lucha y a la ley penal funciones de garantía que sería la barrera absoluta de la política criminal;
- w) El Juzgador al aplicar el Derecho Penal del Enemigo mira al presente y al futuro no menos que al pasado, pues tal programa criminalizador es una lucha en el presente y para el futuro que permite una resolución imparcial sobre violaciones pasadas, es decir al mirar al futuro neutraliza peligros y al observar el pasado reafirma la vigencia de la norma;
- x) De una situación excepcional surgen reglas jurídicas excepcionales inspiradas en la lógica de guerra, conocidas tales como Derecho Penal del Enemigo;
- y) El Derecho Penal del Enemigo ha otorgado la ciudadanía jurídica a fenómenos de exclusión social radical, de guerra y lucha, sin preocuparse por definir, aunque sea mínimamente, los límites de legitimidad de las categorías introducidas, y
- z) El Derecho Penal del Enemigo constituye un proceso cualitativo de reducción y flexibilización de las garantías propias del Derecho Penal Clásico.

1.5.- EL ENEMIGO EN LA POSMODERNIDAD

La delincuencia puede ser dividida en dos grupos: delincuencia desorganizada y delincuencia organizada. Durante años el enemigo del poder fue el delincuente desorganizado que orientaba sus acciones a exhibir las contradicciones del sistema y aquél que se atrevía a profanar, con actos burdos, la propiedad privada. En el siglo pasado apareció un enemigo con tales características que fue necesario tratarlo en los Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

Así, el primer antecedente del tema de la delincuencia organizada lo encontramos en el Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Kioto, Japón, 1970). En el Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, Suiza, 1975) se determinó que una de las características de la criminalidad organizada es que opera como una unidad económica de producción. En el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Caracas, Venezuela, 1980) y en el Séptimo Congreso de

las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Milán, Italia, 1985) se hizo notar la importancia que adquiriría la delincuencia organizada al grado que asumió un carácter transnacional. En 1988 aparece la Convención de Viena o *Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, cuyo artículo 5º contempla la pena de decomiso del producto y de los bienes provenientes directa o indirectamente del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias Psicotrópicas. En 1990 se celebró en la Habana, Cuba, el Octavo Congreso y en 1995 el Noveno Congreso en el Cairo, Egipto, para culminar en 1999 con el Convenio para la Represión del Financiamiento al Terrorismo y en 2000 la Convención de Palermo o *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*.

En 1993 nuestro país comienza a teorizar al enemigo, pues aparece en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el concepto "Delincuencia Organizada".

En este tenor el párrafo relativo del precepto *supra* invocado rezaba:

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia *organizada*. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

Más tarde se intentó legislar de manera secundaria la materia e incluso se reformó y adicionó el propio artículo 16 constitucional para legitimar los aspectos más discutibles del *sui generis* fuero neoliberal posmoderno llamado "Delincuencia Organizada". Así el 7 de noviembre de 1996 se publica la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Respecto a este tema Sergio García Ramírez dice:

En un artículo periodístico publicado en "Excelsior" el 25 de abril de 1996, que dediqué a comentar ese ordenamiento, lo calificué, en uso de un símil cinematográfico, como *El bebé de Rosemary*. Permítaseme que recupere aquí esa figura, tomada de un filme realizado hace varios años por el director Román Polanski. En esta historia, el demonio decide engendrar un hijo en el vientre de Rosemary, para iniciar una nueva generación diabólica que tomaría el control del planeta. Vuelvo al tema que vengo desarrollando: la ley secundaria sobre esta materia es una suerte de bebé de Rosemary trasplantado a la vida jurídica; en efecto, constituye el principio de una nueva generación de normas penales: revoca los principios del derecho conocido en México y plantea un régimen punitivo diferente. De esta suerte, abre la puerta hacia horizontes inciertos y caminos intransitados, o bien, transitados y abandonados por razones que conocen perfectamente quienes se han asomado siquiera a la historia de las instituciones penales. ¿A dónde se llaga por esta ruta?⁴⁴

Se llega, podría responderse al prestigiado académico, al lugar en que nos encontramos en este instante: a la estigmatización del narcotráfico como enemigo único de los mexicanos.

⁴⁴ García Ramírez, Sergio, *Delincuencia Organizada*, 3ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2002, p.89.

Recordemos que el artículo 2º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, reformado el 23 de enero de 2009, dice:

Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 a 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; el previsto en la fracción IV del artículo 368 Quáter en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;

IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;

V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y Robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal;

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

VII. Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como puede observarse la fracción I de la Legislación Especial citada alude a la descripción típica contenida en los artículos 194 y 195 primer párrafo, reformados el 20 de agosto de 2009, del Código Penal Federal. Estos dispositivos se encuentran en el Libro Segundo, Título Séptimo, bajo el epígrafe "Delitos contra la salud", capítulo I "De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos".

Los preceptos citados son del tenor siguiente:

Artículo 194.- Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

I.- Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud;

Para los efectos de esta fracción, por producir se entiende: manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico, y por comerciar: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico.

Por suministro se entiende la transmisión material de forma directa o indirecta, por cualquier concepto, de la tenencia de narcóticos.

El comercio y suministro de narcóticos podrán ser investigados, perseguidos y, en su caso sancionados por las autoridades del fuero común en los términos de la Ley General de Salud, cuando se colmen los supuestos del artículo 474 de dicho ordenamiento.

II.- Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito.

Si la introducción o extracción a que se refiere esta fracción no llegare a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del agente, la pena aplicable será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el presente artículo.

III.- Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo; y

IV.- Realice actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualesquiera de las instancias comprendidas en el artículo anterior.

Las mismas penas previstas en este artículo y, además, privación del cargo o comisión e inhabilitación para ocupar otro hasta por cinco años, se impondrán al servidor público que, en ejercicio de sus funciones o aprovechando su cargo, permita, autorice o tolere cualesquiera de las conductas señaladas en este artículo.

Artículo 195.- Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194, ambos de este código...

De lo que se colige que el narcotráfico se traduce en una pluralidad de acciones tales como manufacturar, fabricar, producir, transportar, traficar, comerciar, poseer, transmitir directa o indirectamente el narcótico, introducir o extraer del país narcótico, aportar recursos económicos o de cualquier especie, o colaborar de cualquier manera al financiamiento de esas actividades. Es importante recordar la existencia de los llamados delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, contemplados en los artículos 475, 476 y 477 de la ley General de Salud que impiden la aplicación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada siempre que los narcóticos estén previstos en la tabla que señala el artículo 479 de la Ley y en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en la misma.

Por su parte el Poder Judicial de la Federación, en relación al tema de Delincuencia Organizada ha establecido lo siguiente:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. LOS ARTÍCULOS 2o., FRACCIÓN I, Y 4o., FRACCIÓN I, INCISO A), DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO TIPIFICAN LOS MISMOS HECHOS O CONDUCTAS ILÍCITAS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 194, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y, POR TANTO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El solo acuerdo de organización o la organización misma que, como establece el artículo 2o., fracción I, de la ley de la delincuencia organizada, tenga como fin cometer alguno de los delitos contra la salud, es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la propia ley, con independencia de la comisión y sanción de estos últimos, implicando la autonomía del tipo, respecto del artículo 194, fracción III, del Código Penal Federal. En efecto, del artículo relativo al delito contra la salud en la modalidad de colaborar "de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo (capítulo I 'De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos, comprendido en el título séptimo 'Delitos contra la salud')", del Código Penal Federal, se advierte que la descripción del tipo penal es la siguiente: Que el sujeto activo preste colaboración a otras personas en el financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere el capítulo I, título séptimo, del Código Penal Federal, en la inteligencia de que esa colaboración implica su intervención en inversiones o cuestiones financieras que capten los recursos procedentes del narcotráfico, y que después vuelvan a reinvertirse como recursos económicos en el financiamiento de esas conductas ilícitas, o bien supervisando o fomentando para posibilitar la ejecución de estas últimas. 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 tipos de ambas figuras delictivas "delincuencia organizada" y "delito contra la salud" en la modalidad mencionada son diferentes: primero, porque mientras aquél 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 señalados en esa ley federal, con independencia de que se actualice la comisión de alguno de esos ilícitos, el segundo alude a la conducta consistente en prestar colaboración a otras personas, en el financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere el capítulo aludido; en segundo lugar, el numeral 2o. requiere de pluralidad de sujetos activos del delito, es decir, concurrencia de voluntades, requisito no exigido en el artículo 194, pues conforme a éste el activo del delito contra la salud puede ser una sola persona. Lo expuesto revela que los artículos analizados contemplan figuras delictivas diferentes; de ahí, que el auto de formal prisión con el cual inicia la prosecución del proceso a la peticionaria de garantías no se sigue por dos delitos que sancionan la misma conducta sino que se está en presencia de un concurso real de delitos, como lo establece el artículo 18 del Código Penal Federal y no infringen el artículo 23 de la Constitución Federal.

Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice (actualización 2002). Tomo II, Penal, P.R. SCJN. Página: 109. Tesis: 15. Tesis Aislada. Materia(s): Penal.

Amparo en revisión 446/2001.-25 de junio de 2002.-Once votos.-Ponente: Juan Díaz Romero.-Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

Los Cárteles de la droga en México han sido el blanco de atención de los diseñadores de las acciones político criminales de los últimos años. Lo anterior porque

En México el narcotráfico se muestra con todas las características de la delincuencia organizada, y se halla en la raíz de las preocupaciones estatales y sociales sobre estos fenómenos. La naturaleza de las medidas adoptadas por el Estado Mexicano -acertadas unas, erróneas otras- derivan de la vinculación entre delincuencia organizada y narcotráfico, así como de la enorme y creciente gravedad que en los últimos años ha revestido esta familia de delitos.⁴⁵

En el discurso oficial, a partir del año 2006, se afirmaba haber identificado a siete grandes cárteles de la droga que operaban en territorio nacional asociados de una u otra forma a células de colaboradores.

En 2006, al final de la presidencia de Vicente Fox había siete cárteles en México. Su sucesor, Felipe Calderón, declaró oficialmente la guerra contra el narco en cuanto llegó a la presidencia. Hoy en día, aunque el presidente sólo reconoce once, los expertos creen que hay 28 cárteles activos. Esta atomización de los cárteles es responsable en gran parte de la ola de violencia que vive el país desde hace años y que ha producido decenas de miles de muertos. En las últimas décadas los narcos han ido consiguiendo armamento cada vez más potente, subfusiles militares, lanzagranadas, balas explosivas o perforadoras, capaces de atravesar blindajes y chalecos antibalas. Una buena parte de las autoridades y las fuerzas de seguridad locales colaboran con los narcos y los protegen de la justicia. El resto no puede o no se atreve a hacer nada por miedo a represalias. Los esfuerzos del ejército y la policía federal consiguen detener a algunos capos que son sustituidos por otros en cuestión de días.⁴⁶

La llamada "guerra contra el narco" -eufemísticamente llamada lucha contra el narco, ya que lucha es un sustantivo femenino que implica enfrentamiento físico o armado - ha generado los cárteles se desplacen a Centroamérica y colaboren con bandas norteamericanas

Los cárteles mexicanos han intensificado su colaboración con distintas bandas y pandillas norteamericanas, especialmente las formadas por latinos. Los narcos valoran que sus miembros suelen tener doble nacionalidad o, al menos, permiso de residencia en Estados Unidos, lo que facilita su pase por la frontera. Las más de 30,000 pandillas que hay en los barrios del país, son responsables de cerca de la mitad de los delitos cometidos en Estados Unidos, se ocupan de la distribución minorista de drogas, pases a través de la frontera, cobro de deudas, tráfico de armas y personas y todo tipo de robos. Algunas de las más conocidas son: MS-

⁴⁵ *Ídem.* p.33.

⁴⁶ Gállego José T., *Los Patronos del Mundo*, México, Ediciones B, 2013, p.127.

13 (Mara Salvatrucha), Latin Kings, Le Eme, Barrio Azteca, Tango Blast, La Familia Nuestra, Lennox 13, Jóvenes Prodigiosos, Hell Angels, Crips o Vatos Locos.⁴⁷

Como puede concluirse, los grupos nacionales de trasiego de estupefacientes han originado una serie de medidas político-criminales a efecto de salvaguardar, manifiestamente, la salud pública, aunque

deberíamos ser muy triviales o muy ilusos si aceptásemos a pie de puntillas que hoy el combate de la droga se centra, como se nos pretendió hacer creer mediante el bombardeo de estereotipos creados por agencias de ideologización, secundadas por medios masivos de difusión, en la defensa de la salud pública y el quebranto moral y físico o aún la muerte de millones de jóvenes.

Nunca se vio ni se recuerda en el planeta una parafernalia propagandística inversa y directa, concreta y elíptica con respecto a una temática que requiere, precisamente, movimentar el tabú y la tentación hacia lo prohibido. Nunca su supo en este caso, si la represión sirve para intimidar o fomentar. Nunca los políticos se han interesado y tomado como problema nacional algo que pertenezca al campo científico para transformarlo en social. Aún en países de escaso consumo o, si se quiere, consumo gobernable de drogas con elementos de criminalización formal a la mano.

La salud pública aparece como bien jurídico protegido en los códigos penales y leyes, pero la realidad demuestra de forma palmaria e incontrovertible que la pulpa y epicentro de todo lo referido a la droga estriba en lucrar y, por ende, conocer de y hacia donde marchan los narcodólares de este singular negocio de nuestra era que supera en sus ganancias a las que proporciona el petróleo y el maíz.

No resulta serio decir hoy que el problema que interesa sea el de la salud pública que aparece como bien jurídico protegido en los códigos penales. El tema pasa por saber cuáles bancos lavan el dinero y hacia dónde fluye. Eso es lo único importante aunque nadie dé la cara y lo diga. De ahí que la problemática central este referida al control social de la droga. En una palabra, lo que interesa -lo que interesó siempre- son los denominados narcodólares.⁴⁸

Así para construir el control social de corte multidimensional sobre la droga el gobierno mexicano ha instrumentado un programa en que el Ejército Mexicano realiza labores de Seguridad Pública y "lucha" contra el enemigo de la sociedad mexicana: el narcotráfico bajo el epíteto siguiente: La lucha contra el narcotráfico *versus* los Derechos Fundamentales. Lo anterior porque la tendencia político criminal del hostis encuentra su dudosa justificación en planteamientos nacidos en momentos históricos en que dominó el totalitarismo, ideología negadora de los más elementales Derechos Fundamentales de la persona y que, al día de hoy, se conocen bajo epígrafes como "Derecho Penal del Enemigo", "Derecho Penal de la Peligrosidad" "Derecho Penal de la

⁴⁷ *Ídem*. P. 129.

⁴⁸ Neuman, Elías *Corrupción, Drogas y Neocolonialismo*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1995, pp.242-243.

Intervención" o "Derecho Penal de la Tercera Velocidad". La vicisitud que enfrentamos es la identificar con claridad al enemigo -narcotraficante- del ciudadano para aplicarle el derecho excepcional carente de derechos fundamentales. Esto, por supuesto, implica utilizar al Derecho Penal más allá de lo que permite el principio de *última ratio* y, al mismo tiempo permite que el universo punitivo sea salpicado por normas de cuño autoritario incompatibles con el Estado de Derecho.

Lo que en realidad importa son los narcodólares, la hegemonía del modo de producción - dominación capitalista y su sistema neoliberal, no el Estado de Derecho ni los Derechos Fundamentales; por ello no extraña el contenido de la Recomendación número 34/2007 de fecha 3 de septiembre de 2007 emitida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre el caso de la señora Ernestina Ascencio Rosaria, quien fue violada y privada de la vida por un grupo de miembros del Ejército Mexicano en la comunidad de Tetlatzinga, municipio de Soledad Atzompa, en la Sierra de Zongolica, Veracruz el 25 de febrero de 2007, delito, que al día de hoy, sigue impune haciéndose del conocimiento público que la occisa falleció de causas naturales, cuando dos necropsias han acreditado lo contrario.

Esto acredita que, el entonces Presidente Felipe Calderón, Comandante Supremo de las fuerzas Armadas tuvo un gran compromiso con las mismas y permitió que se conculcasen los Derechos Fundamentales de los ciudadanos por parte de la Milicia, mientras él proclamó su inocencia. Esto, en gran medida, porque los gobiernos débiles acuden a la acción represiva y al auxilio de las fuerzas armadas y, conjuntamente, se va creando una dependencia paulatina de tal fuerza pública, hasta llegar al grado en que su permanencia y estabilidad dependen sobre todo de ella, apareciendo en el escenario político de tal país el Estado Policía.

A 100 días de haber iniciado su mandato, el presidente Calderón ha enviado este mensaje al aparecer en sus primeros actos públicos acompañado por los miembros del Ejército y la Armada de México, incluso utilizando el uniforme de campaña con la tan comentada gorra con las cinco estrellas. Esto sin duda le ha generado muchas críticas tales como: si busca el respaldo de las fuerzas armadas para fortalecer su posición política, bastante debilitada después del proceso electoral de julio de 2006; o que si es para volver a dotar a la institución presidencial del respeto y solemnidad que había perdido; etc.⁴⁹

Cabe mencionar que al día de hoy se pretende continuar "la lucha" contra el enemigo de los mexicanos a partir de la llamada "Gendarmería Nacional", propuesta político criminal de Enrique Peña Nieto que, según los medios de comunicación, en julio de 2013 la Secretaría de Gobernación iniciará el flujo de recursos para la creación de la misma con la transferencia de los primeros 300 millones de pesos, pues el Presupuesto de Egresos de la Federación para el 2013 destinado a la creación del nuevo órgano de seguridad, que será de origen militar y

⁴⁹ García Silva, Gerardo, *El papel de las fuerzas armadas en las labores de seguridad pública en Criminogénesis* número 1, México 2007, p.369.

dirigido por el comisionado nacional de Seguridad, le asignó una partida de 1,500 millones de pesos con la intención de que comience a operar hasta el año 2014.

Aunque la decisión de crear la Gendarmería fue anunciada desde diciembre pasado, la Secretaría de Gobernación indicó: "Se encuentra en etapa deliberativa hasta en tanto se adopten las decisiones finales".

La Segob clasificó como reservada la documentación en la que se justifica y se planifica la creación del nuevo órgano de seguridad.

En la solicitud de información 0000400013913 se requirió a la Segob cualquier documento donde se haga referencia a la creación de la Gendarmería Nacional y aquellos en los que se hagan las evaluaciones sobre la misma, a lo que la Segob respondió: "La documentación que obra sobre ese tema reviste el carácter de información reservada en términos del artículo 14 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información a la Información Pública Gubernamental, toda vez que el documento que se genere para su definición se encuentra en etapa deliberativa hasta en tanto se adopten las decisiones finales".⁵⁰

Esto porque el fundamento político criminal para los enemigos ha permitido actuar a la milicia en tareas para las que no está preparada y la consecuencia necesaria es la vulneración de la esfera mínima de Derechos de los gobernados, olvidando que hay que tener mesura con la mano dura y mano dura con el Derecho Penal del Enemigo, pues

una policía que aún no ha recibido formación para desempeñarse en democracia, y que fue el brazo adjetivo del terrorismo estatal, sirve sobremanera al propósito. Y, en las cárceles, opera una especialísima "operación limpieza" que conduce de la segregación social hasta la muerte que se propicia. La "Doctrina de la Seguridad Nacional", estandarte de la dictadura, es reemplazada por la "Doctrina de la Seguridad Ciudadana".⁵¹

Esta manipulación al sistema penal sienta las bases del neocolonialismo que el vecino país del norte pretende ejercer sobre el nuestro a partir de la denominada "Iniciativa Mérida", las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio del 2008.

Lo anterior porque los Estados Unidos de Norteamérica han teorizado como enemigo al terrorismo, desde el día 11 de septiembre de 2001, mediante la ley temporal y excepcional conocida como "patriotic Act" (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*) del 26 de Octubre de 2001. Esta normatividad permite una financiación secreta al Departamento de Justicia y al FBI para la defensa frente al terrorismo, ensancha el concepto de terrorismo comprendiendo actos preparatorios, legitima las interceptaciones de comunicaciones sin autorización de potencias

⁵⁰ <http://eleconomista.mx/sociedad/2013/03/24/gendarmeria-obtendra-sus-primeros-recursos-julio>

⁵¹ Neuman, Elías, *El Estado Penal y la Prisión Muerte*, Argentina, Editorial Universidad, 2001, p.10.

extranjeras y de sus agentes, las investigaciones con motivación secreta durante meses son acompañados de medidas de protección de las fronteras exteriores y de leyes relativas a la inmigración. Partiendo de una privación de libertad sin motivación y control jurisdiccional durante siete días sucede que resoluciones administrativas sucesivas extienden el término de la detención a un plazo, comúnmente, de noventa días, renovable en ocasiones diversas por causas de Seguridad Nacional. En este escenario, el 13 de noviembre de 2001, la administración Bush emite la *military order* que introduce una jurisdicción de tipo castrense, pero no ordinaria, para los terroristas o quienes les apoyen. Esta jurisdicción construye tribunales especiales y sistemas especiales de detención similares a las llevadas a cabo en Guantánamo, Cuba. El combatiente enemigo, sospechoso de pertenecer a un grupo terrorista o ser colaborador de éste, es un combatiente carente de legalidad y, por ende, si es capturado no es un prisionero de guerra que disfrute de los derechos consignados en la Convención de Ginebra de 1949; amén de lo anterior las resoluciones de detención de los combatientes enemigos no están sometidas al control jurisdiccional reconocido por la Constitución Federal de los Estados Unidos a cualquier sujeto en estado de detención, esto porque los enemigos combatientes en la Bahía de Guantánamo son clasificados como "hombres sin Señor" al ser situados más allá del derecho de la guerra y del derecho norteamericano.

Siguiendo este ejemplo el mundo central creó normatividades contra terroristas bajo el esquema de la enemistad, tal es el caso Inglés con la "*Ley contra el Terrorismo, el Delito y la Seguridad*" del gobierno de Tony Blair que fue derogada por la Cámara de los Lores, por permitir que los sospechosos del delito de terrorismo pudiesen ser detenidos sin juicio de manera indefinida lo que implicaba, de manera tácita, la derogación de la Convención Europea de los Derechos Humanos, aprobándose en marzo de 2005 la "*Ley de Prevención del Terrorismo*" aplicable tanto a ingleses como a extranjeros. Esta Ley, ante la imposibilidad de detener a los sospechosos de terrorismo, introduce las denominadas "órdenes de control" que permiten vigilar a los peligrosos extranjeros.

Italia, por su parte, fabricó su legislación antiterrorista mediante la Ley de 14 de diciembre de 2001 número 431, de "*Medidas urgentes para reprimir y contrarrestar la financiación del terrorismo internacional*" que crea el denominado *Comité de Seguridad Financiera -Comitato di Sicurezza Finanziaria-* y la Ley de 15 de diciembre de 2001 número 438, sobre "*Disposiciones urgentes para contrarrestar el terrorismo internacional*", normatividades destinadas a hacer frente al terrorismo, la mafia y los tangentopoli.

España, a su vez, tipifica en su Código Penal en los artículos 571 al 580 los delitos de terrorismo, entre los que destaca el tipo de enaltecimiento del terrorismo (artículo 578) por trastocar la naturaleza del ordenamiento punitivo que algún día fue conocido como "Código Penal de la Democracia" en un "Código Penal de la Seguridad".

Lo anterior demuestra una evidente influencia de la Política Criminal de los Estados Unidos que, con un corte neoconservador, postula la necesidad de un endurecimiento y aumento progresivo de la represión y exclusión penal.

El análisis comparativo en cita demuestra como nuestro universo jurídico nacional va navegando, de manera rápida, a los postulados del Derecho Penal de la Enemistad, en el tema de la lucha contra el narcotráfico, pues el ente que ejerce el monopolio de la violencia esta transformando en pseudo narcotraficantes a ciertos excluidos que ya ha comenzado a estigmatizar como enemigos olvidando, aunque el olvido este lleno de memoria, que la especie más grave de la política criminal es el crimen que surge del seno de la política al dar continuidad a la guerra por medio de la mas vil forma del terrorismo: el "Terrorismo de Estado", que latentemente afirma "no lo excluimos porque es un enemigo sino que es un enemigo porque lo excluimos".

Se hace la guerra para
ganarla no porque sea justa.

Michel Foucault

CAPÍTULO II

EL HOSTIS EN LA POLÍTICA CRIMINAL *

2.1.- INTRODUCCIÓN

En Juan 18:37 encontramos el siguiente pasaje: "Le dijo entonces Pilato: ¿luego, eres tú rey?. Respondió Jesús: Tú dices que yo soy rey. Yo para esto he nacido, y para esto he venido al mundo, para dar testimonio a la verdad. Todo aquel que es de la verdad, oye mi voz. Le dijo Pilato: ¿Que es la verdad?...".

La pregunta del incrédulo pretor no fue contestada por el Maestro de Nazareth, debió ser "el silencio más fino, el más tembloroso, el más insoportable", utilizando las palabras del poeta Jaime Sabines, y es que de esta pregunta, afirma Kelsen, surge el cuestionamiento más importante para la Filosofía del Derecho⁵² y en el que han meditado los iusfilósofos más grandes de la historia: determinar qué es la justicia.

Lo anterior viene a colación por la existencia del paradigma que afirma que el Derecho y la Justicia constituyen una unidad, nos referimos al denominado *physis* o Derecho Natural propio de los llamados Estados Liberales de Derecho. A contrario *sensu* encontramos un paradigma que señala que el Derecho y la Seguridad conforman un binomio indisoluble, es decir estamos en presencia del *nomos* o Derecho Positivo que viene a caracterizar a los Estados conservadores tendientes a transitar hacia el Estado Policía.

* Ideas tomadas del discurso pronunciado el día 29 de noviembre de 2007 en la Sala de Seminarios del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) en el marco de la presentación del Libro "Política Criminológica" del autor.

⁵² Para nosotros la Filosofía del Derecho es la ciencia que estudia los problemas jurídicos fundamentales a la luz natural de la razón, es decir se ocupa de desentrañar los problemas jurídicos fundamentales desde el punto de vista esencial, para concluir si el Derecho que es corresponde al que debiera ser. El Derecho y la Filosofía se encuentran ubicados en el plano deontológico, pero la filosofía se encuentra en un plano superior al del Derecho toda vez que permite determinar si lo que debe ser corresponde al debía ser. Imaginemos por un momento una montaña que representa el mundo del deber ser, en cuya parte media encontramos el Derecho, y en la parte superior ó cima se encuentra ubicada la filosofía del Derecho, situación que permitirá al espectador observar un plano completo del paisaje jurídico, con sus errores y virtudes. Por ello la Filosofía Jurídica determinará si el deber ser corresponde al debiera ser.

La gran aspiración de las minorías será, por consiguiente, hacer perdurar ese régimen; con ello, su principal valor pasará a ser la seguridad. Todos sus esfuerzos estarán dirigidos, en consecuencia, a dar estabilidad a dicho sistema, buscando garantías de que él no será desplazado y poniendo obstáculo a cualquier mudanza que lo desnaturalice. Esto habrá de conducir, necesariamente, a una posición ideológica conservadora, que tendrá expresión en principios y normas jurídicos que hagan imposible no sólo la modificación del régimen sino, con mayor razón, su sustitución por otro.⁵³

Lo que resulta llamativo es que en la línea media equidistante entre ambos paradigmas aparece una paradoja que ha dado continuidad a los procesos criminalizadores de ambas ideologías, nos referimos al *hostis* o enemigo.

A este tema las Ciencias Penales le han dedicado un nulo estudio, prueba de ello es que los dogmáticos debaten, de manera enconada, los temas relativos a la Teoría Funcional del Delito con su complicada Teoría de la Imputación Objetiva. Los penitenciaristas siguen analizando de que manera lograr que al enjaular el soma la *psique* modifique al *pneuma*, pasando por alto que, a decir de Michel Foucault, la institución de ortopedia social tiene como fin reproducir ciertos ilegalismos convencionales, por una parte, y ,por otra, constituirse en un aparato de selección y marginación en la sociedad que permita conservar y reproducir la realidad social vertical, pues desde 1820 los conceptos readaptación, rehabilitación, tratamiento y muchos otros sinónimos dejaron de tener sentido, en razón de que la prisión surge a la par de la sociedad industrial capitalista, existiendo determinadas analogías y simetrías entre prisión y fábrica, pues de la prisión emana la mano de obra "barata" que permitió la acumulación del capital, esto implica que la incapacidad del aparato penitenciario ha sido, desde sus inicios, una característica permanente -y en última instancia funcional- del sistema siendo, además, esta vicisitud su éxito encubierto.

Los criminólogos,⁵⁴ por su parte, estudian la etiología de delitos cruentos y violentos pero omiten estudiar al enemigo. Por supuesto el tema en cita no ha sido estudiado por la Política Criminal, sin embargo las acciones político criminales, a lo largo de la historia, han tenido como objeto-sujeto al *hostis* como veremos más adelante.

Cuando hablamos de "Política Criminal" nos referimos al concepto utilizado en 1793 por Kleinsrod, por Feuerbach en 1801, por Henke en 1823, por Mittermaier en 1836, por Holzendorff en 1871 y Prins 1886 y que señala, básicamente, todas las acciones que el Estado toma para reprimir la violencia intersubjetiva en su forma de actividad criminal, dicho en otros términos, la Política Criminal es la ingeniería de construcción de mecanismos de poder punitivo y control social. A su vez

⁵³ Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho, política y democracia Un punto de vista de izquierda*, Colombia, Editorial Temis, 1983, p.13.

⁵⁴ En México, desgraciadamente, muy pocos Criminólogos pertenecen a la corriente Crítica.

cuando estudiamos los contenidos del epígrafe "Política Criminológica" descubriremos que estamos en presencia de

la disciplina que tiende a la prevención de violencia intersubjetiva y violencia estructural, que el propio Estado ejerce sobre sus ciudadanos, principalmente cuando se vale del Derecho Penal, es decir son estrategias que tienden a frenar la criminalidad y los procesos de criminalización primaria y secundaria.⁵⁵

Queremos aclarar que nos parece preferible la denominación *Política Criminológica a Política Criminal* por las siguientes consideraciones epistemológicas:

- a) la Política Criminal entraña un discurso que *legitima* al poder punitivo mientras que la *Política Criminológica* implica un discurso de deslegitimación de tal poder,
- b) la *Política Criminal* tiene por objeto la represión de la violencia intersubjetiva y el objeto de la *Política Criminológica* es la prevención de violencia intersubjetiva y estructural,
- c) la *Política Criminal* tiene como sujetos de sus acciones a los gobernados y los sujetos de la reflexión *Político Criminológica* son tanto el Estado como los gobernados, finalmente las acciones de la *Política Criminal* crean mecanismos de control social y poder punitivo y las reflexiones científicas de la *Política Criminológica* tienden a frenar los procesos de criminalización⁵⁶ a fin de lograr el establecimiento de un modelo de Derecho Penal Mínimo y Garantista.

2.2.- EL ENEMIGO EN LA POLÍTICA CRIMINAL

Hemos dicho que la historia de los programas de criminalización de la sociedad se ha basado en técnicas de exclusión e inclusión y que existe un concepto siempre presente -legitimador- en los programas criminalizadores: el *hostis* o enemigo.

Entendemos por Política Criminal del Enemigo las acciones que construyen un mecanismo de poder penal que legitiman la posibilidad de excluir, de manera parcial, el carácter de persona a un sujeto para incluirle en el catálogo de peligros y riesgos sociales.

Esto implica que el ciudadano deja de ser persona para ser un simple peligro y es dable minimizar su catálogo de Derechos Fundamentales,

⁵⁵ Martínez Bastida, Eduardo, *Política Criminológica*, México, Editorial Porrúa, 2007, p.4.

⁵⁶ El Derecho Penal es altamente selectivo y ello queda acreditado plenamente, en los procesos de criminalización primaria y secundaria. El primero consiste en la selección que realiza el poder de ciertos bienes jurídicos que son de su interés, para definirlos como delitos y, supuestamente, protegerlos con la amenaza de una pena. La criminalización secundaria consiste en la selección que hace el poder respecto de determinados individuos para aplicarles la norma y pena correspondiente. De lo anterior se deduce que el Derecho Penal y la delincuencia tienen un carácter político: de las relaciones políticas de dominación que se dan entre los individuos se genera con un conflicto, que culmina en criminalizar el comportamiento de quien carece de poder en beneficio de quien lo tiene.

maximizar las penas, reducir las posibilidades de acceder a sustitutos penitenciarios y anticipar la punibilidad a los actos preparatorios.

La materialización de esta ideología queda plasmada en el llamado Derecho Penal del Enemigo, que no es otra cosa que un círculo vicioso que va de sujeto a sujeto, es decir muestra de que modo un sujeto es considerado persona, normativamente hablando, en la relación de poder, o bien, de que manera un sujeto es estigmatizado, por el Derecho, como peligroso en la relación de subordinación, pues

quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.⁵⁷

Como se ve el *Feindstrafrecht* o Derecho Penal del Enemigo es un proceso comunicativo de corte patológico -de *facto* derecho sin diálogo- en el que la pena es la privación del *status* de persona y el etiquetamiento como enemigo, ya que "con este lenguaje el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos".⁵⁸

Este exacerbado grado de violencia estructural, contenido en el *Feindstrafrecht*, se encuentra legitimado pues la esencia del fenómeno jurídico es la de servir de instrumento técnico para que una sociedad determinada se organice conforme a la ideología de los que dominan.

Para tal fin el derecho se limita a proporcionar técnicas de corte formal, pues el contenido o fondo lo establecen las concepciones ideológicas que imperan en el grupo dominante, según las conveniencias políticas, económicas y sociales del lugar y momento singular.

En tal sentido podemos afirmar que la historia de la política criminal es la historia de la excepción, es decir la generalidad determinó que era necesario un instrumento que oponer al Estado para que sus actos no fuesen arbitrarios, este instrumental lo conocemos, desde el 10 de junio de 2011, bajo el nombre de "Derechos Humanos" pero el poder considero adecuado, según sus conveniencias económicas, sociales y políticas -a nosotros se nos ha dicho que es en base a emergencias a las que hay que hacer frente- introducir excepciones a tales Derechos Humanos para acotarlos y extender, de cuenta nueva, su ámbito de actuación para, curiosamente, erigir la excepción en lo común, lo cotidiano, lo general.

Así la vida contemporánea tiene 2013 años de existencia que han originado 2013 años de excepciones que se han erigido en la regla. El problema es que todo discurso de emergencia es inquisitorial, pues recordemos que los principios de la Santa Inquisición se introdujeron por vía de excepción y después se generalizaron y, aparecieron para hacer frente a un enemigo: las brujas.

A lo largo de la historia los constructos discursivos del poder han afirmado respetar los Derechos Humanos de los gobernados, pero al primer

⁵⁷ Jakobs, Günther y Polaino Navarrete, Miguel, *Op.Cit.* nota 5, p.42.

⁵⁸ *Ídem.* p. 91.

gran *hostis* del poder no se le respetaron, esto porque Jesús fue considerado penalmente responsable del delito religioso de blasfemia por el Supremo Tribunal Judío: el *Sanhedrín*. Hacemos notar que el proceso penal fue una farsa, puesto que se violentaron en perjuicio del Nazareno diversos principios derivados de la Torah o Ley contenidos en el Pentateuco:

- a) Violación al *principio de publicidad*, en virtud de que el proceso se verificó en la casa de Caifás y no en el recinto oficial llamado "*Gazith*".
- b) Violación al *principio de diurnidad*, puesto que tal proceso se efectuó en la noche.
- c) Violación al *principio de libertad defensiva*, ya que a Cristo no se le dio oportunidad de presentar testigos para su defensa.
- d) Violación al *principio de rendición estricta de la prueba testimonial y de análisis riguroso de las declaraciones de los testigos, pues la "acusación" se fundó en testigos falsos.*
- e) Violación al *principio de prohibición para que nuevos testigos depusieran contra Cristo una vez cerrada la instrucción del procedimiento*, ya que con posterioridad a las declaraciones de los testigos falsos, el *Sanhedrín* admitió nuevos.
- f) Violación al *principio consistente en que la votación condenatoria no se sujetó a revisión antes de la pronunciación de la sentencia.*
- g) Violación al *principio de presentar pruebas de descargo antes de la ejecución de la sentencia condenatoria*, puesto que una vez dictada, se sometió a la homologación del gobernador romano Poncio Pilato.
- h) Violación al *principio de que a los testigos falsos debía aplicárseles la misma pena con que se castigaba el delito materia de sus declaraciones*, toda vez que el *Sanhedrín* se abstuvo de decretar dicha aplicación a quienes depusieron contra Jesús.⁵⁹

El *Sanhedrín*, carecía del llamado o *ius gladii* o Derecho de espada (Derecho ejecutivo), que solo detentaba la autoridad romana: el pretor Poncio Pilato; es por lo anterior que los miembros del *Sanhedrín* comparecieron ante dicha autoridad romana a fin de que autorizara la ejecución de la pena impuesta al condenado, quien después de una irónica actuación política obsequia el pedimento conforme al Derecho vigente: la muerte en la cruz.

Ahora, en el Derecho Penal Hebreo no se contemplaba la pena de muerte mediante la crucifixión, sino la lapidación, que consistía en apedrear al ajusticiado. De lo anterior se colige que el Tribunal Hebreo aplicó una pena no prevista en la *Torah*; por su parte la crucifixión era una pena pública que se aplicaba exclusivamente en el Derecho Penal Romano cuando se cometía un *crimina* -delito público- que afectaba el orden social y el Estado se constituía en el sujeto pasivo; por tanto dicha pena no se prescribía a "delitos religiosos" por no existir en el Derecho Penal Romano. Como puede deducirse Jesús representó un peligro que fue inculizado creando una emergencia, que permitió hacer una excepción

⁵⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Proceso de Cristo*, México, Editorial Porrúa, 2001, p. 58-59.

en la vigencia de los incipientes derechos fundamentales, aunque se afirme de manera manifiesta que los Derechos Humanos son aplicadas de manera estricta por la autoridad para beneficio del gobernado.

En el año de 1486 aparece un discurso excluyente de corte misógino y androcéntrico conocido como *Mallus Maleficarum* o Martillo de las brujas escrito por los monjes dominicos Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger, cuyo sujeto-objeto de emergencia, que legitimaría la nueva excepción, fueron las mujeres que, por una inferioridad bio-psico-moral,⁶⁰ celebraron un pacto con Satanás: las brujas.

En este contexto surge, lo que Eugenio Raúl Zaffaroni llama, "la primer emergencia de la historia" teorizada por los criminólogos medievales, conocidos como demonólogos de la orden de los dominicos, y cuya excepción

obligaba mediante tortura a denunciar a otros sospechosos de modo reproductivo al infinito. Sus ventajas para el poder rápidamente lo extendieron a los tribunales laicos, donde se aplicó aún con mayor extensión que en los Eclesiásticos.

Los jueces/policías/inquisidores se consideraban inmunes al mal del demonio. La etiología del mal (brujería) respondía a un discurso teocrático/biologista fundado en la inferioridad de la mujer (más vulnerable a la tentación maligna) por falla genética. Encontraban signos físicos de esa inferioridad (marcas del diablo), ocultaban la tortura con denominaciones neutras, consideraban que la muerte bajo tortura era un favor de Satán a la bruja, que el suicidio tenía idéntica naturaleza, que la locura producida por el dolor era un favor diabólico que la permitía reír del tormento, etc. Los peores enemigos eran quienes negaban la existencia o el poder de las brujas, pues negaban el poder de los inquisidores, que magnificaban la naturaleza del mal hasta el punto de considerar que la brujería era un crimen más grave que el pecado original.

El proceso penal centralizaba en los inquisidores las figuras del defensor, del acusador y del juez. El defensor era permitido en límites muy estrechos y seriamente amenazado si se excedía en su función. La resistencia al tormento era ayuda diabólica, y la confesión bajo tormento era prueba de culpabilidad, de modo que siempre se hallaba culpable a la procesada. Con indicios bastaba para disponer la tortura y la confesión bajo tortura de otra bruja era indicio suficiente.

Si bien el enemigo formal era Satán, éste no podía hacer el mal sin la complicidad de los humanos y, entre estos, los de menores dotes intelectuales y morales, o sea, quienes por razones biológicas y genéticas -por proceder de una costilla curva del pecho del hombre- eran naturalmente inferiores, o sea, las mujeres.⁶¹

Creemos oportuno recordar que en México el primer inquisidor fue Fray Juan de Zumárraga, primer obispo y arzobispo de la Colonia, quien ya había sido inquisidor en Navarra, por comisión especial del Emperador Carlos V.

⁶⁰ Para Kramer y Sprenger la palabra *fémina* se origina de *fe* y *minus*, es decir de fe inferior o de poca fe.

⁶¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.*, nota 12, pp.84-85.

En el Santo Oficio de la Inquisición y Tribunal de la Fe se aplicaban

tres modos de tormento, y excepcionalmente otro más. Eran el de los cordeles en los brazos, antebrazos y muñecas, que se apretaban varias vueltas y causaban intenso dolor; cordeles en las piernas, tobillos y muslos, dispuesto el reo en el potro; el jarro de agua, que se goteaba sobre un delgado lienzo o tela fina puesta sobre la boca y nariz del reo, impidiendo o dificultando la respiración, y por último la garrucha, muy rara vez empleada, que consistía en suspender al reo, de los brazos atado, en lo alto, y dejándolo caer bruscamente, sujetando a veces algún peso a los pies. El uso del fuego para atormentar, de ninguna manera se usó.⁶²

Una vez arrancada al procesado alguna declaración por este medio, cualquiera que ella fuese, quedaba el proceso listo para sentencia. Esta se dictaba en pleno, al que concurrían los inquisidores, el ordinario y los consultores, todos los cuáles tenían voto. El fiscal no intervenía en este acto.

Este abuso de poder religioso -proceso de macrovictimizador- motivó que la Inquisición fuese suspendida por efectos de la Constitución de Cádiz, de junio de 1813 a diciembre de 1814, pero se reestableció a la derogación de ésta, para quedar definitivamente extinguido este Tribunal al volver a implantarse la Carta Magna gaditana en 1820.

Retomando esta breve historia de los procesos criminalizadores del *hostis* diremos que los ideólogos liberales han sido etiquetados como enemigos por los pensadores conservadores y una vez que los primeros alcanzaron el poder estigmatizaron como *hostis* a los segundos. El comunismo, nuevo Satán de la humanidad, fue identificado como el enemigo de la hegemónica economía capitalista, y al caer el sistema el problema fue llenar el vacío que dejó la implosión comunista y, literalmente, se tuvieron que inventar emergencias nuevas. Así surgió el problema del narcotráfico y el del terrorismo en binomio con la migración.

Esto explica porque el ente estatal presenta las características que Noam Chomsky atribuye a los "Estados Fallidos", tales como

la falta de capacidad o voluntad para proteger a sus ciudadanos de la violencia y tal vez incluso la destrucción. Otra es su tendencia a considerarse más allá del alcance del derecho nacional o internacional, y por tanto libres para perpetrar agresiones y violencia. Además, si tiene forma democrática, padecen un grave déficit democrático que priva a sus instituciones formales de autentica sustancia.⁶³

El Estado fallido surge en una época del poder planetario conocido como "globalización". Este momento se caracteriza porque el concepto tradicional de "Soberanía" elaborado por Bodino ha entrado en crisis; así los gobiernos locales carecen de las facultades necesarias para hacer frente a los problemas surgidos de la realidad que emana del devenir histórico y, al menos en materia de Derecho Penal, venden ilusiones de solución a partir de la creación de diversas normas punitivas.

⁶² González de Cossío, Francisco, *Apuntes para la historia del jus puniendi en México*, México, Universidad Autónoma de Querétaro, 1963, p.196.

⁶³ Chomsky, Noam, *Estados Fallidos*, España, Ediciones B, 2007, pp.7-8.

Cabe señalar que, según el Consejo Regulador de la Industria y Servicios de Seguridad de la República Mexicana, derivado de los grupos de autodefensa, agresiones a fuerzas federales, estatales, municipales, Ejército y Marina, más el ritmo de 10 ejecuciones por día de diciembre 2012 a la fecha, acerca cada vez más a México a ser un Estado fallido. Según este organismo nuestro país, hoy Estado en Alerta, se encuentra en el lugar 98 de 177 naciones analizadas a través de más de 1 millón de documentos de la *Found For Peace* de Washington, Estados Unidos.

La calificación de ser un Estado fallido se otorga al sumar 12 calificaciones que analizan viabilidad en acciones específicas en cada Estado, como son:

1. Presiones Demográficas;
2. Refugiados y Desplazados;
3. Manifestaciones y Agravios;
4. Migraciones sostenidas;
5. Desarrollo con Equidad;
6. Pobreza y Oportunidades;
7. Legitimidad del Estado;
8. Deterioro de Servicios Públicos;
9. Violación de Derechos Humanos;
10. Aparatos Ilegales;
11. División de las Élités, y
12. Amenazas a la Soberanía.⁶⁴

El cuestionamiento obligado es ¿Qué ha resuelto el Derecho Penal? Éste no evitó que la doctrina de Cristo se propagara, el Derecho Penal no expulsó a Satán de la Tierra ni acabó con sus aliadas las brujas, el Derecho Penal no ha encontrado cura para enfermedades como la sífilis y el sida, el Derecho Penal no ha solucionado los problemas terribles del narcotráfico ni del terrorismo, etc.

En un escenario donde el Derecho Penal resolviese las vicisitudes mencionadas con antelación ocuparía el lugar de Dios, lo cual a todas luces es irracional, por ello es conveniente actuar bajo el prisma de la lógica del verdulero:

En efecto, si una persona acude a una verdulería y pide un antibiótico, el verdulero le indicará que vaya a la farmacia, porque él solo vende verduras. Esta sana respuesta debemos proporcionarla los penalistas cada vez que nos preguntan que hacer con un conflicto que nadie sabe como resolver y al que, como una falsa solución, se le asigna naturaleza penal.

Por lo general nos consideramos obligados a opinar sobre como resolverlo, cuando en realidad no lo sabemos, y lo correcto sería que procediésemos

⁶⁴ http://www.fundesa.org.gt/cms/content/files/cides/indices/Indice_de_Estados_Fallidos_2012_-_Comunicado_de_Prensa_de_FUNDESA.pdf

como el sabio verdulero: nosotros sólo sabemos decidir cuándo se habilita o no poder punitivo, y también sabemos que, en el caso, esto no sirve o no alcanza para resolver el conflicto.⁶⁵

En este escenario, el Derecho Penal no es el instrumento idóneo para resolver el problema del narcotráfico o del terrorismo, pues el constructo normativo sólo se habilita cuando se adecua la conducta a alguno de los tipos descritos en las leyes penales, pero esto no implica que los Derechos Humanos deban soslayarse por las autoridades en aras de alcanzar la pretendida seguridad pública. Es por ello que se afirma que la Tercera Guerra Mundial ha iniciado: en los países centrales es la guerra contra el terrorismo y en los países periféricos es la guerra contra el narcotráfico.

Acciones que, ideológicamente, se sustentan en mitos como el de "Prometeo Encadenado", en textos de abolengo como el "Contrato Social", "El Leviatán" y "Sobre la paz perpetua" que conllevan a colegir que es falso que el Derecho sea "el sistema racional de normas de conducta sociales, declaradas obligatoria por la competente autoridad al erigirse en la solución justa al problema que ha nacido en la realidad histórica." Esta concepción no hace más que indicar la función manifiesta del Derecho, pero omite precisar la función latente del conglomerado normativo. Esta queda resumida de la manera siguiente: el Derecho es la manera de hacer la guerra, normativamente hablando, y, a decir de Von Clausewitz, la guerra es la continuación de la política por otros medios. Ahora, si invertimos el apotegma en cita descubriremos que la política es continuación de guerra por otros medios, pues la política mantiene el desequilibrio de las fuerzas que se manifiestan en la guerra, en este esquema de guerra-represión el poder político no comienza cuando cesa la guerra. La guerra nunca ha desaparecido del todo pues ha precedido el nacimiento de los Estados, o lo que es lo mismo el Derecho y la paz han surgido de conflictos reales y el Derecho se ha erigido en el instrumento favorito de la hegemonía del poder para conservar la contradicción, binaria, entre los ciudadanos y los enemigos.

La ley no es pacificación, porque detrás de la ley la guerra continúa enfureciendo, y de hecho enfurece, dentro de todos los mecanismos de poder, hasta de los más regulares. La guerra es la que constituye el motor de las instituciones y del orden: la paz, hasta en sus mecanismos más ínfimos, hace sordamente la guerra; la guerra es la cifra misma de la paz. Estamos entonces en guerra los unos con los otros: un frente de batalla atraviesa toda la sociedad, continua y permanentemente, poniendo a cada uno de nosotros en un campo o en otro. No existe un sujeto neutral. Somos necesariamente el adversario de alguien.⁶⁶

Esto permite comprender el porque los tradicionales valores jurídicos - justicia, seguridad jurídica, bien común y paz- no constituyen la esencia del Derecho pues este, en una relación trinómica -Derecho, poder y verdad- tiene por efecto dar cauce - manera formal- al poder y los efectos de verdad que el poder produce, a su vez, reproducen al propio poder en beneficio de unos y en perjuicio de muchos.

⁶⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.* nota 12, p.181.

⁶⁶ Foucault, Michel, *Op.Cit.* nota 7, p. 47.

Al desenmascarar la violencia política que se ha ejercido de manera oculta por el Derecho, se colige que

la idea de justicia en sí es una idea que ha sido inventada y puesta a funcionar en diferentes tipos de sociedades como instrumento de cierto poder político y económico, o como arma contra ese poder. Pero creo que en todo caso, el concepto mismo de justicia funciona dentro de una sociedad de clases como una demanda de la clase oprimida y como justificación de la misma.⁶⁷

2.3.- LA SEGURIDAD PÚBLICA EN LA POSMODERNIDAD

El concepto de seguridad pública es diferente según se esté en presencia de un Estado democrático de derecho o de un Estado autoritario. En el primero la seguridad está llamada a servir a la protección de los derechos humanos, y aun tipo específico de orden social sustentado en los más altos valores del humanismo. En este orden social la ley es obedecida por ser la razón misma de la sociedad; la ley es la expresión popular de los deseos sobre el modo de vida de la sociedad, promulgada y tornada vinculante para gobernantes y gobernados, a través de la labor legislativa de los representantes del pueblo democráticamente electos. La ley se respeta porque ha intervenido libremente en su elaboración el destinatario de la misma: el ciudadano de la sociedad democrática.

Por contraste, la seguridad pública en el estado autoritario se confunde con la seguridad del grupo en el poder que no ha llegado a esta responsabilidad por procedimientos democráticos y que llanamente impone su voluntad sobre los gobernados. La ley en el Estado autoritario es la voluntad de la persona o del grupo en el poder, no participa en su elaboración el súbdito del Estado autoritario, le viene impuesta. Bajo este entendimiento, el criterio para aplicar la ley en el Estado autoritario no es servir el interés de los derechos humanos, sino el interés del poderoso.⁶⁸

Este último, desde nuestra óptica, es el caso del Estado Mexicano, pues la participación de las fuerzas armadas en supuestas tareas de Seguridad Pública, conculca el artículo 129 constitucional, no obstante la legitimidad que a tales acciones otorgan las Jurisprudencias 34/2000 y 38/2000 emanadas del Pleno del Máximo Tribunal del País. Esto porque derivado del artículo 434 fracción I del Código de Justicia Militar el ejército es la fuerza pública de diversas milicias, armas y cuerpos que sirven a la Nación para hacer la Guerra y se hace la guerra al enemigo peligroso por poseer la virtud de afectar el orden- que la verticalidad inventó- por ello la guerra se concibe en términos de supervivencia de los más fuertes, los más sanos, los más cuerdos y los menos peligrosos.

Creemos que la participación de la Milicia en las supuestas tareas de Seguridad Pública tienen otro objetivo: la Seguridad Nacional, aunado a

⁶⁷ Chomsky, Noam/ Foucault, Michel, *La naturaleza humana: justicia versus poder*, Argentina, Katz Editores, 2006, p. 77.

⁶⁸ *Vid* Prologo de Sergio A. Valls Hernández, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la obra de Cruz Torrero, Luis Carlos, *Seguridad Pública*, 2ª Edición, México, Trillas, 2007, p.6.

lo anterior se hace notar que el Titular del Poder Ejecutivo Federal se ha apoyado en el ejército como no lo ha hecho ningún otro. Valdría la pena cuestionarnos si se sometió, de *facto*, al poder militar.

La vicisitud a resaltar es que el llamado "narco" ha perdido miedo a la milicia debido al paramilitarismo y la desertión castrense, prueba de ello es el grupo de Flavio Rodríguez Espino que atacó y provocó el deceso de cinco militares en Michoacán, tierra donde ha operado el cartel del milenio de los hermanos Valencia Cornelio, el cartel del golfo de Osiel Cárdenas Guillen, con su brazo armado "los zetas, y cuya consecuencia ha sido un espectacular despliegue militar en Carácuaro, Michoacán con la suspensión, de *facto*, de Derechos Humanos en el municipio. Esto ha dado lugar a que, algunos medios de comunicación afirmen que "el narco es el Irak del Titular del Poder Ejecutivo Federal".

Retomando el tema, es importante recordar que la Seguridad Nacional es un concepto que aparece, en Estados Unidos de Norteamérica, mediante las leyes de corte anticomunista *Smith Act* de 1940 e *International Security Act* de 1950.

Esta ideología parte de una división mundial de corte binario: los bloques capitalista y socialista, por ello las personas que impulsan, en los países de occidente, la organización ideológica - social del bloque comunista - enemigo- deben ser combatidas y vencidas.

En suma la Seguridad Nacional queda constituida por el conjunto de medios legítimos e ilegítimos usados por los grupos de poder, nacionales o internacionales, a fin de defender el modo ideológico y de producción-dominación capitalista.

En el proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Seguridad Nacional, la fracción I del artículo 3º dice:

Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

I. Seguridad Nacional: la condición de integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano para el cumplimiento de los fines del proyecto nacional, cuya preservación corresponde al titular del Poder Ejecutivo Federal, mediante la aplicación de políticas, acciones, recursos y medios, incluyendo el empleo de la Fuerza Armada permanente, para prevenir o hacer frente a los obstáculos que le afecten

Así, para cumplir con los fines del proyecto nacional de la hegemonía del poder, el artículo 5 Fracción V del citado proyecto establece como obstáculo para la Seguridad Nacional actos que impiden a las autoridades actuar contra la Delincuencia Organizada. En este contexto, de conformidad con el artículo 5º fracciones III y V de la Ley de Seguridad Nacional Vigente, se consideran amenazas para la Seguridad Nacional los actos que impiden, obstaculizan o bloquean a las autoridades o a las operaciones militares o navales actuar contra la Delincuencia Organizada.

Como puede observarse la Seguridad Nacional posmoderna enfoca sus acciones *versus* un enemigo que se ha internalizado: la delincuencia organizada. Esta figura posmoderna existe, según la Ley Federal de la materia, 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: terrorismo, terrorismo internacional, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo; asalto; secuestro; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho, robo de vehículos, delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34 y sus respectivas tentativas punibles y las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El precepto en comento, y que supuestamente define a la delincuencia organizada, es criticado por ser extremadamente casuista y además no nos dice que es la delincuencia organizada sino únicamente establece cuando existe la misma, aunado a que este precepto crea violencia estructural en contra de los ciudadanos, en vez de reprimir la violencia interpersonal, es decir combate violencia a partir de violencia.

Por su parte, el concepto que de Delincuencia Organizada que formula la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional -también conocida como Convención de Palermo- en su artículo 2º inciso a) dice: "*Por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.*"

Así, los elementos definitorios de la Delincuencia Organizada son los que siguen:

- a) Un grupo constituido u organizado por no menos de tres personas.
- b) Subsistencia del grupo por un tiempo determinado.
- c) Que el objetivo concertado del grupo sea cometer delitos graves o delitos tipificados en la convención.
- d) Que el fin sea obtener beneficios materiales o económicos.

Es oportuno mencionar que esta delincuencia tendrá el carácter de transnacional si reúne las condiciones ordenadas por el artículo 3.2 de la propia Convención, a saber: que el delito se cometa en más de un Estado, que se cometa dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado, que se cometa dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado, o que comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

Lo resaltable del concepto elaborado en la Convención de Palermo es que se reconoce que el objetivo de la delincuencia organizada es obtener beneficios de orden económico u otros de orden material, con lo que queda de manifiesto la verdadera naturaleza del fenómeno analizado: no se combate a esta especie delictiva por atentar contra la Seguridad Pública sino por atentar contra la Seguridad Nacional y, singularmente, dañar la economía del Estado en donde se llevan a cabo las actividades de delincuencia organizada.

Parecería que el común de los ciudadanos quedamos al margen de la aplicación del Derecho Penal del Enemigo, pero derivado de la Convención de Viena, ratificada por México el 5 de septiembre de 1990, opera la reversión de la carga de la prueba, destruyendo la formal presunción de inocencia para que sea el ciudadano quien acredite la procedencia lícita de sus bienes (artículo 3º numeral 1, ordinal b) subnumerales i) e ii) de la Convención Citada)

Si a esto agregamos las reformas a los artículos 16, 17, 18, 20, 21, 22, las fracciones XXI Y XXIII del artículo 73, la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Carta Magna, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, el Proyecto de Decreto de Código Federal de Procedimientos Penales del 21 de septiembre de 2011, que dotan de mayor autonomía funcional y administrativa a la Policía para que no vea limitada su capacidad de operación e incorporan excepciones a la nulidad de la prueba ilícita a partir de figuras como descubrimiento inevitable, vínculo atenuado y fuente independiente .

Esta Policía puede allanar domicilios en casos de flagrancia para evitar la consumación del delito o proteger la integridad de las personas sin necesidad de autorización de Juez competente, de acuerdo a la contradicción de tesis 21/2007 emanada de la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo tenor dice:

INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA.

Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no

requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado -como garante de los bienes de la sociedad- debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria.

Contradicción de tesis 75/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 17 de enero de 2007. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Tesis de jurisprudencia 21/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de febrero de dos mil siete.

Cabe indicar que derivado de la tesis 1/2009 del Pleno del Alto Tribunal la Policía que practica el cateo puede fungir como testigo en el acta circunstanciada que se levante con motivo de tal. La tesis jurisprudencial, que confirma la existencia del Estado Policía, es del tenor siguiente:

CATEOS. LA DESIGNACIÓN QUE CON CARÁCTER DE TESTIGOS REALIZA LA AUTORIDAD EJECUTORA EN AGENTES POLICIALES QUE LO AUXILIAN EN EL DESAHOGO DE LA DILIGENCIA, ANTE LA NEGATIVA DEL OCUPANTE DEL LUGAR CATEADO, NO DA LUGAR A DECLARAR SU INVALIDEZ.

De la interpretación causal teleológica de lo dispuesto en el décimo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, no se advierte que haya sido intención del Poder Constituyente, evitar que la autoridad ejecutora de una orden de cateo designe con el carácter de testigos al personal de Policía Judicial que lo auxilia en la

diligencia respectiva, pues el hecho que la validez formal del cateo se condicione a la existencia de un acta circunstanciada firmada por dos testigos, no implica que corresponda a éstos verificar que la diligencia se practique conforme a derecho, sino únicamente constatar que los hechos asentados en el acta relativa corresponden a la realidad, pues incluso, si se toma en cuenta que en atención al principio constitucional de adecuada defensa, el juzgador está obligado a recibir y desahogar las pruebas que ofrezca el inculpado, siempre que no sean contrarias a la ley, es evidente que aunque en términos de lo dispuesto en el artículo 284 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cateo hace prueba plena cuando se desahoga con las formalidades legales respectivas, ello no impide que los hechos que del mismo derivan puedan controvertirse a través de un diverso medio de prueba, como lo pueden ser, los careos o la testimonial de quienes intervinieron en la respectiva diligencia. Por tanto, la sola circunstancia de que los agentes policiales designados como testigos por la autoridad ejecutora de una orden de cateo, ante la ausencia o negativa del ocupante del lugar cateado, hayan participado en la ejecución material de la misma, no motiva la invalidez del cateo ni de las pruebas que del mismo derivan, máxime que ello, por sí, no da lugar a estimar que se infringe la independencia de su posición como testigos, ya que al rendir su testimonio ante la autoridad judicial, lo hacen a nombre propio y sobre hechos que les constan, correspondiendo al juzgador valorar la idoneidad de su ateste.

Amparo directo 22/2008.- Quejoso: Alejandro Medina Palafox y otros.- 8 de diciembre de 2008. Mayoría de ocho votos (Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos).- Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas.- Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.

Amparo directo 24/2008.- Quejoso: José Gumercindo Iribe Rivera.- 8 de diciembre de 2008.- Mayoría de ocho votos.- Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos; dada su ausencia el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel se hizo cargo del asunto.- Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.

Amparo directo 25/2008.- Quejosa: María de la Luz Contreras Leyva.- 8 de diciembre de 2008.- Mayoría de ocho votos (Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos).- Ponente: Sergio A. Valls Hernández.- Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.

Amparo directo 26/2008.- Quejoso: Julio César Quintero Quintanar.- 8 de diciembre de 2008.- Mayoría de ocho votos (Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos).- Ponente: José Fernando Franco González Salas.- Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.

Amparo directo 27/2008.- Quejosa: Yolanda Rodríguez Reyes.- 8 de diciembre de 2008.- Mayoría de ocho votos (Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos).- Ponente: Mariano Azuela Güitrón.- Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.

En este escenario, el arraigo -hasta por 80 días- es elevado a categoría constitucional en el nuevo artículo 16 para hacer frente al hostis posmoderno: la delincuencia organizada que es entendida como "una organización de hecho de tres o más personas que cometen delitos en forma reiterada o permanente en los términos de la materia."

La adición de la fracción VII del apartado A del artículo 20 constitucional que prevé el supuesto de que el inculpado que reconozca su participación en el delito será citado por el Juez para audiencia de sentencia otorgando beneficios al inculpado por aceptar su responsabilidad, nos lleva a colegir que estamos en presencia de la negociación del derecho con los "arrepentidos" delatores o sapos.

Esto puede dar lugar a mayores abusos de poder, pues se restringen los Derechos Humanos de los gobernados en aras de la supuesta seguridad pública, creando un catálogo de normas que legitiman la guerra o lucha a partir del Derecho. Esto sin duda no es seguridad pública sino seguridad del Estado, no es política criminológica sino política criminal, no es utilizar el derecho como *ultima ratio* sino como *prima ratio*. Amén de lo anterior, no podemos soslayar la llamada "iniciativa Mérida" que parece ser un Plan Marshall para América Latina, pues como estrategia de Seguridad Nacional, a la usanza del plan Colombia del año 2000, será eficaz para el control militar y labores de inteligencia. En Colombia se utilizó para modernizar las fuerzas militares al aumentar el 51% de la capacidad armamentista y mejorar la movilidad de la milicia, olvidando el mejoramiento y apoyo social pues de los 5,000 millones de dólares, más de 4,000 millones se destinaron a las fuerzas castrenses que han sido entrenadas y asesoradas en términos del requerimiento norteamericano.

En la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada la ideología bélica se manifiesta en el principio de Investigación y Arraigo por sospecha (artículos 10 y 12), principio de la Denuncia Anónima (artículo 14), principio de Legitimación de Agentes Infiltrados (artículo 11 bis), principio de Intervención de Comunicaciones Privadas (artículos 16 al 24) y principio de Negociación del Derecho con los delatores, arrepentidos y testigos protegidos (artículos 35 al 39).

Iniciamos este ensayo haciendo referencia a la verdad y creemos oportuno terminarlo de la misma forma. Esto porque en el seno de la verdad también se encuentra presente la ideología bélica, y esta se despliega a partir de una relación de fuerzas al más puro estilo de la dialéctica hegeliana: tesis, antítesis y síntesis.

Así, la verdad que pretendemos mostrar es que existe una confusión de conceptos: pena con guerra y criminalidad con belicidad y, por sobre todo, que

es un grosero error creer que el llamado discurso de las garantías es un lujo al que se puede renunciar en los tiempos de crisis y menos aún considerar que se trata de un tesis conservadora; por el contrario por un lado debemos prevenirnos contra las reformas promovidas por las burocracias que se alimentan de la emergencia de turno presentándolas como *posmodernas* y por otro debemos cuidar ese discurso porque en los tiempos de crisis es la única garantía posible de la eficacia que puede pedírsele al derecho penal y al poder punitivo.⁶⁹

⁶⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.*, nota 12, p.184.

Lo que se obtiene con violencia,
solamente se puede mantener
con violencia.

Mahatma Gandhi

CAPÍTULO III

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: ENTRE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y SEGURIDAD NACIONAL

3.1.- INTRODUCCIÓN

La ciudad contemporánea tiene una génesis que data de las grandes transformaciones industriales que se iniciaron a finales del siglo XVIII, pero la tecnología de vigilancia de la polis se gesta a fines del siglo XVII con la práctica, que Michel Foucault denominó la *exclusión del leproso y la inclusión del apestado*.

Me parece que en lo que se refiere al control de los individuos, Occidente no tuvo en el fondo más que dos grandes modelos: uno es el de la exclusión del leproso; el otro es el modelo de la inclusión del apestado. Y creo que la sustitución, como modelo de control, de la exclusión del leproso por la inclusión del apestado es uno de los grandes fenómenos que se produjeron en el siglo XVIII.⁷⁰

La exclusión del leproso, explica Foucault, era una práctica social que implicaba una puesta a distancia, el no contacto entre un individuo o grupo de individuos y otro u otros, a efecto de expulsar a los enfermos de lepra más allá de las murallas de la ciudad. En suma, se trata de prácticas de exclusión, de rechazo, de descalificación, de marginación, de negación y exilio.

Por lo que hace a la peste, debemos recordar que la ciudad en tal vicisitud, era aislada en cuarentena y se le dividía en distritos con un responsable de distrito; los distritos se subdividían en barrios con inspectores, y en ellos se aislaban las calles con vigilantes o centinelas; estos últimos tenían que estar siempre presentes en los extremos de la calle, los inspectores de los barrios y los responsables de distritos debían inspeccionar dos veces al día, de tal manera que nada escapara al ojo panóptico de vigilancia. Cabe indicar que, al comienzo de la cuarentena todos los ciudadanos tenían que dar su nombre para inscribirlo en una serie de registros que quedaban en poder del inspector del barrio, quien día a día pasaba delante de la casa de los ciudadanos y les llamaba; el ciudadano tenía asignada una ventana en la que debía aparecer, pues si no lo hacía se *presumía* que estaba en cama, y si estaba en su lecho se encontraba enfermo y si su salud decaía era *peligroso*.

⁷⁰ Foucault, Michel, *Los Anormales*, 2ª Edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 51-52.

Es decir, estamos en presencia de un mecanismo de poder que se ejerce sobre las personas a efecto de establecer, fijar, dar o asignar sitios o lugares para definir presencias. Como puede verse la reacción ante la lepra es de corte negativo: rechazo, exclusión, prohibición, marginación y represión; mientras que la reacción ante la peste es de naturaleza positiva: de inclusión, observación, formación de saber, multiplicación y reproducción del propio poder a partir de la acumulación del saber.

La edad clásica elaboró, por ende, lo que puede llamarse un arte de gobernar, en el sentido en que precisamente se entendía en ese momento: el gobierno de los niños, el gobierno de los locos, el gobierno de los pobres y, por pronto, el gobierno de los obreros. Y por gobierno hay que entender, si se toma el término en sentido amplio...una teoría jurídico política del poder, centrada en la noción de voluntad, su alienación, su transferencia, su representación en un aparato gubernamental.⁷¹

Pareciera que la exposición que antecede son meras reminiscencias del pretérito, pero no podemos pasar por alto que los conceptos en comento aún se encuentran vigentes en la posmodernidad, pues la tecnología, positiva y negativa, del poder continua excluyendo e incluyendo ciudadanos en la Política Criminal de la Seguridad -gobierno de los criminales a decir de Foucault- y más concretamente en la ideología del Derecho Penal del Enemigo u *hostis*, tesis que niega la calidad de persona a un ser humano, que como leproso ha de ser excluido de la sociedad y comoapestado es incluido dentro de un catalogo de riesgos y peligros sociales, originando el ocaso de los Derechos Fundamentales en, que alguna vez, se sustentó el pilar regulativo de la modernidad.

3.2.- EL DERECHO Y LA GUERRA "LEGITIMA" POR LA SEGURIDAD PÚBLICA

El contractualista Jean Jacques Rousseau, en su obra *El Contrato Social*, afirma que

...todo malhechor, al atacar el derecho social, conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes, y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la de él; es preciso que uno de los dos perezca; y al aplicar la pena de muerte al criminal, la patria lo hace más como a *enemigo* que como a ciudadano. El proceso y el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que haya violado el contrato social y, por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado...⁷²

Por su parte Fichte elabora el razonamiento siguiente:

Quien lesiona el contrato ciudadano en un punto donde en el contrato se contaba con su prudencia, sea voluntariamente o por imprevisión, pierde

⁷¹ Cfr. *Ídem*. p.56.

⁷² Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social*, España, Editorial Sarpe, 1985, p.66.

estrictamente de ese modo todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y queda completamente privado de derechos.⁷³

Por su parte, Emmanuel Kant en su obra "Sobre la Paz Perpetua" señala que el *status naturalis* es un estado de guerra y si un hombre se encuentra en ese *status iniusto* se erige, por esa sola circunstancia, en enemigo, y ello es suficiente para legitimar la hostilidad en su contra, sin que sea óbice que no haya realizado ninguna lesión de *facto*, pues la omisión de hostilidades no es garantía de paz.

"El hombre es el lobo del hombre", afirmaba Tomas Hobbes, pues si en el estado de naturaleza todos tienen derecho a todo, entonces nadie tiene derecho *subjetivo* a nada y, por ello nadie está obligado a nada. Esto será resuelto al someter a la persona a un poder que se genera mediante la elaboración del contrato que permite la génesis del Estado; así la persona adquiere la calidad de súbdito o ciudadano al prestar obediencia a las leyes civiles que, eventualmente, podrían ser transgredidas dada la naturaleza humana. Ahora, el que voluntariamente decide vivir en el *status naturalis*, se sitúa como enemigo pues no es posible castigarle conforme a la ley civil, esto porque esta última solo puede ser conculcada por el ciudadano en cuanto mal ciudadano. El enemigo, para Hobbes, es aquél que realiza actos en donde manifiesta su voluntad de no obedecer al titular del poder, contrarios a la Ley Fundamental y hostiles contra la organización del Estado -crímenes de lesa majestad- de esto resulta que la merma que sufra un enemigo no puede ser entendido como castigo, porque

al negar su sujeción a la ley, un individuo niega también el castigo que legalmente ha sido determinado y, por tanto, sufrirá las consecuencias que se derivan de ser enemigo del Estado, es decir estará a merced de la voluntad del representante, porque los castigos que están estipulados por la ley sólo son aplicables a los súbditos, no a los enemigos; y tales son quienes, habiendo actuado con anterioridad como súbditos se rebelan y niegan el poder soberano.⁷⁴

El penalista germano Günther Jakobs avala el denominado *Derecho Penal del Enemigo (Feindstrafrecht)* en el andamiaje filosófico supra citado.

El pensador citado afirma como necesaria la división de Derecho Penal en un ámbito para ciudadanos y uno para enemigos porque

el Derecho Penal del enemigo, en particular, el Derecho penal dirigido contra los terroristas, tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe detectar con base en el fin de la pena y en los tipos correspondientes. El Derecho Penal del ciudadano, garantía del ordenamiento jurídico, se transmuta en defensa frente a riesgos.⁷⁵

⁷³ Fichte, *Grundlage des naturrechts nach principien der Wissenschaftslehre*, Alemania, Edición de Félix Meiner Verlag, 1960, p.254.

⁷⁴ Hobbes, Tomas, *El Leviatán*, México, 14ª Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, 2006, p.220.

⁷⁵ Jakobs, Günther, et al. *El Derecho Penal del Enemigo en el contexto del funcionalismo*, México, Flores Editor y Distribuidor SA de CV, 2008, p.35.

Es importante recordar que, desde el prisma histórico, el Derecho Penal se construyó en base a un binomio de diferenciación: *ciudadano - enemigo*, y este último ha tenido diversas denominaciones a lo largo del tiempo, desde un blasfemo que se hizo llamar el hijo del Dios altísimo hasta llegar a delinquentes organizados en sus múltiples especies, pero la constante de estos sujeto - objeto del sistema penal, en el proceso de criminalización, es el erigirse en elementos de legitimación de una serie de medidas, tales como la inquisición y las legislaciones de excepción que, a decir del profesor Jakobs, se aplican a los *enemigos peligrosos* del Estado para garantizar la seguridad. Esto lleva al pensador citado a cuestionar

¿Por qué asume el Derecho Penal esta tarea a pesar del riesgo de policialización? La respuesta se produce en varios planos: la policía no puede vincular al supuesto de hecho de la constitución de una asociación terrorista consecuencias jurídicas aseguradoras de larga duración -éste es el primer plano- y no debe hacerlo -éste es el segundo-, porque se pretende dar al Derecho Penal del Enemigo al menos una parte de las garantías propias del Estado de Derecho que existen en el Derecho Penal material y procesal, para hacerlo soportable en términos del Estado de Derecho, pero también para ocultar la diferencia frente al Derecho Penal del Ciudadano, lo que en esta medida resulta perfectamente comparable con las medidas de seguridad, y, en este ámbito de modo muy específico con la custodia de seguridad, que entran en el bote del Derecho penal material en cuanto medidas de control de riesgos, siendo a su vez instituciones de un Derecho Penal del Enemigo.⁷⁶

Puede verse que Jakobs omite relacionar la prevención general positiva⁷⁷ con el Derecho Penal de la Enemidad, pues a la fecha Jakobs no ha indicado en que consiste esta *identidad social* en que se fundamentan las normas penales ni sobre que bases metodológicas puede determinarse la misma. Por ello puede cuestionarse que

¿Quiere esto decir, como frecuentemente se achaca a Jakobs, que con ello se venga a legitimar todo aquello que resulte funcional al mantenimiento de un sistema social dado, con total independencia de las características que el mismo presente? O ¿qué la teoría de la prevención general positiva puede, de este modo, contribuir a la justificación tanto de ordenamientos

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ Dice Günther Jakobs que: "La pena ha de entenderse más bien como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa, y con la pena se alcanza este -si se quiere- fin de la pena siempre. Ahora bien, la función manifiesta de la pena de confirmar la identidad de la sociedad no excluye el aceptar como función latente una dirección de la motivación: la repetida marginalización del hecho y confirmación de la estabilidad social excluye formas de comportamiento delictivas del repertorio de las sugeridas por doquier, cuando no incluso recomendadas, en otras palabras, en la planificación cotidiana normal no se reflexiona en primer lugar acerca de la posibilidad de un proceder delictivo. Esta es la denominada prevención general positiva como función latente de la pena." Cfr. Jakobs, Günther, *Moderna Dogmática Penal*, México, Editorial Porrúa, 2002, p.730.

jurídicos que respetan las garantías propias del Estado de Derecho, como de regímenes injustos, autoritarios o dictatoriales o, incluso, más de estos últimos que de los primeros?⁷⁸

Es en la posmodernidad jurídico penal cuando el Derecho Penal funcional adquiere la calidad de Dios, constituyéndose en la panacea que resuelve problemas de naturaleza diversa como delincuencia organizada, tráfico de personas, de psicotrópicos y de menores, terrorismo, delitos cibernéticos, amén de que se tutelan bienes jurídicos difusos como el medio ambiente, la seguridad urbana, etc. sin poder soslayar que los legisladores buscan nuevos bienes jurídicos a tutelar, en un proceso de neo criminalización, que tiene como finalidad mantener la hegemonía del sistema social existente, pasando por alto que se confunde el concepto "Derecho" con "guerra", y a partir de este particular Derecho Penal y su teoría de prevención general positiva se realiza una "*guerra legítima*" que permite dar continuidad a la política por otros medios al desaparecer los límites mínimos de acción del Estado frente a sus ciudadanos, justificando la injusta violencia estructural en contra de ellos en aras de un eficientismo.

En medio de este panorama *bellum omnium* entre ciudadanos integrados, y más concretamente entre el Estado, y enemigos apocalípticos, encontramos un tema que pasa segundo plano para la persona moral que detenta el monopolio legítimo de la violencia: la *Seguridad Pública* pues el discurso político ha sustituido este tema por los vocablos *Justicia, Bien Común, Seguridad Jurídica y Paz*, y las largamente esperadas *leyes justas* son anunciadas como el medio eficaz para reprimir la delincuencia, de manera que, para los políticos, *justo* es sinónimo de *seguro*,⁷⁹ y con ello se omite elaborar un programa que operacionalmente se acerque a solucionar el auténtico problema.⁸⁰

La ingobernabilidad que impera en México ha conducido a los políticos a incluir en su discurso el tema de la seguridad pública, pero por más que en el último lustro el asunto se haya expandido sobre todo en el ámbito político, ello no quiere decir que haya un avance conceptual y mucho menos operacional.⁸¹

⁷⁸ Cancio Meliá, Manuel, *Dogmática y Política Criminal en una Teoría Funcional del Delito*, en Günther Jakobs / Manuel Cancio Meliá, *Conferencias sobre temas penales*, Argentina, Rubinzal - Culzoni Editores, 2000, pp.142-143.

⁷⁹ Si Justicia es darle a cada quien lo suyo, entonces lo que le corresponde a cada quien es la salvaguarda de su integridad, de sus derechos, así como la preservación de la libertad, el orden y la paz pública, elementos que permitirán el disfrute de la integridad y derechos de las personas.

⁸⁰ En la Ciudad de México, de 1993 a 2003, se iniciaron 2049092 Averiguaciones Previas y a nivel Federal, en el mismo periodo, se iniciaron un total de 12680348 indagatorias. Fuente INEGI.

⁸¹ Barrón Cruz, Martín Gabriel, *Policia y Seguridad en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005, p.220.

3.3.- UN ACERCAMIENTO A LA SEGURIDAD PÚBLICA.

Blas Pascal afirmó que el ser humano se encuentra entre el ángel y la bestia, empero la historia ha demostrado que se encuentra más cerca de la bestia que del ser angelical; lo anterior porque en los 5 años del sexenio del Presidente Felipe Calderón Hinojosa la violencia alcanzó niveles no vistos con anterioridad en México. Dicho sea de paso, la violencia es un producto de consumo que ha invadido los medios masivos de comunicación, aunque debemos aclarar que estos medios comunicativos no son la etiología del interés social por los relatos de criminalidad violenta, pero lo explotan al funcionar como producto rentable, de fácil producción y, por supuesto, consumo.

En este orden, es importante decir que el concepto de violencia puede ser interpretado de manera diversa según el área de conocimiento de que se trate, así desde la perspectiva jurídica la violencia se relaciona con transgresiones a la ley y los acontecimientos violentos se enmarcan dentro del catalogo de delitos que tipifican las Leyes Penales.

En relación al ámbito de la salud pública la violencia tiene que ver con la agresión física que provoca ciertos daños capaces de producir secuelas de corte temporal o permanente e incluso llagar a la muerte. Lo que puede observarse en estas distintas concepciones es que la violencia tiene íntima relación con acciones físicas objetivas y también con acciones subjetivas, pues violencia será el uso de la fuerza contra alguno para obligarle a hacer lo que no quiere por el medio que no puede resistir.

La violencia ha estado presente en toda época y lugar de la historia humana, verbigracia el relato bíblico del cruento homicidio que comete Caín en contra de su hermano Abel, pero durante siglos no fue considerada como un objeto de estudio hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando el teórico francés Georges Sorel inicia el estudio sistemático de la violencia.

Los diversos tipos de violencia son la estructural, institucional, interpersonal e individual; para los efectos del presente la violencia debe ser entendida desde dos ángulos diametralmente opuestos: la violencia interpersonal -entre particulares- y la violencia estructural - la que el Estado ejerce principalmente cuando se vale del Derecho Penal y de otros medios de control social formal- y recae en la disciplina conocida como *Política Criminológica* el establecer las bases de prevención de estos dos ámbitos de violencia.

Por lo que hace a la Seguridad Pública el artículo 21 de la Carta Magna, antes de la reforma del 18 de junio de 2008, en su parte conducente señalaba que:

La Seguridad Pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

La Federación, el distrito Federal, los estados y los Municipios se coordinarán, en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública

Por su parte el artículo 115 Fracción III inciso h de la Constitución señala que:

Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito;...

El nuevo artículo 21 constitucional reformado el 18 de junio de 2008 dice:

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:

a) La regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones.

b) El establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema.

c) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.

d) Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito así como de las instituciones de seguridad pública.

e) Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines.

Como puede verse existe ausencia de claridad en el marco constitucional de la Seguridad Pública mexicana, pues por una parte es entendida como una función estatal y por otra como un servicio público.

La Nueva Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 2009 y en sus artículos 2o y 3o dice que:

Artículo 2.- La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos y comprende la prevención

especial y general de los delitos, la investigación para hacerla efectiva, la sanción de las infracciones administrativas, así como la investigación y la persecución de los delitos y la reinserción social del individuo, en términos de esta Ley, en las respectivas competencias establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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

Artículo 3.- La función de Seguridad Pública se realizará en los diversos ámbitos de competencia por conducto de las Instituciones Policiales, del Ministerio Público, de las instancias encargadas de aplicar las infracciones administrativas, de los responsables de la prisión preventiva y ejecución de penas, de las autoridades competentes en materia de justicia para adolescentes, así como por las demás autoridades que en razón de sus atribuciones deban contribuir directa o indirectamente al objeto de esta Ley.

Del artículo 2o invocado se pueden extraer las conclusiones siguientes: La seguridad pública es una función estatal cuyo fin es salvaguardar la integridad y derechos de las personas (aún en contra del Estado y del Derecho Penal del Enemigo), así como la preservación de la libertad, la paz y el orden público, comprende la prevención general y especial de los delitos (sin indicar la modalidad positiva o negativa de la prevención) la investigación para hacerla efectiva (se refiere a la elaboración de estudios de naturaleza político criminológico), sanción de infracciones administrativas (en base a la doctrina de la tolerancia cero fundada en el paradigma de ventanas rotas), así como la investigación y persecución de los delitos (recordemos que el artículo 21 constitucional señala que la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías y se eliminó del texto del precepto constitucional la expresión "persecución". De lo que se colige que perseguir implicaba investigar pero no viceversa). De gran importancia en el tema analizado resulta la estructura de los eslabones de la llamada cadena de custodia que implica preservar los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como los instrumentos, objetos o productos del delito para garantizar la identidad y autenticidad del indicio. La cadena de custodia inicia donde se descubre, encuentre o levante la evidencia física y finalizará por orden de la autoridad competente y comprende el hallazgo, levantamiento o recolección, embalaje, clasificación, registro, análisis, entrega física al Ministerio Público, ofrecimiento y producción de prueba. En la carpeta de investigación debe hacerse constar un registro que contenga la identificación de las personas que intervengan en la cadena de custodia y de quienes estén autorizados para reconocer y manejar los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como los instrumentos, objetos o productos del delito.

Amén de lo anterior, del precepto legal *supra* invocado se deduce de manera clara que

A la seguridad pública se le han asignado las funciones de:

I. Mantener la tranquilidad y el orden público, protegiendo los intereses de la sociedad.

II. Proteger la integridad física de las personas y bienes.

III. Prevenir la comisión de delitos e infracciones a los reglamentos o bandos de policía.

IV. Coadyuvar en la persecución de los delitos.

Como se aprecia, solo se han referido las funciones, más no se da la definición de seguridad pública. Además, se insertan diversos aspectos que enredan todo lo referente al tema; así surge otra pregunta: ¿por qué tanta disparidad y confusión?⁸²

La respuesta a la interrogante anterior es evidente: La Seguridad Pública constituye una paradoja debido a lo poco complicado que resulta remplazar el concepto Seguridad Pública por los de Bien Común, Seguridad Jurídica, Paz y Justicia, aunque estos *valores* sólo son una simple quimera legitimadora del Derecho, de poca o nula materialidad en el mismo, dejando de lado que

la inseguridad es una realidad cotidiana con la que hemos tenido que aprender a vivir en las postrimerías del siglo pasado e inicios del actual.

La situación de la seguridad pública en nuestro país es paradigmática del estado que guarda nuestro sistema de justicia penal. Es la punta del iceberg que, por una parte, es la muestra más evidente del deterioro y obsolescencia de nuestro modelo de justicia y por la otra, oculta todo el inmenso estado de descomposición del resto del sistema.⁸³

En este tenor precisado, no pueden pasar por alto los conceptos de Seguridad Pública sustentados por algunos especialistas de la materia, así para Augusto Sánchez Sandoval la Seguridad Pública

cumple la función conservadora del orden social, con base en un orden jurídico que controle el poder y norme sus relaciones con los ciudadanos y de éstos entre sí. Es decir la existencia y permanencia de un orden público y de un orden privado, como condición necesaria para la vida social. Así la seguridad pública se constituye en la manifestación de la acción gubernamental, ejercida para salvaguardar la integridad, intereses y bienes de las personas, y de las entidades públicas y privadas.⁸⁴

Como podemos observar en este concepto no se determinan los límites y alcances de la Seguridad Pública y tan sólo enumera la función y fines de la misma en un Estado de Derecho.

A su vez, Luis Carlos Cruz Torrero dice que

Según concepciones modernas, la seguridad pública hace referencia a la protección que se genera a través de los mecanismos de control penal y del mantenimiento de la paz pública, mediante acciones de prevención y represión de ciertos delitos y faltas administrativas que la vulneran, particularmente a través de sistemas de procuración e Impartición de justicia y de los sistemas de policías preventivas.⁸⁵

⁸² *Ídem.* p.222.

⁸³ García Silva, Gerardo, *Op.Cit.* nota 44, p.365.

⁸⁴ Sánchez Sandoval, Augusto, *Op.Cit* nota 19, p.83.

⁸⁵ Cruz Torrero, Luis Carlos, Seguridad Pública, 2ª Edición, México, Editorial Trillas, 2007, p.100.

Por su parte, Serafín Ortiz Ortiz define a la seguridad pública como la función material del Estado, que está facultado para cuidar materialmente de aquellos bienes jurídicos tutelados en la legalidad, como la integridad física, los bienes y las cosas de los gobernados; la seguridad jurídica y pública están puestas al servicio de los ciudadanos.⁸⁶

El concepto anterior también adolece de elementos materiales, pues se concreta a señalar, formalmente, la función y fines de la Seguridad Pública en cuanto cuidado de determinados bienes, aunado a que la Seguridad Pública es un concepto de naturaleza *ontológica* y no deontológica, pues la seguridad pública *no debe ser* sino que constituye un *es que debiera ser*; "por consiguiente, la seguridad pública no tiene una definición concreta, específica, y se requiere de la mayor precisión posible en este aspecto."⁸⁷

De lo expuesto se puede afirmar que la idea de seguridad pública es vaga e imprecisa al ser entendida, en su ámbito legal, como un ente del deber ser, formal y carente de elementos de corte material que permitan conceptualarla, por lo que resulta más sencillo desplazarla con los *valores jurídicos* supra invocados.

Recordemos que Eduardo García Máynez clasificó los valores jurídicos de la manera que sigue:

- a) FUNDAMENTALES. La Justicia, el Bien Común y la Seguridad Jurídica; de ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino.
- b) CONSECUTIVOS. Son consecuencia inmediata de la armónica realización de los fundamentales. vgr. la libertad, la igualdad y la paz social.⁸⁸

Como puede observarse el bien común, como valor fundamental, tiene equivalencias con la integridad de las personas y el orden social, la seguridad Jurídica con la salvaguarda de los Derechos de las personas, la paz y la libertad son valores consecutivos y, en relación directa al *Jus Puniendi*, Luigi Ferrajoli afirma que, la Justicia es el elemento meta jurídico que legitima externamente al Derecho Penal.⁸⁹ Por tanto los elementos que funcionalmente definen a la seguridad pública son valores jurídicos que trasladan a un segundo plano a la primera, tal vez por ello afirma J.G. Riddall, al citar la *Teoría de la Justicia* de John Rawls, que la Justicia es la adhesión a ciertos principios que sustentan la *obediencia al sistema*.⁹⁰ Por ello la idea aristotélica de Justicia, netamente conmutativa, puede resumirse en el apotegma *dar un tratamiento igual*

⁸⁶ Ortiz Ortiz, Serafín, *Función Policial y Seguridad Pública*, México, Editorial Mc Graw - Hill, 1998, p.14.

⁸⁷ Márquez Piñeiro, Rafael, *Evolución Dogmática del Derecho Penal*, México, Editorial Trillas, 2006, p.13.

⁸⁸ García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, 9ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1999, p.439.

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *Op.Cit.* nota 14, p.213.

⁹⁰ Cfr. Riddall J.G., *Teoría del Derecho*, España, Editorial Gedisa, 1999, Pág.199.

a los iguales y desigual a los desiguales, lo que significa que aquellos que no observen los principios que sustentan la obediencia al sistema serán tratados como desiguales, apocalípticos, enemigos u *hostis* por aquellos integrados o iguales que si observan estas pautas de comportamiento que dan adhesión a la hegemonía del poder.

3.4.- LA FUNCIÓN LATENTE DEL CONTROL SOCIAL POSMODERNO

Raúl Eugenio Zaffaroni dice que:

Al historiar la legislación penal lo que se hace es recorrer los programas de criminalización primaria trazados a lo largo del tiempo, lo cual no debe confundirse con su realización como criminalización secundaria y ejercicio del poder de vigilancia, es decir, con una historia del poder punitivo. La selección criminalizante secundaria se conoce históricamente por otros medios, tales como las investigaciones de la vida cotidiana y de archivos (*judiciales*, policiales, hospitalarios). Con la legislación sólo se dispone de un saber acerca del ámbito de selección concedido en ella, pero nada se dice sobre la forma en que se ejerció esa selección, contra quienes se dirigió y en qué medida lo hizo. Mucho menos informa sobre el poder de vigilancia ejercido en cada época. Sin duda que estas programaciones se fundaron en discursos -y fueron criticadas en otros- que configuraban el saber correspondiente al poder (y al contrapoder o resistencia a éste) en cada época.⁹¹

Sabido es que cada época genera un saber (*veritas*) que se traduce en un discurso que se aplica a partir del poder (*autorictas*) en un ejercicio selectivo en contra de determinadas personas en beneficio de otras, por ello en la sociedad de vigilancia, que se gesta desde el modo de producción - dominación capitalista, se desarrolla una novedosa tecnología de control:⁹² la vigilancia policial.

⁹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal Parte General*, México, Editorial Porrúa, 2001, p.218.

⁹² La Sociología del Control Penal es el ámbito disciplinario en que se toman en cuenta las formas de comportamiento humano que tienen que ver con los procesos de creación y aplicación de las reglas jurídicas, como también con los intereses sociales que se mueven en torno a ellos o los impulsan. El control penal, ejercido por los Estados constitucionales y democráticos de Derecho, reconoce la necesidad de producir y crear las reglas que instituyen un sistema, descompuesto en dos niveles de los cuales puede verificarse que para que existan tales reglas jurídicas los seres humanos actúan, realizando conductas, de la misma forma que cuando existiendo tales reglas las aplican, todo lo cual supone observancia, desobediencia, reacciones en general. Tales niveles son: el *estático o abstracto* que se genera en los principios y categorías fijados en la Constitución para legitimar el derecho a castigar, como también el *dinámico o concreto* configurado por el ordenamiento jurídico penal, procesal, policial, judicial y penitenciario, a fin de que las instancias idóneas (cuerpos de policía, administraciones de justicia, cárceles) cumplan con las funciones pertinentes a cada una de ellas conformando de tal forma el control punitivo. Vid. Prólogo de Roberto Bergalli escrito para González Placencia, Luis, *Política Criminal y Sociología del Control Penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006, p. 16-17.

Este sistema de vigilancia, que no es otra cosa que el subnivel dinámico ó concreto del control penal, ha permitido que la policía cumpla con las funciones para las que fue concebida a lo largo de su genealogía:

La policía como cuerpo adquiere personalidad con el Estado absolutista en que se crean los inspectores de policía, que hasta hoy, son individuos que deben estar vigilantes del otro y que deben dar información a los centros de poder, o a sus emisarios, para que tomen las medidas respecto de aquellas personas que violen las normas del dominador.

En el Estado mercantilista lo fundamental fue la libertad del comercio y entonces, los inspectores de policía y de control tenían que ser coherentes con el intercambio de mercancías, que vinculaba a las potencias centrales con las colonias periféricas. La función policial consistía en permitir el intercambio, el comercio, y la distribución de los bienes, a nivel nacional e internacional, además del control policíaco que tenía que ver con la protección del orden impuesto por el soberano.

En el Estado liberal la policía tiene la fundamental actividad de hacer que las reglas de producción y mercado se cumplan, que quien produce, produzca; que quien compra - pague; pero el Estado no podía intervenir en la especulación productiva o comercial. La convivencia pública se vinculó a los centros de mercado, a los puertos, a los almacenes. Como el Estado liberal se colapsó por el exceso de explotación que hizo de las personas, aparece la nueva forma del Estado intervencionista, que comienza a controlar a los patrones, a los productores, a los que poseían los medios de producción, para que la explotación no llegara a los extremos que había llegado en el Estado liberal. Por lo tanto, la función de policía además de proteger el sistema de poder tenía que vigilar a los patrones, a los individuos que trabajaban en las fábricas, en las empresas, en los talleres artesanales, para evitar que la violencia de capital se siguiera imponiendo de forma brutal.⁹³

Cabe recordar que del Estado intervencionista se transitó al Estado de Bienestar, en donde la policía tenía por objeto que el patrón respetara los derechos laborales de los obreros, hecho que no logró originando la crisis de dicha especie Estatal; así aparece con gran fuerza, en el escenario social, la posmodernidad con un "modelo económico neoliberal que ha implicado...una clara transición...del Estado-Providencia al Estado-Penitencia. Esto ha llevado al abandono definitivo de la gestión social o asistencial de la pobreza, para pasar a una gestión punitiva de la misma, fundada en la acción de policía y de la prisión".⁹⁴

En este Estado penitencia la fuerza militar adquiere tintes de corte policial, es decir existe una mezcla entre control policial y militar, que podríamos entender como *control social militar posmoderno*.

En relación a esta *Policía Social Militar*, debemos recordar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 129 textualmente ordena lo siguiente:

⁹³ Sánchez Sandoval, Augusto, *Op.Cit.* nota 19, p.85-86.

⁹⁴ *Cfr.* Álvarez, Ana Josefina, *Escenario Global y Políticas de Seguridad en Alter* número 2, Nueva Época, México Julio de 2006, p.13.

En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá comandancias militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión, o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas.

Con justificada razón Augusto Sánchez Sandoval llama la atención respecto del proceso de victimización secundaria que tiene su etiología en el actuar de estos cuerpos de *policía social militar*:

El problema de hecho y jurídico surge cuando el poder ejecutivo mismo, se toma el poder de realizar funciones de policía, con el ejército y la marina bloqueando carreteras, caminos, puertos, aeropuertos, deteniendo personas civiles por simple sospecha o destruyendo plantíos de los cuales se obtienen sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que no son tareas militares, sino policiales de acuerdo a la Constitución Política Mexicana.⁹⁵

En este contexto, el artículo 434 Fracción I del Código de Justicia Militar dice:

Para los efectos de este Libro Segundo, se entenderá:

I. Por ejército, la fuerza pública de diversas milicias, armas y cuerpos que sirvan a la Nación para hacer la guerra de defensa de su independencia, integridad y decoro y para asegurar el orden constitucional y la paz interior.

Por tanto, el ejército tiene como fin primordial la lucha armada, por ello Alejandro Carlos Espinosa, citando a Francisco Arturo Schroeder, dice que el ejército difiere de la policía en muchos aspectos, ya que su misión es de carácter *político*, mientras que la otra desempeña una función esencialmente administrativa.⁹⁶

No obstante la clara conculcación de Derechos Fundamentales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha legitimado la actuación de las fuerzas armadas (ejército, armada y fuerza aérea) en el campo de la Seguridad Pública. Al respecto las tesis de Jurisprudencia 34/2000 y 38/2000 que emanan de la acción de inconstitucionalidad 1/96 son del tenor siguiente:

EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. LA DETERMINACIÓN DE CUALES SON SUS FUNCIONES, EXIGE EL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN Y, POR LO MISMO, LA COMPRENSIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, CONFORME AL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE.

Para determinar cuáles son las funciones que puede desempeñar el instituto armado, integrado por esos cuerpos, es preciso atender al estudio sistemático de la Constitución en la que destacan las garantías individuales consagradas en el título primero y, en especial, la garantía de legalidad

⁹⁵ Sánchez Sandoval, Augusto, *La Política Criminal Posmoderna en México: El Control Social Militar en Criminogénesis* número 0, México 2007, p.269.

⁹⁶ Carlos Espinosa, Alejandro, *Derecho Militar Mexicano*, 3ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2005, p.6.

prevista en el artículo 16, en cuanto a que no puede molestar a las personas sino por autoridad competente, de lo que se sigue que toda autoridad, especialmente tratándose de seguridad pública, tiene dos claras delimitaciones, a saber: no vulnerar dichas garantías y no rebasar las atribuciones que las leyes le confieren. Dentro de este marco es preciso que la solución de ese problema se haga conforme a la aplicación del derecho y su estricto acatamiento, que deben respaldar todas las autoridades de los tres niveles de gobierno, encontrando una fórmula equilibrada que suponga necesariamente la existencia y eficacia de mecanismos de defensa a favor de los gobernados, para así prevenir y remediar todo tipo de abuso por parte de las autoridades en el ejercicio de sus facultades, o en la extralimitación en éste, en particular, cuando ello sucede en el delicado campo de seguridad pública interior.

Novena Época, Instancia Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la federación y su Gaceta, XI Abril de 2000, Pág.550, Tesis P./J. 34/2000.

EL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU PARTICIPACIÓN EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN).

La interpretación histórica, armónica y lógica del artículo 129 constitucional, autoriza considerar que las fuerzas armadas pueden actuar en auxilio de las autoridades civiles, cuando éstas soliciten el apoyo de la fuerza con la que disponen. Por esta razón, el instituto armado está constitucionalmente facultado para actuar en materias de seguridad pública en auxilio de las autoridades competentes y la participación en el Consejo Nacional de Seguridad Pública de los titulares de las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, quienes por disposición de los artículos 29, fracción I, y 30, fracción I, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, tienen a su mando al Ejército, Armada y Fuerza Aérea, no atenta contra el numeral señalado del Código Supremo. Además la fracción VI del artículo 89 constitucional faculta al presidente de la República a disponer de dichas fuerzas para la seguridad interior. Por estas razones, no es indispensable la declaratoria de suspensión de garantías individuales, prevista para situaciones extremas en el artículo 29 Constitucional, para que el Ejército, Armada y Fuerza Aérea intervengan, ya que la realidad puede generar un sinnúmero de situaciones que no justifiquen el estado de emergencia, pero que ante el peligro de que se agudicen, sea necesario disponer de la fuerza con que cuenta el Estado mexicano, sujetándose a las disposiciones constitucionales y legales aplicables.

Novena Época, Instancia Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la federación y su Gaceta, XI Abril de 2000, Pág.549, Tesis P./J. 38/2000.

En relación a este tema el Ministro José Ramón Cossío Díaz dice:

En este sentido, la Corte autorizó que las fuerzas armadas realicen en tiempos de paz actividades que *no tengan exacta conexión con la disciplina militar*, si se cumplen las siguientes condiciones: 1) que la invocación de apoyo a la fuerza militar sea para apoyar a las autoridades civiles; 2) que la invocación sea a petición expresa de las autoridades civiles; 3) que el apoyo que presten se realice sin usurpar la esfera de competencia de las autoridades civiles; 4) que la intervención se encuentre

circunscrita al orden constitucional y 5) que se realice con el más escrupuloso respeto a las garantías individuales.⁹⁷

Así, es diáfano que se usurpa e invade la esfera de competencia civil al permitir al instituto armado participar en tareas de Seguridad Pública, amén de que al autorizar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la actuación de las fuerzas armadas en tareas de Seguridad Pública de acuerdo a su *sui generis* interpretación del dispositivo constitucional número 129, que Augusto Sánchez Sandoval resume en la fórmula En tiempo de paz la autoridad *militar puede ejercer más funciones de las que tengan exacta conexión con la disciplina militar a partir de las Secretarías de la Defensa Policial y de Marina Policial*, paso por alto que el fin primordial de estas es hacer *la guerra*, entendiendo por esta última *el conflicto bélico con los contrarios*, y esta función latente se traduce en la ideología que sustenta al Derecho Penal del *enemigo*, que tiende a crear un proceso de victimización oficial en perjuicio de los ciudadanos.

El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece -universal y regionalmente- el derecho internacional de los derechos humanos.⁹⁸

Negar la calidad de persona a un ser humano es un problema de victimización legítima creado por la serie de actores institucionales pertenecientes al sistema de control social del Estado, como lo es la policía y ahora la milicia, el Ministerio Público, el Poder Judicial, la normatividad punitiva, así como los servicios sociales y de salud pública.

Por lo que hace a la Policía (y por supuesto las fuerzas armadas) podemos decir que

Este aparato es considerado como el primer factor contribuyente e iniciador de la victimización secundaria que el Estado, como organización política, ha creado y necesitado para ejercer un control sobre la ciudadanía... Algunas de las funciones de esta entidad institucional... ha sido la protección de la sociedad y de sus ciudadanos defendiéndola de los peligros, premisa que es sólo un elemento complementario del discurso declarado del Estado para justificar la intervención represiva en la escena social. La finalidad de severidad y autoridad encomendada a la Policía desde su iniciación para la represión y control del crimen, ha permitido una serie de conductas y actitudes nocivas dirigidas al tejido social, entre las que se encuentran las causantes de una segunda victimización.⁹⁹

⁹⁷ Cossío Díaz, José Ramón, *Delincuencia Organizada, Seguridad Pública y Fuerzas Armadas* en *Revista Mexicana de Justicia*, Procuraduría General de la República, México 2002, Sexta Época, Número 4, p.81.

⁹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.*, nota 12, p.11.

⁹⁹ Cfr., Yebra Núñez, René, *Victimización Secundaria*, México, Ángel Editor, 2002, p.42-43.

En este escenario podemos vislumbrar que la participación de las fuerzas armadas en la Seguridad Pública no tiene por objeto salvaguardar la integridad y derechos de las personas, ni preservar la libertad, el orden y la paz pública, sino crear un proceso de victimización en virtud de la autoridad, severidad y selectividad con que actúan los miembros del instituto armado en contra del ciudadano *común* quien, además, será estereotipado por tal fuerza en virtud de la llamada, por Elías Neuman, criminalidad de portación de cara.

En razón de lo dicho con antelación comprendemos porque

el orden social es, entonces, una noción reelaborada desde la ideología policial y no desde fundamentos jurídicos o constitucionales; precisamente, en el esfuerzo de mantener ciertos valores de ese orden se terminan justificando los métodos heterodoxos con un arsenal de razones pragmáticas o de conveniencia.¹⁰⁰

Conviene al poder utilizar el Derecho Penal del *Enemigo*, pues como afirma Zaffaroni "los funcionarios que forman parte del sistema penal...reiteran machaconamente su alarma por el crecimiento de la criminalidad en insisten en la *terrible guerra* en que toman parte."¹⁰¹

A mayor abundamiento, es menester recalcar que

El Derecho Penal del Enemigo tal y como esta planteado en sus fundamentos por Jakobs es contrario a los fundamentos de nuestro Estado Democrático de Derecho. Es rotundamente rechazable la idea de que todo aquel que es definido por el sistema jurídico como enemigo queda automáticamente excluido del ámbito de las personas, es decir, queda jurídicamente desprotegido, careciendo de los derechos, libertades fundamentales y garantías de un ciudadano. No comparto, por tanto, la idea esencial de Jakobs de que un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es mejor para el Estado de Derecho que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo. Esa idea es la que sustenta su argumento principal de que mantener un Derecho Penal del enemigo es la mejor manera de conservar un Derecho penal de ciudadanos. En mi opinión, la mejor forma de evitar que se filtre un difuso Derecho penal del enemigo es combatiendo en general la existencia normativa de enemigos *mientras no nos encontremos en tiempo de guerra* y denunciando mientras tanto las diversas manifestaciones en el Derecho positivo del Derecho penal para enemigos.¹⁰²

Aunado a lo anterior el *hostis* es difuso y es necesario, para la hegemonía del poder, reducir o acotar los Derechos Fundamentales de todos los gobernados, pues resulta imposible reconocer *ab initio* quienes son esos apocalípticos; empero

¹⁰⁰ Elbert Carlos, Alberto, *Criminología Latinoamericana teoría y propuestas sobre el control social del tercer milenio Parte Segunda*, Argentina, Editorial Universidad, 1999, p.247.

¹⁰¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Muertes Anunciadas*, Colombia, Editorial Temis, 1993, p.114.

¹⁰² Feijóo Sánchez, Bernardo, *El Derecho Penal del Enemigo y el Estado Democrático de Derecho en Estudios Penales y Política Criminal*, México, Ángel Editor, 2006, p.391-392.

...si se legitima esa lesión a los derechos de todos los ciudadanos, se concede al poder la facultad de establecer hasta que medida será necesario limitar los derechos para ejercer un poder que está en sus propias manos. De este modo, el Estado de Derecho habrá sido abolido.¹⁰³

Negro panorama es el que se presenta en materia de Seguridad Pública pues, a partir de los mecanismos y discursos punitivos de la exclusión, se justifica la intervención de las fuerzas armadas en un claro proceso de victimización, pues el objetivo primordial de esta institución es la guerra creando, así, un ejército de enemigos -conformado por cualquiera- pues no hay guerra sin enemigos; y las acciones de esta *guerra sucia* conllevan a concluir que nos encontramos en pleno camino hacia la Ideología de la Seguridad Nacional; pues de las justificaciones jurisprudenciales que da el Poder Judicial de la Federación, a través del Máximo Tribunal del País, se descubre que, constitucionalmente, son sustentadas en la Fracción VI del artículo 89, precepto que establece las Facultades y Obligaciones del titular del Poder Ejecutivo Federal, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, y esta fracción en lo particular hace referencia a su deber de *preservar la seguridad nacional disponiendo de la totalidad de fuerzas armadas (ejército, armada y fuerza aérea) para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación.*

Por ello es necesario hacer hincapié en que

La función policial corresponde a los organismos civiles instituidos para esta función, no a las instituciones militares, que tienen otra misión constitucional. La confusión de roles no favorece la seguridad pública; por el contrario, altera la operación y lesiona la imagen de las fuerzas armadas, y sustrae a la policía del cumplimiento estricto y exigible de las tareas que le corresponden.¹⁰⁴

De este escenario se desprende, de forma evidente, que el Estado que, enarbolando la ideología de la Seguridad Nacional, tiene por fin defender el modo de producción - dominación capitalista es capaz de reducir al máximo las garantías de los ciudadanos y convertir la delincuencia institucional en una política pública expandiendo los límites del poder punitivo, es decir presenta un autoritarismo creciente y un garantismo decreciente, ya que

es aquí donde se da un cambio sustancial en el panorama de la criminalidad. A partir del poder se pone en marcha una cadena sistemática de crímenes que van desde los allanamientos ilegales hasta los asesinatos y desapariciones pasando por las amenazas, torturas, secuestros, entre otras agresiones. Todo esto dentro de la estrategia de terror destinada a imponer un modelo de dominación y de control social totalitario. No hay lugar en este proyecto a ninguna disidencia. El estado militar intenta absorber a toda la sociedad, uniformándola en espíritu de cuerpo que caracteriza a la institución castrense, detrás de la doctrina de la seguridad

¹⁰³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.* nota 12, p.190.

¹⁰⁴ González de la Vega, René, *Políticas Públicas en Materia de Criminalidad, Teoría de los Escenarios 2000-2030*, México, Editorial Porrúa, 2001, p.233.

nacional. Aquellos que se resistan deben ser suprimidos. La institución militar intenta modelar una sociedad a su imagen y semejanza, confundiendo Estado y Sociedad. Dicho de otro modo, eliminando cualquier autonomía de la sociedad civil. Para alcanzar ese fin, utilizan todos los medios, hasta llegar a niveles de barbarie ya reconocidos por la opinión pública internacional.¹⁰⁵

El Estado Penitencia transita, de manera natural, a una posición conservadora del poder por el poder mismo que se materializa en principios y normas jurídicas que impedirán la sustitución de un modo de dominación por otro, es por ello que

...existen buenas razones de mostrarse preocupados y vigilantes al respecto ya que...nos encontramos actualmente frente a una importante mutación del Derecho Penal en las sociedades postindustriales, momento que implicaría el tránsito de una política de *seguridad interior* reforzada basada en un Derecho Penal Máximo...y que otros han denominado *derecho penal de seguridad ciudadana* a una política de *seguridad nacional* de orden transnacional basada en un nuevo Derecho Penal de Excepción.¹⁰⁶

Recordemos que la Política Criminal, como especie de la política general, es el modo de producción del engranaje de control social y poder penal del Estado respecto de un sistema ideológico que le legitima, por ello la Política Criminal, y no así la Política Criminológica, se resume en cualquier actividad estatal que reprime la actividad criminal. Estas acciones han encontrado su función latente en la necesidad de inversión económica que requiere un País, por lo que a partir de la represión, inclusive con las fuerzas armadas, en contra del *enemigo* se defiende el modo de dominación económica capitalista, otorgándole una función manifiesta a tales actos de Justicia y Seguridad Pública, por lo que es válido afirmar que estamos en presencia de una Política de Seguridad Pública que implica una fisura de un Estado Absoluto dentro del Estado de Derecho, pues de la tensión dialéctica entre Estado Absoluto -tesis- y Estado Liberal -antítesis- tenemos una síntesis que implica un Estado Absoluto inmerso o encapsulado dentro del Estado Liberal de Derecho. Por ello Zaffaroni expresa que el *verdadero enemigo del derecho penal es el estado de policía, que por su esencia no puede dejar de procurar el absolutismo*.¹⁰⁷

Como se podrá observar se ha perdido la legitimidad del Estado Liberal de Derecho pues siempre tuvo en la ideología absolutista de los hostis -bajo denominaciones divergentes- el germen de su propia destrucción, así Ana Josefina Álvarez, citando a Jürgen Habermas, expresa

su preocupación por la posible pérdida de *legitimidad* de los gobiernos democráticos liberales que corren el riesgo de sobre-reaccionar frente a

¹⁰⁵ Tocora, Fernando, *Política Criminal en América Latina, Seguridad Nacional y Narcotráfico*, México, Orlando Cárdenas Editor, 1995, p.174-175.

¹⁰⁶ Cfr. Álvarez, Ana Josefina, *Op.Cit.* nota 87, p.42.

¹⁰⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.*, nota 12, p.171.

un *enemigo* desconocido. El peligro que deriva es grande, tanto en el plano interior, *donde la militarización de la vida cotidiana puede sabotear el funcionamiento del Estado Constitucional* y restringir la participación democrática; como en el plano internacional, donde la fuerza puede revelarse desproporcionada e ineficaz.¹⁰⁸

Este panorama exhibe la *deslegitimación* del Derecho Penal¹⁰⁹ y de la Seguridad Pública en la Posmodernidad, pues la Política Criminal que les origina carece de lógica y sentido en la estructura violenta que les otorga; recordemos que *legítimo* es entendido como sinónimo de *Justo* y de lo expuesto hasta aquí no encontramos un solo elemento que identifique al Derecho Penal y a la Seguridad Pública con la Justicia - sólo encuentran simetrías en cuanto a la función manifiesta con que se legitiman en sociedad- y sí con la defensa del capitalismo; probablemente por ello se olvida que el Derecho Penal apareció a fin de hacer nugatoria la venganza pero, paradójicamente, él es, en esencia, un monopolio de venganza, y la Seguridad Pública surgió a fin de generar certidumbre en el conglomerado humano pero la única certeza que ha logrado es una incertidumbre que le ha permitido participar en la vindicta pública a partir de la fabricación de un concepto vacío, fácilmente reemplazable en cuanto a contenido pero permanente en relación a la forma de operar, ya como emergencia -que le justifica- o como excepción que se ordinariza, la invención los llamados *enemigos*.

¹⁰⁸ Ídem. p.43.

¹⁰⁹ Vid nuestra obra *La Deslegitimación del Derecho Penal*, México, Ángel Editor y Distribuidor, 2004, así como Sarulle, Oscar Emilio, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*, Argentina, Editorial Universidad, 1998.

El discurso de los juristas frente a las atrocidades cometidas por el Estado o al amparo de su inacción, ha seguido dos patologías diversamente perversas pero igualmente funcionales: o se amolda al poder y le proporciona un saber acorde a sus pretensiones, o se aliena políticamente como si la realidad no pudiese contaminar la ciencia del Derecho.

Matías Bailone.

CAPITULO IV

EL ENEMIGO EN LA VICTIMOLOGÍA*

4.1.- INTRODUCCIÓN

Dice Génesis 4:9 "Y Jehová dijo a Caín: ¿Dónde esta Abel tu hermano? Y él le respondió: No sé. ¿Soy yo acaso guarda de mi hermano?"

Desde el principio de los tiempos la persona se ha caracterizado por la individualidad, el egoísmo y la apatía esto, aunque propio de la posmodernidad, nos lleva a recordar que "nada hay nuevo debajo del sol" (Eclesiastés 1:9). Así las cosas la pareja victimario-victima aparece, probablemente por primera vez, en el relato del cruento homicidio *supra citado*. El estudio del hecho en comento da lugar a lo que el día de hoy conocemos bajo el epígrafe "victimología", iniciada por Mendelsohn, y que entendemos como la disciplina que estudia a la víctima, los procesos de victimización y la tipología victimal.

La víctima, según los Principios Fundamentales de Justicia y de Asistencia para las víctimas de Delitos de las Naciones Unidas, es la persona natural o jurídica que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, incluyendo lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal nacional o internacional o que de otra manera constituyan una violación grave de normas internacionalmente reconocidas relacionadas con los derechos humanos, la conducta de las empresas o abusos ilícitos¹¹⁰ de poder.

* Ideas tomadas del discurso pronunciado en el marco de la presentación de la Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal "Criminogénesis" en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) el día 7 de abril de 2008.

¹¹⁰ Al respecto el artículo 1830 del Código Civil dice que "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

De lo anterior se desprende que los "abusos ilícitos de poder" son fuente de victimización y esta

produce una disminución del sentido de seguridad individual y colectivo porque el delito afecta profundamente a la víctima, a su familia y a su comunidad social y cultural. La transgresión del sentimiento de inviolabilidad, porque la mayoría de las personas tienden a vivenciarse inmunes a los ataques delictivos, crea una situación traumática que altera definitivamente a la víctima y a su familia.¹¹¹

La víctima ha sido tipologizada desde prismas diferentes en víctima totalmente inocente, víctima por ignorancia, víctima tan culpable como el delincuente, víctima más culpable que el delincuente, víctima voluntaria, víctima muda, víctima obstinada, víctima especuladora, víctima estafadora, víctima no participante, víctima latente, víctima provocativa, víctima participante, falsa víctima, víctima de la violencia familiar, víctima de la violencia social, víctima de la criminalidad oficial, semi oficial, política o ideológica, víctima de delitos económicos, industriales y farmacológicos, víctima de la contaminación o destrucción del medio ambiente, víctima individual, sin o con aptitud victimal, víctima familiar, víctima colectiva, víctima directa, víctima indirecta, testigo víctima, víctima testigo, etc.

Para nosotros es importante mencionar a la llamada víctima propiciatoria, como especie de la víctima de la violencia social, colectiva o de la criminalidad oficial, pues a decir de Eduardo Balestena

La víctima propiciatoria es necesaria como símbolo del mal que es conveniente expulsar del orden social y, que, por el mismo hecho de existir, confirma como buenos a los restantes miembros de la comunidad. Explica también el motivo por el que el hombre -animal diferenciado por su capacidad de creación de símbolos, imágenes y normas emplea esta práctica. El principio vital para el animal predador que habita la selva es: matar o ser muerto. Para el predador humano que habita la sociedad, este principio es: estigmatizar o ser estigmatizado. La supervivencia del hombre depende de la situación que ocupe en la sociedad, de ahí que deba mantenerse a sí mismo como miembro aceptable al grupo.

De este modo los operadores del sistema legal nunca hablarán de la moralidad de la selección sin la cual el sistema no podría funcionar, siempre hablarán de teorías, autores y normas, del mismo modo que los inquisidores lo harían sobre la prueba del plomo destinada a determinar, por la forma en que el plomo derretido adoptaba en el agua, si el sujeto se encontraba enfermo o poseído.

Todos parecen correr, seguros, tras un punto, sin saber dónde y cómo se originó o sin que eso importe.¹¹²

Como puede observarse la víctima propiciatoria tiene su origen en la mecánica de inclusión (bondad) y exclusión (maldad) a partir de la

¹¹¹ Marchiori, Hilda, *Criminología. La víctima del delito*, 5ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2006, p.3.

¹¹² Balestena, Eduardo, *La fábrica penal*, Argentina, Editorial B de F Montevideo-Buenos Aires, 2006, p.22.

posibilidad de estigmatizar y ser estigmatizado, de manera legítima, como enemigo, pues "en esta relación unos-otros, siempre se ha asumido que el otro no es un ser humano pleno."¹¹³ Esto explica de manera detallada el porque

...una política criminal de Derecho Penal *prima ratio* convierte tanto a víctimas como victimarios en víctimas de la legislación, del Estado, del delito y del proceso. Ingresar en los "juegos" del proceso penal es, para muchos, ingresar en un proceso de victimización conflictivo, en particular cuando ese juego de "intereses" no resuelve el conflicto de la víctima ni del imputado. En las situaciones que exigen comprender realidades de Derecho Penal Mínimo, víctima e imputado son víctimas del proceso. En las que podemos clasificar como Derecho Penal del enemigo, el Estado y sus ciudadanos son víctimas de la delincuencia organizada, pero cuando el conflicto tiene solución entre partes y el Estado se aferra a la condena del actor, el Derecho Penal victimiza. El Estado crea víctimas cuando sólo cree en la pena privativa de libertad como solución del conflicto.¹¹⁴

4.2.- LA VÍCTIMA PROPICIATORIA

La víctima propiciatoria del sistema penal (enemigo) carece de rostro, por lo que es difícil de identificarle; esto explica el porque es necesario reducir los Derechos Fundamentales en aras del eficientismo punitivo. Esta ha sido una constante del devenir histórico y para muestra basta observar la Bula de Inocencio VIII, del 9 de diciembre de 1484, que legitima al *Malleus Maleficarum* de Sprenger y Kramer:

...decretamos y mandamos que los mencionados inquisidores tengan poderes para proceder a la corrección, encarcelamiento y castigos justos de cualesquiera personas, sin impedimentos ni obstáculo alguno, en todas las maneras, como sí las provincias, municipios, diócesis, distritos, territorios, e inclusive las personas y sus delitos, hubiesen sido específicamente nombrados y particularmente designados en nuestras cartas.¹¹⁵

Así no existe fiabilidad en los actos que se realizan en contra del enemigo pues estos se basan en un acto de poder y no en uno de justicia, ya que el eficientismo penal enarbola la bandera de un poder que carece de impedimentos y obstáculos para así hallar al contrario, al ajeno, al excluido, a la bruja que, paradójicamente, constituimos en víctima.

Recordemos que la brujería era descubierta por una *sui generis* metodología: la confesión, la búsqueda de marcas y la ordalía del agua.

¹¹³ *idem* p.41.

¹¹⁴ Laveaga, Gerardo y Lujambio, Alberto (Coordinadores), *El Derecho Penal a Juicio, Diccionario Crítico*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, p. 483.

¹¹⁵ Kramer, Heinrich y Sprenger, Jacobus, *Malleus Maleficarum (El martillo de las brujas)*, Argentina, Ediciones Orión, 2003, p.5.

La *inquisitio* era la forma más segura de obtener una condena, por ser un acto de convalidación por la forma, de la *veritas* obtenida con la *autorictas* (tortura), es decir la excluida es culpable porque esta allí y al quedar marcada por la selección ya no habla, sino que responde (*inquisitio*). Si confiesa, ratifica el poder de estigmatización de la agencia, y si niega es que pretende tergiversar la *veritas* y no hay que creerle porque la verdad ya existía.

Al día de hoy estamos en posibilidad de cambiar las denominaciones: Inquisidor por Policía, Agente del Ministerio Público y/o Juez, proceso por ejecución y enemigo, excluido o el otro por bruja.

De lo anterior pareciera que una característica inherente al poder es la enmascarar sus operaciones reales (función latente) e ignorar aquello que es evidente, pues "el poder...esta allí para instaurar la justicia, pero si algo lo caracteriza es su facultad de imponerse pese a ser injusto."¹¹⁶ Hacemos notar que los procedimientos victimizadores, de corte netamente inquisitorial, han estado presentes desde las Leyes de indias; así en las Leyes XIII y XIV encontramos la figura del pesquisidor que cuenta con el poder omnímodo de un Juez, la facultad para investigar delitos, la posibilidad de actuar en secreto conculcando garantías.¹¹⁷ El pesquisidor, como especie del inquisidor, es un ente de injusticia que debe eliminar todo horizonte garantista para actuar.

La injusticia se despliega, de manera diáfana, en la actividad del inquisidor que veía señas de brujería en todas partes y en la del sistema penal al crear enemigos que han deben ser inocuizados, por ser entes peligrosos para la estabilidad del poder.

El poder, así, se hace autónomo en sus ramificaciones, en las cuales se trata de llevar a cabo aquello que convenga más a su dinámica que a garantizar un resultado justo.

Lo que es funcional al dispositivo pero no ajustado a derecho es un ilegalismo. Si todos sus comportamientos fueran ajustados a derecho, el Estado no podría funcionar, colapsaría inmediatamente. Su actividad descansa entonces, en el reparto de sus ilegalismos, en su aceptación o por el contrario, por el modo en que sí son reprochados a una franja seleccionada para ello.¹¹⁸

Esta serie de acciones y omisiones cuyo objeto es la neutralización y destrucción de los excluidos, de los marginados, de los segregados, en suma de los enemigos puede denominarse *endocidio*.

Este endocidio, producto del proceso victimizador en contra del enemigo, se caracteriza por notas legislativas de emergencia que invocan excepciones y, por sobre todo, la necesidad de remover cualquier óbice

¹¹⁶ Balestena, Eduardo, *Op. Cit.* nota 108, p.35.

¹¹⁷ De hecho la caída en desgracia de Cristóbal Colón se debió a la labor de Francisco de Bobadilla quien fue designado por los Reyes Católicos el 21 de mayo de 1499 Juez pesquisidor y gobernador de las Indias, en sustitución de Colón al que investigó en una pesquisa secreta que culminaría, en 1500, el encarcelamiento del Almirante en Santo Domingo.

¹¹⁸ Balestena, Eduardo, *Op. Cit.* nota 108, p.37.

garantista al declarar la guerra, normativamente, contra las manifestaciones criminales.

La inquisitiva política criminal emergente contiene, a decir de Eugenio Raúl Zaffaroni los siguientes elementos victimizadores para los potenciales enemigos (víctimas propiciatorias):

Tipificaciones de peligro presunto, llamado también abstracto, o sea, poder punitivo sin peligro ni lesión a ningún bien jurídico, vale decir, delitos de pura infracción del deber.

Tipificación de actos preparatorios, con pretendido efecto preventivo. Cabe recordar que en la Roma imperial se había prohibido la fabricación de cualquier tela de color púrpura, pues podía estarse preparando un golpe de estado contra el emperador. Son meros delitos de sospecha.

Introducción de la analogía in malam partem y de la responsabilidad objetiva mediante figuras nebulosas como la conspiracy, para cuya inclusión en las legislaciones nacionales se está haciendo una fuerte presión internacional.

Creación de tipos de omisiones sospechosas, generando deberes de garantía que paulatinamente se extienden a todos los ciudadanos para convertirlos en delatores forzados.

Penas absolutamente desproporcionadas en relación con los bienes jurídicos afectados y con las expectativas de vida de las personas. Reintroducción indirecta de la pena de muerte mediante la reclusión efectivamente perpetua.

Descodificación de la legislación penal, sea por destrucción de la arquitectura de los códigos o por la enorme legislación especial y por disposiciones penales en leyes no penales.

Tipificaciones múltiples, como consecuencia de presiones de organismos económicos internacionales, cuyos tecnócratas exigen la sanción de leyes penales para exhibir su pretendida eficacia. Esto introduce graves confusiones en la legislación penal de los países presionados, con el riesgo de efectos paradójales de impunidad.

Figuras procesales contrarias a la más elemental ética, como los agentes encubiertos (delincuentes por mandato estatal), agentes provocadores (instigadores al delito por mandato estatal), *arrepentidos* (el estado encubre crímenes con impunidad negociando con delincuentes). El estado se convierte en autor mediato de delitos o en autor directo de encubrimiento para ejercer su poder punitivo.

Se amplía el ámbito de las *detenciones sin proceso*, por simple averiguación o sospecha, sin derecho a *habeas corpus* ni a intervención judicial, por puro arbitrio policial.

Del mismo modo se procede a la *expulsión de extranjeros sospechosos*.

Se admiten como prueba sin control de la defensa los *informes policiales de inteligencia*. Se amplía el ámbito del secreto procesal y de las pruebas a las que la defensa no tiene acceso. Se limita por otros medios la *intervención de la defensa* y se vuelven sospechosos los propios defensores. Se habilita a los *servicios de inteligencia para que procedan a escuchas y controles cuya moderna tecnología acaba con cualquier residuo de privacidad*. *Renace el viejo fantasma de los jueces y fiscales sin rostro*.

El ámbito de la pena sin condena, o sea, de la *prisión preventiva*, se amplía considerablemente y el juicio propiamente dicho tiende a suprimirse, reemplazado por la negociación, que no es más que una extorsión para que el vulnerable al poder punitivo acepte una pena bajo amenaza de imponerle otra mayor.¹¹⁹

De lo anterior se deduce que el mundo de los seres victimizados va más allá de aquellas personas que los delincuentes dañan pues "no hay duda de que las leyes las crean y las dictan las clases dominantes. Leyes para corregir en provecho propio de la realidad, no para captarla."¹²⁰

4.3.- EL ENEMIGO, COMO VÍCTIMA, EN EL DERECHO MEXICANO

4.3.1 LA REFORMA DE 18 DE JUNIO DE 2008

El proceso de victimización que se crea a partir del Decreto de Reformas Constitucionales en materia penal reduce el catálogo de Derechos Fundamentales del gobernado al legitimar el arraigo, en el artículo 16 constitucional párrafo sexto, tratándose del enemigo organizado, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, término que podrá prorrogarse hasta ochenta días, siempre que el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen y sea, entre otros requisitos, necesario para el éxito de la investigación. Cabe indicar que el artículo undécimo transitorio, en su parte relativa, establece que "En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del ministerio público podrán solicitar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días." De lo anterior se colige que el precepto transitorio va más allá del texto constitucional el permitir el arraigo por "delitos graves". A mayor abundamiento en la reforma constitucional citada se define a la delincuencia organizada, en el artículo 16 párrafo séptimo, como "una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en términos de la ley de la materia." Es un equívoco definir en la norma constitucional lo que es la enemistad organizada pues el artículo que se comenta está en el rubro "De los Derechos Humanos y sus Garantías" y no se comprende cuál es el Derecho Público Subjetivo, en materia de seguridad jurídica, que emana de tal definición. Es tal el abuso y vulneración de Derechos Fundamentales que se cometen la figura del arraigo en la Ciudad de México que la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal elaboró la recomendación 2/2011 que no ha sido cumplida cabalmente por las autoridades responsables Tribunal Superior de Justicia y Procuraduría General de Justicia, ambas del Distrito Federal. Esto

¹¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Globalización y crimen organizado* en [www. ciencias penales.net](http://www.cienciaspenales.net). pp.10-11

¹²⁰ Neuman, Elías, *Victimología*, 1ª reimpresión, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1992, p.291

permite colegir que el arraigo no es compatible con el artículo 1º Constitucional reformado el 10 de junio de 2011, por lo que debe desaparecer, pues contraviene la reforma constitucional en materia de derechos humanos, actualizándose la hipótesis normativa contenida en el artículo noveno transitorio que dice: "Se derogan todas las disposiciones que contravengan el presente decreto."

Es menester recordar que, de conformidad con el párrafo quinto del artículo comentado, cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Así, la flagrancia supone dos cuestiones: detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido. No obstante, el artículo 165 del Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua dispone:

Se encuentra en situación de flagrancia respecto a un hecho delictivo, quien fuere sorprendido al cometerlo o fuere detenido inmediatamente después de la comisión del mismo, tomando en cuenta para ello el tiempo en que ocurrieron los hechos, el lugar y las circunstancias del caso, que permitan presumir, en base al señalamiento a los hechos, que la persona que se detiene, se encuentra involucrada en el delito.

Para el efecto del presente artículo, se entenderá:

I. La comisión del hecho delictivo, en relación con las formas de consumación del delito en los términos de los artículos 17 y 19 del Código Penal del Estado.

II. Inmediatamente, como el lapso de tiempo comprendido entre el momento de la ejecución del delito y el de la detención, el que podrá realizarse en minutos, horas o incluso días, según las circunstancias del caso, siempre y cuando no se hayan suspendido las actividades de investigación policial tendientes a la localización y detención del probable interviniente.

De lo expuesto se deduce que la expresión *inmediatamente* es flexibilizada en aras de los intereses de Estado para poder detener, con posterioridad a la ejecución del delito, en minutos, horas o incluso días.

El artículo 16 Constitucional permite la intervención de las comunicaciones privadas y crea a los denominados *Jueces de Control* que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Debiendo existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes. Respecto de la intervención de comunicaciones privadas el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal pronunció los acuerdos generales 75/2008 por el que creo los Juzgados Federales Penales Especializados en asuntos relativos a Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones y 25/2009 por el que reforma el diverso acuerdo general 75/2008. Lo resaltable del acuerdo 25/2009 es que en el considerando quinto establece que

podrá otorgarse le intervención de comunicaciones privadas "cuando se constate la existencia de indicios suficientes de que se está organizando la comisión de delitos". Es decir, el acuerdo es un síntoma claro de un Derecho Penal del Enemigo al permitir medidas cautelares en un simple acto de organización. Por su parte el Acuerdo A7234/09 del procurador General de la República delega en la Subprocuraduría de Control Regional, Procedimientos Penales y Amparo, Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada, Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delitos Federales y Visitaduría General la facultad para solicitar ante el Juez Federal Especializados en turno la autorización para intervenir comunicaciones privadas, así como sus prórrogas. Finalmente, respecto de las comunicaciones privadas intervenidas de manera legal -no legítima-, fue reformada la Ley Federal de Telecomunicaciones en sus artículos 16 y 44 que contemplan realizar acciones coordinadas con la autoridad correspondiente para combatir delitos de extorsión, amenazas, secuestro, o delitos graves o relacionados con la delincuencia organizada, llevando un registro pormenorizados de los usuarios de telefonía móvil que permita entregar datos al Procurador General de la República o a los de las entidades federativas, cuando realicen la investigación de los delitos de extorsión, amenazas, secuestro, o delitos graves o relacionados con la delincuencia organizada, en sus respectivas competencias.

Por su parte, el artículo 18 constitucional reformado establece que tratándose de la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Así mismo se incomunica a los procesados y sentenciados de delincuencia organizada, por parte de la autoridad penitenciaria, con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior también puede aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley. Este nuevo sistema de reinserción, sustentado en el respeto a los Derechos Humanos, el trabajo, la capacitación para el mismo, educación, salud y deporte, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria, sin que pueda exceder el término de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación del Decreto.

En el nuevo artículo 17 constitucional ya se habla del proceso oral, pues las sentencias que pongan fin a tales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes y los dispositivos 19 y 20 contemplan el proceso penal acusatorio y oral que se rige por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, desapareciendo el jurado popular de ciudadanos y creando un juez previo a la instrucción conocido como *Juez de Control*. El proceso penal -no el procedimiento penal- inicia, según el artículo 164 del Proyecto de Decreto de Código Federal de Procedimiento Penales del 21 de septiembre de 2011, desde que el indiciado es puesto a su disposición, justificando tal acto con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar,

tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Cabe señalar que, no obstante la benigna redacción del dispositivo constitucional en cita, el artículo 265 del Proyecto de Decreto de Código Federal de Procedimientos Penales del 21 de septiembre de 2011 amplifica los delitos por los que se otorga la prisión preventiva oficiosa para quedar como sigue:

El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos, así como delitos contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y contra la salud, en los términos que establezca este Código.

Para los efectos de este artículo se considerarán:

I. Delitos de homicidio doloso: los previstos en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323 del Código Penal Federal;

II. Delito de violación: los previstos en los artículos 265, 266 y 266 Bis del Código Penal Federal;

III. Delito de secuestro: los previstos en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el de tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter del Código Penal Federal;

IV. Trata de personas, previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas;

V. Delitos cometidos por medios violentos, en los que se emplearen, armas o explosivos:

a) Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

- 1) Piratería, previsto en el artículo 146;
- 2) Terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
- 3) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- 4) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;
- 5) Ataques a las vías de comunicación, que se cometan bajo las circunstancias previstas en los artículos 168 y 170;

- 6) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286;
 - 7) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, con relación al 315 y 315 Bis;
 - 8) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII y XVI;
 - 9) Robo calificado, previsto en el artículo 367 en relación con el artículo 381 Bis;
 - 10) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;
 - 11) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;
 - 12) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis, y
 - 13) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A;
- b) De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3 y 5;
- VI. Delitos contra la seguridad de la nación: Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; espionaje, previsto en los artículos 127 y 128; terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter; sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145, todos del Código Penal Federal;
- VII. Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad: Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 bis; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis, todos del Código Penal Federal, y
- VIII. Delitos contra la salud: los previstos en los artículos 194, 195, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero del Código Penal Federal, así como los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter, 475 y 476 de la Ley General de Salud.
- La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también ameritarán la prisión preventiva oficiosa.

Resulta interesante la teoría subjetiva de la tentativa que sigue este Proyecto de Código y que dentro del catalogo de delitos que traen aparejada de oficio la privación de la libertad aparezcan los delitos contra la salud y contra la seguridad de la nación cometidos por los molestos al poder: sus enemigos.

Cabe señalar que el proceso penal tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos (verdad histórica), proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen y se rige por los principios generales siguientes:

- a) Publicidad. Es un presupuesto legitimador de la administración de justicia pues al vincularle directamente con la sociedad, la última ejerce control sobre la primera. A nivel constitucional el apartado B en la fracción V del artículo 20 de la Norma Fundamental contempla como derecho de la persona imputada el ser juzgado en audiencia pública por un Juez o Tribunal. La publicidad sólo puede restringirse en los casos de excepción que determine la ley.
- b) Contradicción. Implica que la defensa tiene la posibilidad de formular enunciados contradictorios respecto de todas las actuaciones del Ministerio Público, así como alegar e intervenir en las audiencias a efecto de restar valor probatorio a las pruebas de la parte acusadora. En la Carta Magna el apartado A en la fracción VI del artículo 20 se prevé como principio general que ningún Juzgador trate asuntos procesales con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra.
- c) Concentración. Principio que pregona la realización del debate en una sola audiencia o audiencia "combo".
- d) Continuidad. Se refiere a que el debate no debe ser interrumpido, pero es permitido tomar recesos e incluso prolongarse en sesiones sucesivas hasta llegar a su culminación.
- e) Inmediación. Toda audiencia debe ser desarrollada en presencia del Juez sin que pueda delegarse en ninguna persona el desahogo y valoración de pruebas.
- f) Carga de la Prueba. Establece la obligación de la parte acusadora de acreditar la culpabilidad del procesado conforme lo establezca el tipo penal correspondiente. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;
- g) Culpabilidad. Conforme a este el Juez sólo podrá condenar cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado; y
- h) Jurisdiccionalidad *lata*. Indica que cualquier prueba obtenida con violación de Derechos Fundamentales será nula y, por consiguiente, carecerá de cualquier valor probatorio.

El proceso penal de naturaleza oral se divide en tres etapas: fase de investigación que va desde la presentación de la denuncia o querrela hasta la presentación del escrito de acusación, fase intermedia que inicia al notificarse el escrito de acusación y termina al dictarse el auto de apertura del juicio oral y audiencia de debate que inicia con los alegatos de apertura y culmina con el dictado de la sentencia. Lo interesante es determinar la verdadera naturaleza del proceso oral ¿es acusatorio o vinculatorio? ¿la *litis* se da en la vinculación a proceso o al presentar el escrito de acusación? Creemos que la naturaleza es vinculatoria y no acusatoria, pues al momento en que se dicta el auto de vinculación a proceso es cuando se establece la *litis* y no el presentarse el escrito de acusación, aunado a que acusatorio implica una autentica separación y delimitación de funciones del que acusa y juzga y, por ejemplo artículos como el 186 del Código de Procedimientos Penales

para el Estado de México o el 163 del Código de procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua prevén la hipótesis de erigir al Juez de Control en un asesor del Agente del Ministerio Público respecto de la solicitud de orden de aprehensión mal solicitada, en una audiencia privada, lo cual hace nugatorio los principios acusatorio y de contradicción; por ello no es extraño que de manera legítima se concluya el Artículo 20 apartado A Fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dice: "Cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos humanos será nulo" con el artículo 292 del Proyecto de Decreto de Código Federal de Procedimientos Penales del 21 de septiembre de 2011 que, en su parte relativa, dice:

No se considerará violatoria de derechos humanos, aquel dato o prueba que cubra cualquiera de los siguientes requisitos:

I. Proviengan de una fuente independiente, es decir, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se puede llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre éstas;

II. Exista un vínculo atenuado, o

III. Su descubrimiento sea inevitable, en virtud de que aún y cuando haya resultado de una prueba ilícita, habría sido obtenida por otros medios probatorios a los que le dieron origen.

Las partes harán valer las circunstancias señaladas, al momento del ofrecimiento de los datos o prueba.

Como puede verse en el precepto indicado esta presente la denominada "teoría de los frutos del árbol envenenado", desarrollada en Norteamérica a principios del siglo XX, con el objetivo de elaborar excepciones a la regla de exclusión de una prueba obtenida con violación de derechos humanos, como lo es la fuente independiente, la teoría de la tinta indeleble y el descubrimiento inevitable.

Por su parte el artículo 21 constitucional reformado, en su primer párrafo, establece que la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función, que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público, pero que la ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.¹²¹ Así mismo el Ministerio Público

¹²¹ Es importante recordar que en la época de la venganza de privada los particulares tomaban por sí la *vendetta* del daño recibido. Por su parte en la etapa de la venganza pública, al consolidarse el aparato que controlaba al conglomerado humano, se legitima la fórmula taliónica y la *compositio*; con ello la víctima comenzó a ser parcialmente a ser excluida del proceso punitivo. Por su parte el período expiatorista-retribucionista marginó por completo a la víctima dentro del proceso penal, pues el sentenciado habría de ser redimido con la divinidad y, posteriormente, la redención se alcanzaría con el trabajo. En la llamada fase correccionalista caracterizada por las galeras, los presidios, las deportaciones y los establecimientos correccionales, la víctima continuó fuera de cualquier posibilidad de reparación. Finalmente con el advenimiento del discurso resocializador la víctima permaneció al margen de cualquier beneficio a su favor.

podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley; este principio de oportunidad parece pregonar "si eres amigo no se ejercita acción penal, pero si eres enemigo sí será consignada la carpeta de investigación". A mayor abundamiento el precepto constitucional reformado señala que "El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional".¹²²

Por su parte, la seguridad pública, en el precepto supra invocado, es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que la propia Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución. Las instituciones de seguridad pública, anuncia el dispositivo, serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y

¹²² El artículo 1º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, textualmente dispone: "*Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ("la Corte"). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.*" La Corte Penal Internacional, de acuerdo al artículo 2º de su Estatuto, se encuentra vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Parte y la sede de la Corte estará, según el artículo 3º, en La Haya, Países Bajos ("el Estado anfitrión"). La naturaleza jurídica y las atribuciones de la Corte son determinadas por el artículo 4º del citado Estatuto, que dice: "*La Corte tendrá personalidad jurídica internacional. Tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos. La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado.*"

Esta Corte Jurisdiccional Internacional, de acuerdo a lo ordenado por el artículo 34 del Estatuto, está compuesta por los órganos siguientes: a) La Presidencia; b) Una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares; c) La Fiscalía; y d) La Secretaría.

La competencia de la Corte, se limita a los crímenes que señala el artículo 5º del Estatuto por ser los más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; y d) El crimen de agresión.

El Estatuto de Roma, teniendo en cuenta que los crímenes de su competencia solo pueden ser cometidos por personas, señala en su artículo 77, la imposición de penas, que puede ser una reclusión de hasta 30 años o bien reclusión a perpetuidad, amén de una multa y el decomiso del producto de los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, cabe señalar que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional (artículo 25.4).

conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública. A mayor abundamiento, la Nueva Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, contempla en su artículo 75, las funciones policiales siguientes:

- a) Investigación, que será la encargada de la investigación a través de sistemas homologados de recolección, clasificación, registro, análisis, evaluación y explotación de información;
- b) Prevención, que será la encargada de prevenir la comisión de delitos e infracciones administrativas; y
- c) Reacción, que será la encargada de garantizar, mantener y restablecer el orden y la paz públicos.

Creemos que la función manifiesta de la Nueva Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública consiste en presentar a la seguridad pública como integral o sistémica constituida por un subsistema panóptico vigilante que prevenga de manera general y especial la comisión de conductas delictivas hasta llegar al subsistema penitenciario o de reinserción social, pasando por subsistemas de investigación y persecución de delitos y de sanción de infracciones administrativas; afirmamos que la función latente de este universo de inclusión legal consiste en dar una respuesta institucional a la inseguridad que generaran los millones de ciudadanos que se han quedado desempleados y los millones de pobres que la economía desacelerada está produciendo. Estos marginados han de ser excluidos del circuito social para ser incluidos en un catálogo de riesgos y peligros sociales para un orden público que

está concebido al mismo tiempo como una circunstancia de hecho y como un fin del ordenamiento político estatal y en tal sentido aparece en la legislación administrativa, la policía y penal como sinónimo de convivencia ordenada, segura, pacífica y equilibrada, es decir normal y propio de los principios generales de orden expresados por las elecciones de base que disciplinan la dinámica de un ordenamiento. En esa hipótesis orden público constituye un objeto de reglamentación pública y, sobre todo, de tutela preventiva, contextual y sucesiva o represiva...¹²³

El problema surge cuando el ente que ejerce el monopolio legítimo de la violencia justifica el control social invocando el mantenimiento del orden a partir de una confusión de conceptos como seguridad ciudadana, seguridad pública y seguridad nacional e, incluso, trasladando al campo de la axiología jurídica -justicia, bien común, seguridad jurídica y paz- al orden público para legitimar cualquier tipo de acciones represivas en contra de la delincuencia. En tal tenor, para identificar concretamente a los enemigos el poder se ha visto en la necesidad de elaborar un Registro Administrativo de Detenciones, contemplado en los artículos 112 y 113 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública que imponen a los agentes policiales la obligación de dar aviso administrativo al Centro Nacional de Información, por medio del informe policial homologado de las detenciones que realicen el cual deberá contener, al menos, los siguientes datos:

¹²³ Bobbio, Norberto, *et.al. Diccionario de Política* Tomo II, 13ª Edición, México, Editorial Siglo XXI, 2002, p. 1086.

- a) Nombre y, en su caso, apodo del detenido;
- b) Descripción física del detenido;
- c) Motivo, circunstancias personales, lugar y hora en que se haya practicado la detención;
- d) Nombre de quien o quienes hayan intervenido en la detención. En su caso, rango y área de adscripción, y
- e) Lugar a donde será trasladado el detenido.

Este informe policial homologado es complementado, en términos del artículo 113 de la Ley de la materia, por los operadores de Procuración de Justicia una vez que se pone a su disposición al detenido con los aspectos siguientes:

- a) Domicilio, fecha de nacimiento, estado civil, grado de estudios y ocupación o profesión;
- b) Clave Única de Registro de Población;
- c) Grupo étnico al que pertenezca;
- d) Descripción del estado físico del detenido;
- e) Huellas dactilares;
- f) Identificación antropométrica, y
- g) Otros medios que permitan la identificación del individuo.

Salta a la vista la contradicción existente entre el penúltimo párrafo del artículo 114 en comento y el párrafo inicial del dispositivo 115, pues el primero establece la obligación del Ministerio Público y la policía de informar a *quien lo solicite* de la detención de una persona, mientras que el segundo establece la *confidencialidad y reserva* de la información capturada en el Registro Administrativo de Detenciones. Como puede apreciarse el primero hace nugatorio al segundo, pues aunque los datos del registro tengan naturaleza reservada y confidencial es factible saber de la detención de una persona por medio del Ministerio Público o de la policía.

En este contexto se desenvuelven los artículos 117 y 118 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública al construir el Sistema Único de Información Criminal que generen, precisamente, las instituciones de Procuración de Justicia e Instituciones Policiales. Este sistema es de consulta obligatoria en las actividades de seguridad pública, sobre personas indiciadas, procesadas o sentenciadas, donde se incluya su perfil criminológico, medios de identificación, recursos y modos de operación.

El Registro Administrativo de Detenciones y el Sistema Único de Información Criminal son auténticos factores de victimización pues el *detenido* será victimizado, de manera estructural, por un sistema que está creando mecanismos de etiquetamiento, en esta sociedad de consumo, que descargan el oprobio y temor de los *normales* al excluir a un buen número de marginados que son incompatibles con la ideología sistémica. Por tanto este sistema de etiquetamiento provoca descredito

y menosprecio, por una parte, y por la otra constituye una estrategia de conocimiento del ámbito de operación en contra del *hostis*, pues para controlar cualquier objeto o sujeto se requiere de un saber propio de tal. Es decir mientras más se conozca algo más controlable se vuelve, por ello el *corpus* criminológico que se desarrolla en la posmodernidad, y que más adelante se erigirá en la tecnología político criminal, es una técnica de investigación para generar conocimiento acerca del *hostis* y así aplicarle poder en el *soma* al detenerlo, describirlo físicamente, identificarlo antropométricamente, tomar sus huellas dactilares, precisar su grado de estudios, ocupación y profesión, esto porque estas premisas tienen una naturaleza bélica construida a partir de la ingeniería binómica saber - poder en beneficio de la inclusión y en perjuicio de la exclusión.

Es necesario recordar que de acuerdo a la Teoría de Sistemas el discurso jurídico pertenece al mundo del lenguaje; como sistema cerrado genera una universal inclusión pues afuera está lo otro, lo anormal, lo diverso, lo desviado y lo criminal. De lo anterior es claro que, como consecuencia necesaria, la inclusión construye el universo de la exclusión. La contradicción entre inclusión-exclusión genera violencia en contra de las personas que no cumplen los parámetros del sistema. Esto, aparentemente, es lo "normal". El problema deviene cuando encontramos subsistemas de exclusión en la inclusión y de inclusión en la exclusión pues el sistema se corrompe y adquiere la categoría de espurio. El paradigma de la Seguridad Pública, que se sustenta en una Política Criminal del Enemigo, es un subsistema de exclusión en la inclusión al despersonalizar a un sujeto, y de inclusión en la exclusión al incluirle en el de catálogo de riesgos y peligros dentro de los riesgos y peligros de la sociedad. En este escenario comprenderemos que la seguridad es una estrategia de desplazamiento del riesgo, y el último representa una condición estructural de la contingencia de los hechos sociales. Así, mediante la política de la seguridad es posible evitar un riesgo a condición de que se genere otro riesgo, cada decisión que evite un riesgo abre la posibilidad a otros riesgos no conocidos. Se crean instituciones que sólo permiten saber el procedimiento a seguir en caso de un riesgo, pero no evitan que suceda, ni predicen cuando sucederá. El Derecho, como deber ser que puede ser o no ser, no puede prohibir el riesgo, antes bien la Nueva Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública se constituye en el riesgo para los Derechos Fundamentales a partir de la prevención general positiva que le fundamenta, así la ideología de la enemistad sigue abriendo brecha en nuestro Derecho, a partir de una norma que, vía la justificación de la prevención general y especial de los delitos, genera la exclusión de la calidad de persona a un sujeto para incluirle en un catálogo de riesgos y peligros sociales mediante un registro administrativo de detenciones y el sistema único de información criminal que legitiman un Estado Policial en donde se reducen los derechos fundamentales de los gobernados y se anticipa la punibilidad a los actos preparatorios, características propias de una política criminal para enemigos. Así la verdadera amenaza para la seguridad de los gobernados no proviene de los desposeídos que esta crisis arrojará a las calles sino de leyes como esta...

Finalmente, el nuevo artículo 22 señala que no se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea

decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. Resulta reductora de derechos fundamentales la reforma invocada pues, en primer término, se elimina a nivel constitucional la formalidad de seguir un juicio fiscal para aplicar los bienes de una persona al pago de multas e impuestos y, en segundo término, al incorporar la figura conocida como "extinción de dominio" que se regirá por las siguientes reglas:

- I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;
- II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:
 - a. Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
 - b. Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.
 - c. Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
 - d. Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.
- III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

De lo anterior se desprende que el precepto constitucional comentado determina la naturaleza de la acción de extinción de dominio, no la esencia o sustantividad de la *figura* que es punitiva, al indicar que es jurisdiccional, de carácter real y contenido patrimonial, autónoma, distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado. No obstante lo anterior, diversos analistas señalan que la esencia de esta figura es civil y no penal a fin de legitimar las arbitrariedades que serán cometidas en su nombre. Esto es falso pues la extinción de dominio, en el Distrito Federal, tiene un origen penal ya que es necesario preparar procesalmente la acción aplicando supletoriamente el Código de Procedimientos Penales y el Código Penal para el Distrito Federal a fin de que el Ministerio Público acredite un evento típico (tipicidad o adecuación de la conducta a la descripción legal de los hechos) que acredite el hecho ilícito en los casos de Delincuencia

Organizada, Delitos Contra la Salud en su modalidad de Narcomenudeo, secuestro, robo de vehículos y trata de personas). El hecho de que una vez que se ejercite la acción conozca, de momento, un Juez de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal no implica que la esencia de la figura cambie pues, de acuerdo a un principio de lógica jurídica "una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo la misma relación" y si esencialmente la figura es penal no puede variar su naturaleza al ponerla en conocimiento de un Juez Civil pues la consecuencia será, en sentencia, la pérdida de la propiedad sobre bienes cuando se acredite un hecho ilícito o injusto penal (hecho típico y antijurídico constitutivo de delitos en materia acredite el hecho ilícito en los casos de Delincuencia Organizada, Delitos Contra la Salud en su modalidad de Narcomenudeo, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, y el afectado no logre probar la procedencia lícita de dichos bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer su utilización ilícita). Este desenlace conserva el génesis de la figura que nace penal (evento típico) y muere penal (hecho ilícito). Cabe indicar que de acuerdo a una interpretación auténtica o legislativa derivada la extinción de dominio es un decomiso, pues el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos de fecha 13 de diciembre de 2007 dice:

En este sentido, con la finalidad de encontrar una herramienta eficaz que coadyuve a desmembrar 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.¹²⁴

Así, la extinción de dominio es un decomiso y siendo el decomiso una pena permite colegir que la naturaleza de la figura es propia del derecho punitivo. La extinción de dominio o pena que implica la pérdida de los derechos de propiedad de los bienes del gobernado sin contraprestación ni compensación alguna para el afectado, cuando se acredite el hecho ilícito en los casos de delincuencia organizada, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, y el afectado no logre probar la procedencia lícita de dichos bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer su utilización ilícita vulnera el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 20 Constitucional apartado B fracción I y revierte la carga de la prueba que establece el artículo 20 Constitucional Apartado A fracción V como obligación estatal a los gobernados para que acrediten la procedencia lícita de sus bienes, su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer la utilización ilícita de sus bienes. Si es el particular quien tiene esta carga probatoria el Estado es un mero espectador que, a la larga del proceso, se verá beneficiado por los resultados de una ley que, a todas luces, vulnera Derechos Fundamentales. No obstante, en un criterio de Derecho Penal del Enemigo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia

¹²⁴ <http://www.senado.gob.mx/gace.php?sesion=2007/12/13/1&documento=74>

de la Nación en la tesis aislada XXXVI/2002 afirma que el acreditar la legítima defensa del patrimonio no debe entenderse como un desplazamiento de la carga probatoria al inculpado, sino como el derecho de defensa que goza para desvirtuar los elementos de prueba en su contra. La interpretación anterior, contraria al principio de presunción de inocencia para dar paso a un autoritarismo creciente en aras de un garantismo decreciente, es del tenor siguiente:

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL QUE LO PREVE, NO CONTIENE UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

La interpretación genético teleológica de la reforma al título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que comprende los artículos del 108 al 114, publicada en el Diario Oficial de la Federación de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, revela que las causas generadoras de la misma, se sustentan en la necesidad de establecer nuevas bases constitucionales para sancionar adecuadamente y con mayor rigor las responsabilidades de los servidores públicos. Así mismo, del análisis minucioso de la exposición de motivos y de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de su debate, en lo que se refiere al artículo 109, fracción III, párrafo tercero, que contiene la intención expresa de sancionar penalmente a los servidores públicos por causa de enriquecimiento ilícito, no se advierte la voluntad del Poder Reformador de la Constitución de establecer un régimen de excepción a las garantías individuales. Efectivamente, si bien del precepto mencionado se desprende que el servidor público debe acreditar la legítima procedencia de su patrimonio, ello no debe entenderse como un desplazamiento de la carga probatoria al inculpado, sino como el derecho de defensa que goza para desvirtuar los elementos de prueba en su contra. Por lo tanto, es al Ministerio Público conforme a las reglas generales contenidas en los artículos 21 y 102 constitucionales, a quien corresponde comprobar los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del imputado. Para determinar que un servidor público se ha enriquecido ilícitamente (núcleo esencial del delito), se requiere la comprobación previa de determinados hechos o circunstancias, como son la calidad del acusado como servidor público (sujeto calificado), la situación patrimonial del mismo al iniciar y al concluir sus funciones, la remuneración percibida durante el desempeño de su cargo, y la circunstancia real del patrimonio que en la actualidad cuenta el sujeto, para poder de esa forma arribar a un proceso lógico y natural en el que se advierta con nitidez y con un mínimo de sentido común que existe una desproporción sustancial entre lo percibido por el servidor público con motivo de su empleo, cargo o comisión y lo que realmente cuenta en su haber patrimonial. Estos hechos y circunstancias concatenados entre sí, generan la presunción iuris tantum de que el sujeto activo se ha enriquecido de manera ilícita, lo que constituye prueba circunstancial que acredita el cuerpo del delito y la responsabilidad del mismo, los cuales en todo caso pueden ser desvirtuados a través del acreditamiento por parte del servidor público, de la licitud del aumento sustancial de su patrimonio.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXVI/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

Novena Época. No. Registro: 186275. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Agosto de 2002. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: P. XXXVI/2002. Página: 7.

Este garantismo decreciente explica el contenido del Artículo 6º de la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal que dice: "La absolución del afectado en el proceso penal o la no aplicación de la pena de decomiso de bienes, no prejuzga respecto de la legitimidad de ningún bien." Esta flexibilización de Derechos Fundamentales, en base a criterios eficientistas, del enemigo justifica la reversión de ciertos principios generales del derecho, tal es el caso del que reza "lo accesorio sigue la suerte de lo principal." Lo principal es la absolución en un proceso penal que acredita fehacientemente que no se cometió delito alguno y lo accesorio sería este proceso de extinción de dominio que debería absolver de esta prestación al exhibirse la copia certificada de la sentencia absolutoria ya ejecutoriada, pues el artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que ésta tiene valor probatorio pleno. Por su parte el artículo 53 de la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal contempla la posibilidad de que el Juzgador asesore a un órgano técnico como el Ministerio Público para el efecto de que amplíe la acción a las cuestiones no propuestas para que sea declarada procedente la acción extinción de dominio, es decir estamos en presencia de un Juez que también es parte.

4.3.2 LA LEY GENERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO

Uno de los elementos que caracterizan al proceso acusatorio es la tajante separación de funciones entre órgano que acusa y órgano que juzga. Por ello dispositivos como el 36, 293 y 314 párrafo cuarto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, han sido duramente criticados por su andamiaje inquisitivo y conjugar el carácter de asesor del Juez respecto del Ministerio Público o la facultad de investigación del Juzgador. No obstante, en este marco sedicente garantista, se publica el 30 de noviembre de 2010 la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro y resulta llamativo el párrafo segundo del artículo 2º de la Citada normatividad, cuyo tenor es el siguiente:

Los Poderes Judiciales de la Federación y de las Entidades Federativas ordenarán de oficio el desahogo de las pruebas que consideren necesarias, así como todas las medidas que sirvan para mejor proveer, de conformidad con las circunstancias que se aprecien durante el desarrollo de los procesos penales de su competencia, privilegiando y garantizando en todo caso la libertad, seguridad y demás derechos de las víctimas y ofendidos de los delitos previstos en el presente ordenamiento.

Este precepto es el equivalente al inquisitivo artículo 314 del Ordenamiento Adjetivo Penal en el Distrito Federal que, en su parte

relativa, establece: "...Según las circunstancias que aprecie el Juez en la instancia podrá, de oficio, ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer, o bien ampliar el plazo de su desahogo hasta por cinco días más..." De lo anterior se colige que la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro tiene una esencia procesal netamente inquisitiva, amén de figuras propias de un Derecho Penal de Enemigos como el que el ejercicio de la acción penal y la ejecución de las penas por el delito de secuestro sean imprescriptibles, según el artículo 5º de la ley en comento, o el otorgamiento de la facultad discrecional al Juzgador para sujetar a vigilancia policial por cinco años posteriores a la liberación del reo del delito de secuestro, en términos del artículo 20 de la ley en cita.

La paradoja es tal que, por una parte, se inserta en el tejido jurídico una institución benéfica como lo es el proceso penal acusatorio de naturaleza oral y, por la otra, se mantenga un paradigma inquisitivo contrario a la norma fundamental.

4.3.3 EL PROYECTO DE LEY DE SEGURIDAD NACIONAL

Creemos oportuno, hacer notar que la cultura de la emergencia y la práctica de la excepción son la etiología de una involución de ordenamientos y reformas, en el caso de la Ley de Seguridad Nacional, que se ha expresado en la reedición, con ropas posmodernas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal premoderna, nutridos de técnicas inquisitivas y de métodos de intervención propios de la actividad de policía.

Este paradigma emergente no es otro que la idea de la primacía de la razón de estado sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho y del proceso penal, no existe jurisdicción sino otra cosa: arbitrio policial, represión política, dando lugar a una regresión neo absolutista del estado a formas premodernas.

Así para las teorías de la Razón de Estado el Estado es un fin, no fundado sino sobre sí mismo y fundamento a su vez de los medios jurídicos que resultan indiferentes, flexibles, cambiantes y manipulables según arbitrio. El Estado de Derecho, en cambio, concibe al Estado como un medio justificado por sus fines de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos y vinculado a aquéllos mediante las sujeciones de todos sus poderes a reglas constitucionales rígidas y fundadas. Ahora en la jurisdicción el fin nunca justifica los medios, dado que los medios, es decir, las reglas y las formas, son las garantías de verdad y de libertad y como tales tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles; en cambio, el fin no es ya el éxito a toda costa sobre el enemigo, sino la verdad procesal obtenida sólo por su medio y prejuzgada por su abandono.

Por ello, como escribió Voltaire: "La razón de estado no es más que una palabra inventada para servir de excusa a los tiranos."

En esta razón de Estado se presenta un proyecto de reforma a la Ley de Seguridad Nacional que entiende a la misma, en la fracción I del artículo

3, como la condición de integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano para el cumplimiento de los fines del proyecto nacional, cuya preservación corresponde al titular del Poder Ejecutivo Federal, mediante la aplicación de políticas, acciones, recursos y medios, incluyendo el empleo de la Fuerza Armada permanente, para prevenir o hacer frente a los obstáculos que le afecten.

Aquí cabe la pena reflexionar respecto del proyecto nacional a que se refiere la norma, es decir ¿Quién es el titular de ese proyecto nacional? ¿El Grupo hegemónico en el poder interno o el grupo hegemónico en el poder global? Y es que si recordamos que el concepto seguridad nacional hace referencia a la defensa del modo de producción-dominación capitalista es, de entrada grave, la duda que genera el precepto comentado.

Así la norma analizada, en el artículo indicado, señala que la Seguridad Nacional conlleva, entre otras cosas, a: mantener el orden constitucional y la defensa de las instituciones nacionales; mantener de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; preservar la democracia fundada en el desarrollo económico, social y político del país y sus habitantes; preservar la soberanía, independencia y defensa del territorio nacionales; etc. De lo anterior se colige que cualquier alteración al orden público que incite al desorden constitucional e, incluso, la ofensa a instituciones del poder, puede ser entendida como un obstáculo a la seguridad nacional, en forma de riesgo, desafío o amenaza. Siendo irrisorio hablar de democracia, desarrollo, soberanía e independencia en un estado que se caracteriza por adolecer de estos atributos.

El artículo 5 precisa en sus fracciones III y V que, los obstáculos, en materia de seguridad nacional son los tendentes a consumir ilícitos que por sus consecuencias impliquen riesgos, desafíos o amenazas y los actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada; resulta llamativo la discrecionalidad de la ley en cuanto al término "ilícito" que podemos entender, en términos del dispositivo 1830 del Código Civil, como hecho contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. Menudo lío conceptual que permite un espectro muy amplio de aplicación no sólo respecto de leyes de orden público sino de ese aspecto tan subjetivo, producto de confundir moral con Derecho, como las buenas costumbres, a las que por cierto muchos no nos hemos acostumbrado.

De esto no resulta sorprendente al carácter inquisitivo de la norma que en el artículo 33 establece que: "En los casos de obstáculos a que se refiere el artículo 5 de esta Ley, el gobierno mexicano, a través de las instancias a que se refiere el artículo 30, podrá hacer uso de los recursos que legalmente se encuentren a su alcance, incluyendo la información anónima y operaciones de inteligencia y contrainteligencia autorizadas por los titulares a que se refiere el artículo 34 de esta Ley. La información recabada en los términos del párrafo anterior carecerá de valor probatorio en procedimientos judiciales y administrativos."

Respecto de la intervención de comunicaciones privadas se indica de manera expresa que esa toma, escucha, monitoreo, grabación o registro,

que hace alguna de las autoridades facultadas por esta ley, previa solicitud y autorización de la autoridad judicial, de cualquier tipo de comunicaciones por cualquier medio, aparato o tecnología, por motivos de seguridad nacional y que la autorización judicial para la intervención a que se refiere el párrafo anterior, podrá otorgarse únicamente, en el ámbito de sus respectivas competencias, a solicitud de:

I. El Director General del Centro;

II. Los Secretarios de la Defensa Nacional y de Marina, y

III. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa Nacional y el Jefe del Estado Mayor General de la Armada.

La solicitud a que se refiere el artículo anterior sólo procederá cuando se esté en alguno de los supuestos que se contemplan en el artículo 5 de la presente Ley.

Ahora la fuerza armada permanente (ejército, armada y fuerza aérea mexicanos) en términos del artículo 83, respecto a una afectación a la seguridad interior, tendrá las siguientes atribuciones: Poner a disposición del agente del Ministerio Público a las personas detenidas en flagrancia, bajo condiciones que permitan garantizar la integridad física del indiciado y de la autoridad que realizó la detención, en términos del acuerdo que para tal efecto expida el Procurador General de la República y colaborar con el Ministerio Público de la Federación, previa solicitud por escrito y autorización de la autoridad competente para llevar a cabo operaciones de inteligencia y contrainteligencia, detenciones, cateos, y realizar operaciones de vigilancia y seguimiento. En suma vemos a un ejército dotado de facultades normativas para actuar en la llamada lucha contra el narcotráfico que, antaño, no existían y véase el antigarantismo de nueva cuenta pues en acuerdo que para tal efecto expida el Procurador General de la República ¿se determinaran los alcances de la flagrancia? O ¿la manera de poner a disposición al detenido de la autoridad competente?

Esta Razón de Estado y su lógica de excepción, saben que el actuar de la "fuerza armada permanente" en la guerra anti narco carece de facultades legales y por ello el artículo 5º transitorio, de la norma comentada, establece: "Las operaciones que a la entrada en vigor del presente decreto desarrolle la Fuerza Armada permanente por alguna de las causas a que se refiere esta Ley, continuarán llevándose a cabo durante 90 días naturales, plazo dentro del cual deberán emitirse las declaratorias correspondientes. En caso contrario las operaciones deberán cesar de inmediato."

Como puede verse, estamos dando pasos hacia el antigarantismo y la razón de estado guiada por la lógica partidista y conflictual del amigo/enemigo, que es en cambio incompatible con la naturaleza de la jurisdicción, que exige la imparcialidad del órgano juzgador y su indiferencia hacia cualquier fin o valor extraño al proceso.

4.3.4. EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

En la reforma publicada al Código de Justicia Militar, de fecha 16 de noviembre de 2011, se adiciona el delito de Traición a las Fuerzas Armadas Mexicanas en el artículo 275 ter que dice:

Se sancionará con pena de prisión de quince a sesenta años y baja de la Fuerza Armada que corresponda, al militar que:

I. Utilice la fuerza, embarcación, aeronave, o cualquier otro bien o recurso humano que tenga bajo su cargo o mando a favor de cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa;

II. Proporcione a cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa, protección o facilidades en la plaza o puesto confiado a su cargo; así como adiestramiento, capacitación o conocimientos militares;

III. Induzca al personal que tenga bajo su mando o a las tropas de las que forme parte, para que presten algún servicio a cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa, o reclute personal militar para el mismo fin;

IV. Proporcione a cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa, información a la que tenga acceso con motivo del ejercicio de su cargo o comisión;

V. Incumpla con sus obligaciones, respecto de las tropas a su cargo, para actuar contra cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa;

VI. Obstaculice las acciones de las fuerzas armadas o autoridad competente, en contra de cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa;

VII. No ejecute una orden del servicio o la modifique de propia autoridad, en ambos casos, para favorecer a cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa;

VIII. Falsifique o altere un documento o instrumento que contenga información relativa a las operaciones de las Fuerzas Armadas o autoridad competente en contra de cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa, o a sabiendas de que se trata de documentos o instrumentos falsificados o alterados, haga uso de ellos;

IX. Proporcione a sus superiores información diferente a la que conozca acerca de las actividades que esté desarrollando en las Fuerzas Armadas en contra de cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa, u omita proporcionar los datos que tenga sobre dichas actividades, así como de los proyectos o movimientos de éstos;

X. Conduzca o guíe las actividades de cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa, y

XI. Ponga en libertad a cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa, o proteja o facilite su fuga.

Las penas previstas en este capítulo se impondrán además de las que correspondan a los delitos que resulten cometidos por las actividades del individuo u organización delictiva de que se trate.

La vicisitud del delito en cita se encuentra en el artículo 102 del citado ordenamiento que establece que: " La intención delictuosa se presume,

salvo prueba en contrario", de lo anterior se coligue que esta disposición presume el dolo y la realización de cualesquiera de las acciones u omisiones previstas en el dispositivo citado se presumen dolosas y al admitir prueba en contrario, simultáneamente, revierten la carga de la prueba para que sea el militar quien acredite su actuación conforme a derecho. Así el Código de Justicia Militar presenta claros síntomas de Derecho Penal del Enemigo.

4.3.5. CONCLUSIONES

Desde nuestra particular visión, las normas citadas con antelación conforman un discurso penal de la exclusión, también conocido como "Derecho Penal del Enemigo", pues al carecer de rostro el ente considerado como "enemigo" puede adquirir tal carácter cualquier sujeto que se encuentre en México y para encontrarle es necesario eliminar cualquier residuo garantista. El Estado de Derecho es una propuesta de contención del Estado Policial; en el Estado Jurídico la Política Criminológica debe proponer la administración de un reducido poder punitivo de corte racional y óptimo, erigiéndose en barrera en contra de aquel que presenta los mayores rasgos de irracionalidad. No obstante, el poder punitivo tiende hacia la irracionalidad; es un no pensar en el Derecho Penal pues la sola estigmatización de un individuo como enemigo, por incumplir su rol de buen ciudadano, da origen a un proceso institucional de corte victimizador.

Es importante recordar que el proceso indicado es entendido en tres apartados:

a) **Victimización Primaria.** Son las consecuencias inmediatas de corte físico, moral, económicas y psicológicas experimentadas por una persona como producto de la comisión de un acto tipificado o no como delito.

b) **Victimización Secundaria.** Es la experiencia negativa provocada en la misma víctima por los funcionarios públicos de las instituciones del control social formal con motivo de las relaciones procesales y con ocasión de los hechos.

c) **Victimización Terciaria.** Es la manera en que se percibe, estigmatiza o etiqueta a la víctima por la sociedad o el entorno al conocer la experiencia sufrida, permitiendo la modificación conductual.

Creemos que el espectro victimológico debe ser ampliado, a partir de las denominadas "víctimas del sistema penal de enemigos", pues la normatividad permite victimizar desde la propia Ley, que no es cosa diversa que un proceso victimizador provocado por diversos actores institucionales como el subsistema policial, el judicial, el poder legislativo, etc.

Para finalizar creemos necesario recordar que el Derecho Penal no conoce de amigos, ni enemigos, sino de culpables e inocentes, que este debe ser, siempre, *ultima* y no *prima ratio*, que es necesario separar las entidades "pena", "lucha", "guerra", "delincuencia" y "belicidad" para

que el inocente no sea victimizado; que la sociedad del riesgo es, no porque así lo digan los intereses y abusos del poder sino porque vivimos inmersos en el riesgo de ser criminalizados como enemigos y pasar a ser una víctima de este sistema. No podemos ser indiferentes ante esta vicisitud, no es correcto refugiarnos en el mundo del dogma, de la imputación objetiva, de la presunción de inocencia, del proceso oral, en la culpa con representación o en el dolo directo o eventual, pues es menester respetar y defender la más noble de las tradiciones, aquella que nos permite contener al Estado Policía: el garantismo penal.

Debemos cuidar que las nuevas reformas de facto no reduzcan garantías individuales abusivamente a favor de la mano dura que aprieta desesperada a sus propios gobernados, es necesario que no se erijan en un lamentable retroceso para las garantías individuales de los mexicanos, es menester ser prudentes en la aplicación de las nuevas reglas constitucionales frente a una nueva lógica mesurada de aplicación para no convertir al Derecho Penal en nuestro verdadero enemigo.¹²⁵

Recordemos que el abuso del poder y el Estado Policía son los auténticos enemigos del Derecho Penal...

¹²⁵ Carlos Espinosa, Alejandro y González Morales, Ángel, La Nueva Era Procedimental del Sistema de Justicia