

Los modelos penales en el Estado contemporáneo: constitucionalismo y neoliberalismo

Criminal Models in the Contemporary State:
Constitutionalism and Neoliberalism

Les modèles pénaux dans l'État contemporain:
constitutionnalisme et néolibéralisme

Jaime Fernando Cárdenas García

 <https://orcid.org/0000-0001-7566-2429>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: jaicardenas@aol.com

Recepción: 15 de octubre de 2024

Aceptación: 25 de marzo de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19615>

A la memoria de don Sergio García Ramírez

RESUMEN: En este ensayo exponemos las características de los modelos penales en el Estado constitucional y en el Estado neoliberal. Los modelos penales del Estado constitucional pretenden ser garantistas, abogan por un derecho penal mínimo, y de acto. Sin embargo, el modelo económico de dominación prevaleciente —el neoliberal—, impide la realización de los modelos penales garantistas. En el Estado neoliberal, el derecho penal se aleja en gran medida de los derechos humanos y los principios democráticos. Es un modelo que promueve estados policiacos-militares, derecho penal del enemigo, estados de excepción que se dirigen en contra a comunidades vulnerables, y categorías como la prisión preventiva oficiosa que niegan cualquier base del Estado constitucional. *Palabras clave:* Estado constitucional; Estado neoliberal; derecho penal neoliberal.

ABSTRACT: In this essay we expose the characteristics of the penal models in the constitutional State and in the neoliberal State. The criminal models of the constitutional State aim to be guarantees, they advocate for a minimum criminal law, and of act. However, the prevailing economic model of domination —the neoliberal one—, prevents the realization of guaranteeing penal models. In the neoliberal State, criminal law largely distances itself from human rights and democratic principles. It is a model that promotes police-military states, criminal law of the enemy, states of exception that target vulnerable communities, and categories such as informal preventive detention that deny any basis of the constitutional State.

Keywords: constitutional State; neoliberal State; neoliberal criminal law.

RÉSUMÉ: Dans cet essai, nous exposons les caractéristiques des modèles pénaux dans l'État constitutionnel et dans l'État néolibéral. Les modèles pénaux de l'État de droit prétendent être des garanties, ils prônent un minimum de droit pénal, et d'acte. Cependant, le modèle économique de domination dominant —le modèle neoliberal—, empêche la réalisation des modèles pénaux qui les garantissent. Dans l'État néolibéral, le droit pénal est largement éloigné des droits de l'homme et des principes démocratiques. C'est un modèle qui promeut les États policiers-militaires, le droit pénal de l'ennemi, les états d'urgence qui sont dirigés contre les communautés vulnérables, et des catégories telles que la détention provisoire informelle qui nient tout fondement de l'État de droit.

Mots clés: État de droit; État néolibéral; droit pénal neoliberal.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los modelos penales del Estado constitucional.* III. *El modelo penal neoliberal.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. Introducción

Planteamos en este trabajo algunas características del derecho penal en el constitucionalismo y neoliberalismo.¹ Las notas distintivas de ambos modelos son diversas y tienen pretensiones contradictorias. El modelo del Estado constitucional se apoya en una concepción muy fuerte de los derechos humanos como fundamento y fin del Estado y del orden jurídico; un reforzamiento de la noción de Constitución normativa porque esta, no sólo debe reconocer los dere-

¹ Cárdenas Gracia, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

chos sino garantizarlos plenamente —unir *deber ser* con el *ser*—; una propuesta de democracia constitucional que no está basada en la regla de las mayorías ni en las unanimidades, sino en el respeto pleno de los derechos humanos —es una formulación a la vez procedimental y sustantiva—; en algunos autores, una insistencia de lograr a través del Estado constitucional, la inclusión, el igualitarismo y la justicia, es decir, un Estado justo; una creciente aceptación en el orden interno de los tratados sobre derechos humanos y de las resoluciones de los organismos supranacionales que los tutelan; una importancia destacada al razonamiento judicial y a la argumentación jurídica, al grado de que se considere el derecho como práctica interpretativa, el entendimiento de que el Estado Constitucional representa un orden jurídico sin soberano y que su papel es expresar la pluralidad jurídica de todos los proyectos políticos y sociales existentes.²

Por su parte, el Estado neoliberal es consecuenecian principalmente, aunque no solo, del desarrollo del capitalismo globalizador, mismo que produce profundas desigualdades en las sociedades nacionales,³ y que significa enormes dificultades para la realización efectiva del Estado constitucional de derecho, ante las abismales diferencias socioeconómicas y la debilidad de las instituciones estatales. En él, los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, así como la profundización de la democracia, quedan en meras aspiraciones utópicas. El sistema mundializado o globalizado que se manifiesta en el Estado neoliberal limita la autonomía y las posibilidades de la soberanía estatal, como se entendió en el pasado. Las decisiones nacionales más importantes no se adoptan por las sociedades locales sino en instancias externas; la regulación jurídica nacional se debe adecuar a las necesidades del capitalismo mundial; la regulación transnacional se considera jerárquicamente superior a la nacional y, por tanto, esa regulación no puede ser transgredida sin graves consecuencias para el Estado-nación, y las redes de regulación jurídica mundial complejizan y obstaculizan el funcionamiento de las autoridades locales que aparecen desconcertadas ante las realidades del nuevo derecho transnacional.

En el Estado neoliberal existen variables globales que son, en buena medida, parte directa o indirecta de los efectos del modelo neoliberal y que pueden

² Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 11-27.

³ Piketty, Thomas, *Capital in the twenty-first century*, Estados Unidos, Harvard University Press, 2014.

influir en la permanencia del Estado. Nos referimos, por ejemplo, al cambio climático; a la escasez de agua, energía y alimentos; al tráfico de estupefacientes a gran escala; al desarrollo de una criminalidad transnacional; a las migraciones continentales masivas; a las nuevas revoluciones tecnológicas; a los cambios científicos en la genética y en la informática; y a los nuevos alineamientos hegemónicos entre las naciones, entre otros factores observables.

En las páginas que siguen expondremos cómo se expresa el derecho penal en ambos modelos de Estado. El modelo del Estado constitucional tiene una connotación prescriptiva muy fuerte —deber ser o idea regulativa kantiana—; en cambio, el modelo del Estado neoliberal tiene una condición fáctica que se confirma con la observación de la realidad y que cuestiona las bases y fines del Estado constitucional. Las posibilidades para la realización del Estado constitucional demandan el cambio o la sustitución del modelo económico de dominación, y esa circunstancia no es reclamada por los juristas ni por otros sectores privilegiados de la sociedad, con lo que el derecho en general, y el penal en particular, quedan encerrados en sus contradicciones.

II. Los modelos penales del Estado constitucional

Son diversos los modelos dogmáticos penales del Estado constitucional. Entre otros, deben tomarse en cuenta los siguientes: los garantistas, como el de Ferrajoli; modelos funcionalistas, como las de Günther Jakobs y Claus Roxin; teorías centradas en los derechos de las víctimas —Tatjana Hörnle—; teorías abolicionistas de la pena —Hulsman Scheerer, Christie Steinert y Mathiesen de Folter—, y teorías comunicativas y del ciudadano, como la de Michael Pawlik. De los anteriores, me referiré al garantismo de Ferrajoli, y brevemente al funcionalismo de Jakobs y Claus Roxin, y a las teorías del derecho penal comunicativo o del ciudadano, principalmente a la aportación de Michael Pawlik.

El garantismo penal se funda en principios como los de estricta legalidad, materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre las partes y la presunción de inocencia.⁴ Esos principios son fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal de los siglos XVII y XVIII, y se plasmaron en los sistemas jurídicos positivos de occidente después de la

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997.

Independencia de los Estados Unidos y la Revolución Francesa. Esos principios fueron pensados y formulados por las doctrinas del derecho natural, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de la separación de poderes y de la supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitaristas del derecho y la pena. Las anteriores teorías pueden tener una vertiente garantista y democrática, pero también autoritaria y antigarantista. Por ejemplo, en el contractualismo encontramos teorías como la de Hobbes que puede servir para fundar el Estado absoluto, y teorías como la de Spinoza que estimula las libertades humanas. El positivismo aportó el principio de legalidad para limitar la arbitrariedad del gobernante, pero la legalidad no siempre ha tenido contenidos consecuentes con los derechos humanos.

Ferrajoli propone principios para condicionar y deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva. Diez son los principales:

- 1) *Nulla poena sine crimine* (principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito).
- 2) *Nullum crimen sine lege* (principio de legalidad en sentido lato o estricto).
- 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (principio de necesidad o economía del derecho penal).
- 4) *Nulla necessitas sine iniuria* (principio de lesividad o de la ofensividad del acto).
- 5) *Nulla iniuria sine actione* (principio de materialidad o de la exterioridad de la acción).
- 6) *Nulla actio sine culpa* (principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal).
- 7) *Nulla culpa sine indicio* (principio de jurisdiccionalidad en sentido lato o en sentido estricto).
- 8) *Nullum indicium sine accusatione* (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación).
- 9) *Nulla accusatio sine probatione* (principio de la carga de la prueba o de la verificación).
- 10) *Nulla probatio sine defensione* (principio contradictorio, o de defensa, o de refutación).

De los anteriores principios, Ferrajoli desprende cuarenta y cinco teoremas y cincuenta y seis tesis. Cada principio es desbrozado. Por ejemplo, el primero, relativo al principio de legalidad significa que el delito y la pena deben estar previstos en ley emanada del Poder Legislativo —mera legalidad—, pero también entraña que los contenidos de la ley relacionada con delitos y penas estén integrados por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso —estricta legalidad—.

Al tomar en cuenta la presencia o ausencia de los anteriores principios en los sistemas normativos penales, Ferrajoli elabora una tipología de los sistemas punitivos. Llama objetivista al sistema punitivo sin culpabilidad, donde prevalecen consideraciones de responsabilidad objetiva. Los sistemas subjetivistas son aquéllos sin acción y sin ofensa basados en la peligrosidad del delincuente, fundados en el tipo de autor, o en delitos de peligro abstracto o presunto, delitos de opinión y delitos de sospecha. Sistemas sin necesidad en donde no existe el principio de economía y, que se caracteriza por la presencia de prohibiciones y penas superfluas e inútiles.

Existen además modelos punitivos irracionales. Los que se encuentran en la escalera más baja de la racionalidad punitiva. Por ejemplo, sistemas sin delito —prisión preventiva oficiosa o arraigo—, sin juicio —delitos en blanco propios del Estado policial— y sin ley —justicia patriarcal o del cadí—. Se trataría de los modelos prepenales o extrapenales.

El ideal de un Estado garantista es contar con un derecho penal mínimo y no con un derecho penal máximo. El derecho penal mínimo se caracteriza por ser un derecho penal limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial —o de los contenidos penalmente relevantes— y, en el plano procesal, a formas garantistas vinculantes —oralidad, inmediación, contradicción, presunción de inocencia, etcétera—. El derecho penal máximo sirve para configurar sistemas de control penal, propios del Estado absoluto y totalitario, en donde los poderes públicos son *legibus soluti*, carentes de los límites y condiciones previstos en lo que ahora llamamos Estado constitucional y democrático de derecho.

Sobre el derecho penal máximo y mínimo encontramos diferencias respecto a la certeza. En el derecho penal máximo se busca que ningún culpable resulte impune —*in dubio contra reum*— a costa de la incertidumbre de que algún inocente sea castigado. En el derecho penal mínimo, la certeza indica que ningún inocente sea castigado, lo que se garantiza con el principio *in dubio pro reo*.

En el garantismo son importantísimas las garantías sustantivas que se refieren al principio de legalidad: reserva de ley y carácter absoluto de reserva de la ley penal. Reserva de ley —o de mera legalidad— implica que el juez no puede calificar como delitos a los fenómenos que considere inmorales, sino sólo a los que están previstos en una ley como presupuesto de una pena. El carácter absoluto de la reserva ley penal —estricta legalidad— significa que la ley penal debe tener como características la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales.

En cuanto al modelo funcionalista, este tiene entre sus representantes más destacados a Claus Roxin (funcionalismo político-criminal) y Günther Jakobs (funcionalismo normativista). El funcionalismo mantiene la estructura del delito con la conducta como presupuesto del delito y las tres tradicionales categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo, esas nociones se modifican. La conducta se fundamenta en criterios valorativos-sociales (Roxin) o normativos (Jakobs). La tipicidad experimenta un cambio con los criterios de imputación objetiva —teoría de la imputación objetiva del resultado o teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta—. El dolo limita sus contenidos psicológicos y se acerca a una concepción psicológica-normativa. La culpabilidad se sustenta ahora en criterios político-preventivos (Roxin), o en criterios normativos-preventivos (Jakobs).⁵

La teoría de Jakobs se construye a partir de la teoría sociológica de los sistemas de Niklas Luhmann. En Jakobs, el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad, y no directamente la garantía de los derechos humanos. La sociedad se entiende como un sistema de comunicación de reglas que garantizan su desarrollo armónico, el que se afecta cuando alguien no cumple con su rol y realiza una conducta delictiva, contradiciendo las expectativas sociales. La pena constituye una reacción frente a un hecho que supone el quebrantamiento de una norma. La pena ya no es una reacción frente a un hecho que lesiona un bien jurídico tutelado, y se erige en Jakobs como el medio a través del cual se confirma la vigencia de la norma violada y, de esa forma, se restituye la identidad social. De esta suerte, el delito es una afirmación que contradice la norma, y la pena es la respuesta que confirma la norma donde la función de la pena es restituir la vigencia de la norma violada con

⁵ Díaz Aranda, Enrique y Roxin, Claus, *Teoría del delito funcionalista*, México, Flores Editor, 2017, pp. 144-146.

la conducta delictiva. La teoría de Jakobs hace depender a la culpabilidad de la prevención general, de acuerdo con lo cual la pena se sustentaría en la necesidad de garantizar la fe de la sociedad en el derecho, y cuenta con algunos desarrollos muy cuestionables, como el del derecho penal del enemigo, que comentaremos en el capítulo siguiente.⁶

El funcionalismo de Jakobs ha sido criticado por su carácter normativista, dado que la exclusiva validez formal del derecho penal no asegura que los contenidos de las leyes penales tengan conformidad necesaria con los derechos humanos, principios y procedimientos democráticos. Lo anterior ahora se evidencia en nuestro país con la discusión en torno a la prisión preventiva oficiosa y/o el arraigo, donde esas instituciones son claramente contrarias a los derechos humanos, pero están vigentes —validez formal— porque fueron creadas por los órganos competentes mediante el procedimiento previamente establecido.

En cuanto a Claus Roxin, éste sostiene que la dogmática no debe sustentarse exclusivamente en desarrollos lógicos y normativos, sino que tiene que atender a la realidad social y ofrecer soluciones conforme a los conocimientos ofrecidos por la política criminal. Roxin propone la teoría de la imputación del tipo objetivo y sustituye el puro concepto de culpabilidad por el de responsabilidad, mismo que está integrado por la culpabilidad y la necesidad de imponer la pena. En esta teoría, la conducta se guía por las finalidades del derecho penal y su significación social, y no por consideraciones previas de carácter causal, estructuras lógico-reales y otras. El tipo objetivo se define a través de criterios de imputación normativa, donde debe establecerse si la conducta particular está dentro del radio de prohibición que el legislador quiso plasmar al emitir el tipo, pues sólo aquellas conductas que se encuentren comprendidas en él pueden ser consideradas desaprobadas y en consecuencia típicas.⁷ La antijuridicidad formal y material implica que la conducta no está amparada por alguna causa de justificación. La responsabilidad es una categoría que engloba a la culpabilidad y a la necesidad de la pena. Se propone la prevención general negativa —efecto

⁶ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 3-128.

⁷ Frisch, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, España, Atelier, 2015.

disuasorio de la pena— que obedece a lineamientos generales de un derecho penal preventivo general.⁸

La teoría de Michael Pawlik sostiene que su concepto de acción se diferencia del de Welzel —que es una manera instrumental de entender a la acción orientada a un fin del mundo exterior—. La acción en Pawlik es comunicativa, es decir, es una toma de posición entre alternativas valoradas normativamente entre distintas personas y operadores jurídicos. El actuar no es un acontecimiento puramente individual sino social, pues quien tolera una infracción a la norma deja entrever con ello que para él la norma lesionada no es digna de ser conservada o defendida. En cambio, quien exige respeto por la norma penal que otro u otros rechazan, pone de manifiesto su disposición a continuar reconociendo a la norma como un parámetro de comportamiento y valoración. Toda acción es potencialmente idónea para generar una disputa interpretativa. Actuar consiste en someterse a una valoración normativa. Las valoraciones de la acción corresponden a las personas, principalmente a los operadores jurídicos que aplican las normas penales, aunque también a la persona que infringe la norma. Las distintas identidades parciales que deliberan y valoran normativamente la norma penal constituyen una identidad general personal que se expresa con el concepto equilibrio en la identidad. El penalista debe apoyarse, más allá de la dogmática, en teorías distintas a las estrictamente penales, tales como la teoría filosófica de la acción, la argumentación jurídica, la teoría de la identidad personal y en una filosofía política, dado el carácter eminentemente político de la pena. El derecho penal es, fundamentalmente, para los ciudadanos que pueden deliberar sobre el delito y la pena en términos de simetría y bajo condiciones de homogeneidad; por tanto, no debería ser para los excluidos sociales, que no pueden deliberar en planos de igualdad, por ejemplo, los migrantes. En el derecho penal existen categorías problemáticas en nuestro tiempo, como la de los terroristas. Pawlik se pregunta si el derecho penal aplicable a ellos es el ordinario, o si debe ser diferente y más estricto, lo que podría conducir a un derecho penal del enemigo, cercano al de su maestro Jakobs.⁹

⁸ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Argentina, Thomson Reuters; Civitas, t. I, 2022, pp. 41-109.

⁹ Pawlik, Michael, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, España, Atelier, 2016; Pawlik, Michael, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, España, Atelier, 2019, y Duff, Antony; Pawlik, Michael; Coca Vila, Ivó; Orozco López, Hernán Darío y Irrarázaval Zaldívar, Cristian, *Pena y*

Formalmente, en México el Estado constitucional tiene como la expresión jurídica más importante a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, que reconoció el carácter previo al Estado y al derecho, de los derechos humanos, que confirió igualdad jerárquica a los tratados en materia de derechos humanos cuando éstos no se opusieran a la Constitución, que estableció los principios de interpretación pro persona y conforme, que definió los principios de interpretación de los derechos humanos —universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad—, que reconoció el principio de dignidad de la persona, la igualdad sustantiva, y prohibió la discriminación. Esa reforma debe entenderse a la luz de resoluciones de la Suprema Corte, como la emitida en el expediente varios 912/2010 o en la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, que asumieron categorías como el bloque y el parámetro de regularidad constitucional y convencional.

Previamente a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se aprobó y publicó el 18 de junio la reforma constitucional en materia penal de 2008. Esta modificó distintos preceptos constitucionales —16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123— para establecer derechos y principios garantistas en materia penal a favor de los imputados y de las víctimas u ofendidos, así como para conformar el nuevo sistema penal mixto-acusatorio, aunque mantuvo, como se explicó anteriormente, figuras como el arraigo o la prisión preventiva oficiosa, que pueden considerarse como derecho penal del enemigo.

Se podría considerar por algunos que el modelo penal del Estado constitucional se consolidó en gran parte con esas reformas constitucionales y con las leyes de desarrollo de carácter secundario a esas modificaciones constitucionales. Sin embargo, eso no es así, por razones jurídicas e institucionales que no han maximizado la garantía de los derechos humanos —por ejemplo, las dificultades para acatar las resoluciones—, en los casos Tzompaxtle Tecpile y García Rodríguez, dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁰ las reformas constitucionales regresivas en materia de militarización de la seguridad pública, las iniciativas constitucionales regresivas, como la que amplía los

vínculo político. *Sobre el castigo no-paradigmático en el derecho penal del ciudadano*, España, Atelier, 2023.

¹⁰ Ferreres Comella, Víctor, “El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios”, en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Constitución y sistema penal*, España, Marcial Pons, 2012, pp. 109-121.

supuestos de prisión preventiva oficiosa, la débil profesionalización de las fiscalías y policías, el escaso presupuesto para las defensorías públicas, el desastre que significa el sistema penitenciario de nuestro país,¹¹ entre otras—. También el modelo penal del Estado constitucional no se ha asegurado ni perfeccionado por motivos presupuestales, por razones sociales y culturales —muchas personas entienden el mundo penal del proceso y la pena para la venganza individual y social— y por razones políticas, pues no todos los gobernantes respaldan un derecho penal orientado por y hacia los derechos humanos y los principios democráticos.¹² Sin embargo, las principales causas de no realización del modelo penal del Estado constitucional tienen que ver con la hegemonía del modelo neoliberal globalizador, lo que analizaremos en las siguientes páginas.

El derecho penal del Estado constitucional tiene, entre sus manifestaciones conspicuas, la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.¹³ Sobre esos derechos podemos decir que, pese a las normas constitucionales, convencionales y legales existentes para su protección y tratamiento penal diferenciado, la realización efectiva, la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes depende de la vigencia material del Estado constitucional. Este no es una realidad, porque las condiciones económicas, sociales o políticas del contexto lo impiden, por lo que los derechos de la niñez no se han realizado. Desde mi punto de vista, debemos seguir trabajando en la maximización de los derechos de las infancias, pero sin olvidarnos de atender las críticas al Estado

¹¹ González Rodríguez, Patricia; Sarre Iguíniz, Miguel y Morey, Juan, *Derecho de ejecución penal. Tendencias hacia la legalidad en las prisiones*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2024.

¹² Robles Planas, Ricardo y Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coords.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*, España, Atelier, 2010.

¹³ Como introducción a la problemática penal de las niñas, niños y adolescentes puede verse, entre muchos otros autores, a: González Contró, Mónica, *Derecho de las niñas y niños*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2015; Ambrosio Morales, María Teresa y Alejandro López, Dayra Sayen, “Las personas menores de doce años que cometan o participen en un hecho que la ley señale como delito en México”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, *Hechos y Derechos*, núm. 76, julio-agosto de 2023; Flores, Julia Isabel y Somuano, María Fernanda, *La socialización política de los niños en México*, México, El Colegio de México; Universidad Nacional Autónoma de México, 2022; Pérez Contreras, María Monserrat, *Aspectos jurídicos de la violencia contra la niñez y la adolescencia migrantes no acompañadas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2023, y Vasconcelos Méndez, Rubén, *La justicia para adolescentes en México. Análisis de las leyes estatales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México; UNICEF, 2009.

constitucional. La eficacia de los derechos de la niñez depende de la efectividad del Estado constitucional.

De esta suerte, la justiciabilidad, protección y eficacia de los derechos de la niñez, precisa de algunas metas económicas básicas para su consecución. Esas variables hoy en día no existen, el modelo económico dominante no es keynesiano, es neoliberal, y éste se caracteriza por apostar por la economía irrestricta del mercado y por un Estado que intervenga, no para enfrentar las desigualdades sociales y económicas que provoca el mercado, como lo hacía el keynesianismo, sino para salvaguardar y extender la presencia del mercado, para garantizar su buen funcionamiento y para enfrentar las barreras e impedimentos regulatorios a la libre competencia.¹⁴ Por tanto, al no existir las condiciones económicas adecuadas, y al no darse circunstancias democráticas y sociales óptimas, es muy difícil que los derechos de niñas, niños y adolescentes sean realidad en los países de la región, incluyendo al nuestro.

Las penas con enfoque restaurativo —y no sólo retributivo— aparecen propuestas durante el Estado constitucional.¹⁵ La pena restaurativa no entraña un derecho penal duro y concibe al delito como una lesión a los derechos subjetivos de las víctimas; busca lograr la paz social, la reparación del daño y la solución del conflicto mediante el acuerdo o a través de la conversación entre las partes. Al respecto dentro de las escuelas de mediación han existido las siguientes: 1) la de Harvard, que busca el acuerdo; 2) la circular o narrativa, que pretende conocer e intentar comprender la perspectiva del otro sin que necesariamente se arribe a un acuerdo, y 3) el modelo transformativo, que tiene por fin que las personas desarrollen habilidades comunicativas, no se aislen en la conversación, y reconozcan a la otra persona como un ser humano con derechos plenos.

Una aportación importante del Estado constitucional en la materia reside en el derecho procesal penal; en la introducción de modelos mixtos y adversariales.¹⁶ El modelo inquisitivo era parte de la lógica estadual del Estado del bienestar, que exigía de la organización institucional gestionar activamente las vidas

¹⁴ Steger, Manfred B. y Roy, Ravi K., *Neoliberalismo. Una breve introducción*, España, Alianza Editorial, 2011, pp. 29-34.

¹⁵ Gargarella, Roberto, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2016.

¹⁶ Damaska, Mirjan, R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

de las personas, desde los derechos fundamentales a los servicios públicos. En cambio, el modelo adversarial es compatible con un tipo de Estado que tiene por objetivo mantener el equilibrio social y proporcionar amplios márgenes de libertad, para que las personas desarrollen con independencia de otras y del Estado sus planes de vida y participen en la autogestión social.

La característica más importante del sistema adversarial reside en las negociaciones entre las partes, el fiscal y en ocasiones con el juez. Se puede negociar casi todo: delitos, culpabilidad, beneficios, etcétera —es el caso de los Estados Unidos, no de México—. Entre lo más importante que se acuerda es la posibilidad que se brinda al imputado para que se declare culpable a cambio de reducción de la pena. También se puede negociar que el imputado pase a ser testigo protegido, o en los concursos de delitos, se concede al imputado, después de una negociación, declararse culpable de sólo uno de ellos. El sistema mixto — es el que está en vigor en México— puede tener una vertiente inquisitiva, si en él prevalece la prisión preventiva. El sistema mixto también puede tener una vertiente adversarial, si se permiten los acuerdos y negociaciones. También el sistema mixto puede tener una vertiente acusatoria, si las partes fijan el ritmo procesal, pero sin que existan acuerdos o negociaciones porque el juez está obligado a averiguar la verdad.

En el sistema procesal penal en vigor en México y a nuestro juicio, cuando existen negociaciones como en el sistema adversarial norteamericano, aunque no sea con esa profundidad y extensión, se producen violaciones a los principios de igualdad y de culpabilidad (casos semejantes tendrán resultados diversos en función del dinero que tengan los imputados para negociar, en un caso se producirá el reproche y en el otro no). Igualmente, se rompe con la prohibición de las penas trascendentales porque, si el imputado carece de recursos, es su familia o terceros los que suelen satisfacer y cumplir económicamente los acuerdos reparatorios.

Los procedimientos en el modelo adversarial y, en menor medida, en el mixto, se caracterizan porque los juicios se desarrollan sin interrupción. La responsabilidad de la preparación de los procesos corresponde a las partes y no tanto a los funcionarios judiciales. En los procedimientos se prefieren los testimonios directos y la comunicación oral a los registros de pruebas documentales y declaraciones escritas.¹⁷ Existe una mezcla de acción privada y oficial. Las regla-

¹⁷ Márquez Gómez, Daniel, y Sánchez Castañeda, Alfredo, *Las falsas divergencias de los siste-*

mentaciones que puedan existir para conducir los procesos son interpretadas discrecionalmente por los jueces en aras de alcanzar la resolución de los conflictos, fundándose siempre en elementos de justicia sustantiva. La pretensión del derecho penal, de los procesos y del propio modelo jurídico no consiste en alcanzar la verdad durante los juicios, o intervenir en los planes de vida de los particulares, o en reclamar que el Poder Judicial participe en las políticas públicas; el fin fundamental del derecho y del proceso es resolver los conflictos.

En cambio, el modelo inquisitivo estaba vinculado al Estado activista —Estado del bienestar—. El Estado activista, a través del sistema judicial buscaba el cumplimiento del derecho y la implementación de las políticas del Estado para la satisfacción de los derechos e intereses de todos y no solamente de las partes. El proceso en el modelo inquisitivo lo que pretendía lograr era que las decisiones fueran conforme a derecho y que sirvieran para desarrollar y materializar las políticas del Estado. La resolución de conflictos como fin era sólo una función secundaria, subordinada y complementaria. No era un objetivo preponderante.

Señala Damaska que, así como el Estado norteamericano ha intervenido en la economía para corregir los fallos de los mercados competitivos antes que reemplazarlos, su intervención en el proceso penal se encaminó a enderezar la competición entre las partes antes que a eliminarlas. La igualdad meramente formal del proceso y defensa, o la somera simetría de los derechos procesales, dejaron de ser la preocupación central de la mentalidad jurídica, y ahora se aboga para que las partes gocen de igualdad sustantiva. Así, al acusado indigente se le garantizó ayuda legal gratuita; sin embargo, en contrapartida se continúan estimulando las negociaciones sobre la defensa según los parámetros clásicos y tradicionales del modelo panitario, adversarial y reactivo.

También en el Estado constitucional, en la legislación procesal penal, se conciben las soluciones alternas al proceso penal. En México, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, y la Ley General de Víctimas las contemplan. Según el artículo 184 del CNPP, las vías alternas de solución, son el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso. Existe también, como forma de terminación anticipada del proceso penal, el procedimiento abreviado (artículo 185, CNPP).

mas inquisitivo y acusatorio. El idealismo alrededor de los juicios orales en México, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

En el frágil Estado mexicano, existen categorías constitucionales que constituyen derecho penal del enemigo que niegan los principios del Estado constitucional. Entre ellas el arraigo, las normas sobre delincuencia organizada, intervención de comunicaciones en el caso de delincuencia organizada, la prisión preventiva oficiosa, los centros penitenciarios de alta seguridad para la delincuencia organizada, los plazos especiales de prescripción en delincuencia organizada, no informar quién acusa en delincuencia organizada, protección de la identidad de los denunciantes, beneficios para el que acusa en delincuencia organizada, restricción de la publicidad en materia de delincuencia organizada, “reversión de la carga de la prueba” en delincuencia organizada, y la extinción de dominio y la confiscación en los términos del artículo 22 constitucional. El derecho penal del enemigo implica tratar a los investigados o indiciados como responsables antes de que sean juzgados porque se les considera peligrosos — derecho penal de autor y no de acto—. Se violentan, así, todos los principios constitucionales y convencionales, entre ellos, el principio de presunción de inocencia y los que integran el debido proceso.¹⁸

Un ejemplo grave de derecho penal del enemigo son las detenciones preventivas permitidas pretorianamente en nuestro país. Esta categoría se inspiró en la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos: *Terry vs. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). La Primera Sala de la SCJN de México, con fundamento en ese criterio estadounidense, estableció las siguientes fases previas antes de llegar a la detención preventiva y cuyos fundamentos constitucionales y convencionales son bastante débiles: 1) intermediación entre la policía y el individuo para efectos de investigación, identificación o prevención; 2) restricción temporal de un derecho (propiedad, libertad, libre circulación o intimidad), y 3) detención en sentido estricto.

En el Estado constitucional se ha desarrollado un derecho judicial superior al originado en otras fuentes formales del derecho, como la ley. Dice Bernd Rüthers, refiriéndose al caso alemán que, el derecho del tribunal constitucional de ese país se ha convertido en la norma suprema de derecho, y que la realidad jurídica alemana es semejante a la de los Estados Unidos, donde el derecho son las profecías acerca de lo que los tribunales harán y, por eso, el derecho constitucional vigente en esa nación es lo que el tribunal constitucional decide y no lo

¹⁸ Dubber, Markus D., *El Estado penal dual. La crisis del derecho penal desde una perspectiva histórica comparada*, Madrid, Marcial Pons, 2024.

que se plasmó en el texto de la ley fundamental de Bonn, de 1949.¹⁹ Estamos en presencia de los principales sistemas jurídicos del mundo, anglosajones y continentales, del derecho y gobierno de los jueces.²⁰

III. El modelo penal neoliberal

El derecho penal en el Estado neoliberal adquiere connotaciones especiales. Se crean, entre otros instrumentos, un derecho dogmático y práctico, paralelo y de autor —que suele ser considerado enemigo—, para perseguir a los que considera contrarios y opuestos al mantenimiento del modelo de dominación —terroristas, migrantes, integrantes del crimen organizado, pandilleros, entre otros—. Su carácter coactivo se intensifica para salvaguardar el modelo de dominación económica vigente, y el derecho penal liberal democrático, que se había construido en los últimos ciento cincuenta años, sufre alteraciones dramáticas, tanto en su concepción dogmática como en su aplicación por parte de los operadores jurídicos. Se desmiente la pretensión del Estado constitucional, que constituye un esfuerzo para garantizar los derechos humanos y los principios democráticos. En el Estado neoliberal éstos no pueden ser realizados plenamente debido a las lógicas que lo conforman.

Se producen en el neoliberalismo —en el ámbito penal— doctrinas y expresiones jurídicas contrarias a los derechos humanos y a los principios democráticos. Destacaré simplemente, como ejemplos, los siguientes temas y asuntos: la creación del modelo policiaco-militar; el derecho penal del enemigo; el empleo de regímenes de excepción, para fortalecer mecanismos disciplinarios de control social, el mantenimiento de figuras como la prisión preventiva oficiosa, que son incompatibles con el Estado constitucional y que son consistentes, sin embargo, con el Estado neoliberal.

¹⁹ Rüthers, Bernd, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, España, Marcial Pons, 2020, pp. 56 y 57.

²⁰ Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, México, Siglo XXI Editores, 2018.

1. El Estado policíaco-militar

Una herramienta muy importante de la geopolítica contemporánea es la construcción del Estado policíaco-militar para las necesidades y fines del Estado neoliberal.²¹ En un estudio chileno, publicado por el Centro de Estudios Miguel Enríquez, se indica que un Estado policial se caracteriza por: 1) ser un Estado que mantiene un estricto control social, donde se pueden suprimir algunas libertades civiles, además de legitimar a una policía secreta que coadyuve con los fines del control; 2) para que sea legítimo el control social, el Estado crea enemigos, éstos pueden ser el terrorismo, la lucha contra las drogas, el crimen organizado, etcétera; 3) a diferencia de los Estados democráticos, en el Estado policial la seguridad no tiene fundamento en los derechos humanos ni en la voluntad democrática de las sociedades, sino en la noción de control social, la que es impuesta desde el gobierno; 4) el Estado policial puede conservar algunos elementos del Estado democrático, pero adopta algunos elementos de los Estados fascistas: leyes arbitrarias, excesivo control social y, subordinación de los medios de comunicación para que éstos respalden la conveniencia del control; 5) el Estado policial es una expresión de la globalización neoliberal contemporánea, porque las empresas transnacionales necesitan que los Estados, mediante la represión policíaca protejan sus inversiones y sus intereses; 6) es por ello que hay una incesante demanda por parte de los intereses transnacionales de incrementar el poder de fuerza y de represión por parte de las policías y del ejército; 7) la profesionalización y capacitación de policías y militares no se realiza desde una perspectiva de derechos humanos para proteger a las sociedades; por el contrario, se entiende que el uso de la fuerza es para reprimir a las sociedades, si estas demandan vías alternativas de convivencia; 8) en el Estado policíaco, se criminaliza la protesta y a los movimientos sociales, entre otras cosas, y se asimila la protesta con el terrorismo o la delincuencia, y 9) se busca que la policía y los militares tengan un régimen jurídico de excepción para garantizarles altos niveles de impunidad por las conductas que los involucran.²²

²¹ Cárdenas Gracia, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

²² Centro de Estudios Miguel Enríquez, “Estado policial. Una aproximación al concepto”, Chile, *Archivo Chile. Taller Rodríguez*, 2005.

En un estudio nacional, de Jaime A. Preciado Coronado y de Ángel L. Florido Alejo, profesores de la Universidad de Guadalajara, titulado “La militarización de las relaciones México-Estados Unidos; espacios ingobernables y ¿Estado fallido?”, se explica en clave geopolítica, con abundante información, el avance del ejército mexicano en tareas de seguridad que no les competen constitucionalmente. ¿Por qué interviene el ejército mexicano en tareas policíacas? Para controlar a la sociedad mexicana por mandato externo. Para ello, recurren a una doctrina de seguridad nacional en constante y acelerada evolución. Así, asumen intencionalmente confusiones conceptuales para mezclarlas entre ellas y mantener en constante incremento su fuerza e influencia política. Por ejemplo, se confunden e intercambian las categorías de seguridad pública y seguridad nacional; se prioriza la inteligencia y la manipulación mediática con el terrorismo y la seguridad sobre otras consideraciones internas; se mezcla la incidencia del crimen organizado con los movimientos contestatarios; se promueve el miedo y el terror social a través de los medios de comunicación; se intenta que la sociedad vea con normalidad el intercambio de información y tareas entre las fuerzas militares nacionales y las norteamericanas; se justifica que el gobierno de los Estados Unidos tenga responsabilidad en la seguridad de su frontera sur; se abastece constantemente al ejército y a las policías mexicanas de armas y equipos; se promueven y materializan planes de seguridad de América del Norte como la Iniciativa Mérida, el ASPAN y, después, por medio de las Cumbres de las Américas; se justifica la integración de las fuerzas policiales nacionales y militares con proyectos de integración neopanamericanos; se debilita al Estado democrático y se exponen las deficiencias del Estado mexicano empleando el concepto de Estado fallido, el que fue creado por la inteligencia norteamericana; y se justifica, con la existencia en México de elementos de ese Estado fallido, la intervención de los Estados Unidos para concebir políticas de seguridad hegemónicas, de control y de integración, tanto en América del Norte como en América del Sur.²³

El Estado policíaco-militar es, por tanto, una construcción teórica que explica la constante militarización en el mundo y en nuestra nación, donde la se-

²³ Preciado Coronado, Jaime A. y Florido Alejo, Ángel L., “La militarización de las relaciones México-Estados Unidos; espacios ingobernables y ¿Estado fallido?”, en *US National Security Concerns in Latin America and the Caribbean*, Palgrave MacMillan, Estados Unidos, 2014, pp. 61-79.

guridad pública ya está en manos de las fuerzas armadas. Este tipo de Estado es una faceta de análisis geopolítico del Estado neoliberal. Se ha incrementado inmensamente el poder de los ejércitos y policías para tutelar el modelo económico del Estado neoliberal. Las grandes potencias, como los Estados Unidos, se asumen responsables del proceso para mantener condiciones aceptables de reproducción del capitalismo contemporáneo en beneficio de las grandes empresas transnacionales y para apuntalar sus áreas de influencia en la lucha por la hegemonía mundial. Por eso, países como México han recibido el impacto de esta concepción geopolítica —sobre todo porque constituimos la frontera sur de los Estados Unidos— y, sin importar nuestras estructuras políticas formales o las necesidades domésticas, el modelo del Estado policiaco-militar se impone y los gobiernos cómplices lo reciben con agrado y sin oponerse, para no agravar a la potencia. Sin embargo, es tan nociva esta nueva estructuración del Estado que, en los propios Estados Unidos, la violencia policiaca militar ha provocado en muchas ciudades reacciones contrarias y de oposición por parte de la sociedad civil.²⁴

La militarización de la seguridad pública en México es una manifestación palpable del Estado policiaco militar. La guardia nacional, de mando y estructura militar, asume funciones que corresponden a las autoridades civiles. La prevención e investigación de los delitos no se entienden desde la perspectiva de los derechos humanos sino desde lógicas militares que suelen ser opuestas a los principios constitucionales. Podemos decir que las recientes reformas constitucionales y legales en México, respecto la guardia nacional, son parte de las características del Estado policiaco-militar.

2. El derecho penal del enemigo

La lógica del “derecho penal del enemigo” implica que

el concepto del enemigo en el derecho (que no sea estrictamente de guerra) siempre ha sido, lógica e históricamente el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del estado de derecho [...] La peligrosidad y su ente portador —peligroso— o enemigo ónticamente reconocible proveniente de la mejor tradición positivista y

²⁴ Chamseddine, Roqayah, “La militarización de las agencias de policía. Desde Ferguson hasta el Medio Oriente”, *Colectivo todo poder al pueblo*, Estados Unidos, 2014.

más precisamente garofaliana [...] El desarrollo coherente del peligrosismo, antes o después, acaba en el campo de concentración [...] el concepto jurídico de enemigo sólo es admisible en un estado absoluto.²⁵

Según Günther Jakobs, el derecho penal del enemigo se caracteriza por un amplio adelantamiento de la punibilidad (la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva), las penas previstas son desproporcionadamente altas, y determinadas garantías procesales son relativizadas o, incluso, suprimidas.²⁶

El derecho penal del enemigo propone un Estado policíaco y no un Estado de derecho; no constituye un derecho garantista o mínimo sino máximo; no incluye a los ciudadanos infractores para rehabilitarlos, sino que los excluye del tejido social; no forma parte del derecho penal ordinario, sino que es un derecho de excepción; no busca corregir o rehabilitar sino eliminar; no es consecuente con la dignidad de las personas, sino que destruye la dignidad; no maximiza derechos humanos, sino que los minimiza, y es propio de regímenes antidemocráticos y, por tanto, no es compatible con el Estado constitucional. Es un derecho para la venganza y el Estado es esencialmente el enemigo de ciertos ciudadanos.²⁷

3. Los Estados de excepción

El derecho de excepción, de emergencia, alarma, sitio, etcétera, no deberían afectar los principios fundamentales de la Constitución y jamás podrían crear poderes superiores o ajenos a ésta, ni suspender su vigencia. En los Estados constitucionales y democráticos de derecho, los Estados de excepción y de emergencia son instituciones reguladas y limitadas por los principios democráticos, la dignidad de las personas, y los fines del Estado constitucional.²⁸

Los Estados de excepción y de emergencia, de acuerdo con el orden constitucional de cada Estado, pueden justificar afectaciones al principio de división

²⁵ Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Argentina, Editorial Adiar, 2006.

²⁶ Jakobs, Günther, *El derecho penal del enemigo*, Cancio Meliá, Manuel (trad.), España, Civitas, 2003, p. 47.

²⁷ Carrancá y Rivas, Raúl, *Reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública. Variaciones críticas*, México, Porrúa, 2010, pp. 73 y ss.

²⁸ Baldi, Carlo, "Estado de sitio", en Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI Editores, t. I, 1988, p. 620.

de poderes y limitaciones y/o restricciones transitorias a los derechos fundamentales. Durante los Estados de excepción y de emergencia puede existir un trastocamiento constitucionalmente autorizado de las reglas de distribución de competencias horizontal y/o vertical.

Lo expuesto se contradice con el ejemplo de El Salvador. La Constitución de la República de El Salvador, vigente desde el 23 de diciembre de 1983, regula en sus artículos 29, 30, 31 y 131, ordinal 27, el régimen de excepción. Con fundamento en esas normas constitucionales, desde marzo de 2022 se estableció el régimen de excepción para enfrentar la violencia de las pandillas, el que se ha venido prorrogando mes con mes hasta la actualidad. El primer decreto legislativo, número 333, aprobado el 26 de marzo de 2022 por la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, autorizó el régimen de excepción se fundamentó en los artículos constitucionales mencionados, más el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las razones que motivaron el decreto consideran las graves perturbaciones del orden público que vive el país, debido al incremento de homicidios que afectaban a la población y ponían en riesgo la vida de los habitantes. El artículo 1o. de esa resolución señala que “El presente decreto tiene por objeto facilitar las herramientas y mecanismos jurídicos a las instituciones de Seguridad Pública, Policía Nacional y Fuerza Armada de El Salvador, para restablecer el orden y la seguridad ciudadana y el control territorial”. En el artículo 2o. se declara en todo el territorio nacional el régimen de excepción, derivado de las graves perturbaciones al orden público por grupos delincuenciales. El artículo 3o. establece el mecanismo de coordinación entre los Ministerios de Justicia y Seguridad Pública, de la Defensa Nacional y el director de la Policía Nacional Civil para dar cumplimiento al decreto. El artículo 4o. determina la suspensión por treinta días a nivel nacional de los derechos y garantías constitucionales regulados en los artículos 7o., 12 inciso segundo, 13, inciso segundo, y 24, en relación con el artículo 131 ordinal 27, y artículo 29 todos de la Constitución de la República. Finalmente, el artículo 5o. establece la vigencia a partir de la publicación del decreto en el *Diario Oficial*, señalando que sus efectos tendrán una vigencia de treinta días.²⁹

²⁹ Díaz Trujillo Portilla, Adriana, “¿Régimen de excepción o normalidad? Las prórrogas del Decreto Legislativo número 333 de la República de El Salvador”, *Cuestiones Constitucionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 51, 2024.

El decreto legislativo anterior se ha prorrogado mes a mes a hasta la fecha. Se promovieron acciones de inconstitucionalidad en el país para valorar la constitucionalidad de la prolongación de los regímenes de excepción, a la luz del artículo 30 de la Constitución salvadoreña. La Sala Constitucional de ese país, al resolver la acción de inconstitucionalidad 21/2020 del 8 de junio de 2020, determinó que

[...] Si transcurrido ese plazo de 30 días continúa la circunstancia que motivó el régimen de excepción, es posible prolongar con la debida razonabilidad la suspensión de derechos fundamentales mediante un nuevo decreto de una duración que no exceda esos mismos 30 días. Ahora bien, del texto de esa frase del artículo 30 constitucional no se infiere que la prolongación deba limitarse por una sola vez (como sí lo haría una frase como “por una sola vez”, “por última vez”, etc.). Ella solo sugiere que la prórroga debe respetar el límite temporal máximo de vigencia del decreto de adopción del régimen de excepción, pero en modo alguno debe entenderse que las prórrogas sucesivas están prohibidas. Estas son admisibles siempre que continúen las circunstancias que motivaron la suspensión de derechos [...].

Consideramos que, en El Salvador, el régimen de excepción, en su decreto inicial y sus prórrogas, no cumple los parámetros internacionales de derechos humanos y constituye derecho penal del enemigo.

4. La prisión preventiva oficiosa

El expresidente López Obrador propuso reformar, en una de las iniciativas presentadas el 5 de febrero de 2024, el párrafo segundo del artículo 19 constitucional, para incluir nuevos tipos penales que posibiliten la prisión preventiva automática.³⁰ La redacción señala que

El juez debe ordenar la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, extorsión, narcomenudeo,

³⁰ Este apartado fue planteado en: Cárdenas Gracia, Jaime, “La iniciativa en materia penal para ampliar los supuestos de prisión preventiva oficiosa”, en López Ayllón, Sergio; Orozco Henríquez, J. Jesús; Salazar, Pedro y Valadés, Diego (coords.), *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2024, pp. 189-196.

delitos previstos en las leyes aplicables cometidos para la ilegal producción, preparación, enajenación, adquisición, importación, exportación, transportación, almacenamiento y distribución de drogas sintéticas, como el fentanilo y sus derivados [...].

Y también en los casos de “defraudación fiscal, contrabando, expedición, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales, incluidas facturas, que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados en los términos fijados por la ley”.

Las conductas típicas expuestas en la iniciativa son recurrentes en todo el país, y constituyen una amenaza seria para la seguridad pública y nacional de México. Sin embargo, la iniciativa presidencial omite cualquier referencia a los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han considerado que las figuras de arraigo y prisión preventiva automática son categorías inconventionales —casos *TzompaxtleTepile* y *García Rodríguez vs. México*—, y que el Estado mexicano debe modificar su orden interno para ajustarlo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana sostuvo, al resolver los casos mencionados, que al aplicar figuras que *per se* son contrarias a la Convención, y al mantener por más de 17 años a las víctimas en prisión preventiva oficiosa, las autoridades internas vulneraron los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia, y a la igualdad y no discriminación, en perjuicio de las víctimas, e incumpliendo con su deber de respeto, contenido en el artículo 1.1 de dicho instrumento.

En el capítulo de reparaciones, la Corte estableció que su sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación y ordenó al Estado mexicano, como medidas de reparación integral, a lo siguiente: a) concluir los procedimientos penales en curso, en los plazos más breves, en estricto apego a las garantías del debido proceso; b) revisar la pertinencia de mantener las medidas cautelares; c) desarrollar las investigaciones sobre los hechos de tortura en perjuicio de las víctimas, así como por las demás violaciones a los derechos humanos que padecieron; d) dejar sin efecto, en su ordenamiento interno, las disposiciones relativas al arraigo de naturaleza pre-procesal; e) adecuar su ordenamiento jurídico interno sobre prisión preventiva oficiosa; f) realizar las publicaciones y difusiones de la sentencia y su resumen oficial; g) realizar programas de capacitación a los funcionarios del ministerio público; h) brindar el tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico o psicosocial a las víctimas que así lo soliciten, e i) pagar las

cantidades fijadas en la sentencia por concepto de daño material e inmaterial, y costas y gastos.

Lo anterior plantea un grave problema porque la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ratificada por México, en su artículo 27 indica que los Estados parte no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, y los artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen, como deberes de los Estados, el de respetar los derechos reconocidos en el instrumento interamericano y el de adoptar disposiciones de derecho interno para que los ordenamientos nacionales sean compatibles con la Convención. Si los Estados incumplen con los deberes de este instrumento y con las decisiones de la Corte Interamericana e invocan para justificar el incumplimiento su derecho interno, son susceptibles de responsabilidad internacional.

En esa tesitura, al Estado mexicano le corresponde ajustar su derecho interno mediante una reforma constitucional que derogue las figuras del arraigo y de la prisión preventiva oficiosa, asunto que no se percibe sea realizado en el futuro inmediato. La prisión preventiva oficiosa se mantendrá en México, mientras no sea derogado el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución por el Constituyente permanente, según lo prevé el artículo 135 de la Constitución, y en tanto no exista una ley secundaria que determine el procedimiento para dar cumplimiento a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de otras instancias supranacionales. El Poder Judicial federal carece de fundamento jurídico para representar por sí mismo al Estado mexicano en la ejecución y cumplimiento de las sentencias de tribunales supranacionales competentes en materia de derechos humanos.

IV. Conclusiones

La realización del Estado constitucional es problemática por razones económicas, políticas y jurídicas. En otro trabajo las he enumerado,³¹ aquí exclusivamente menciono que el modelo de dominación económica neoliberal lo impide y las posibilidades garantistas o mínimas del derecho penal no se realizan. Las

³¹ Cárdenas Gracia, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado Neoliberal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

teorías del Estado constitucional son una ficción jurídica sin asideros en la realidad. Son una inspiración, un noble sueño.

El Estado neoliberal —surgido después de la década de los setenta del siglo XX y vigente en nuestros días— produce en el ámbito penal doctrinas y expresiones jurídicas contrarias a los derechos humanos y a los principios democráticos. El derecho penal neoliberal se actualiza en ejemplos como los que he mencionado en el ensayo: la creación del modelo policiaco-militar, que se concreta hoy en nuestro país en la militarización de la seguridad pública; el derecho penal del enemigo, que sirve para justificar un nuevo derecho penal que considera al autor como un opositor a los intereses del Estado; el empleo de regímenes de excepción, como lo que ocurre en El Salvador para fortalecer mecanismos disciplinarios de control social en contra de grupos sociales excluidos, como son los pandilleros; y el mantenimiento en México de figuras como la prisión preventiva oficiosa.

Existe la tendencia en el Estado neoliberal globalizador de mercantilizar los derechos humanos y los bienes comunes en beneficio de las grandes corporaciones transnacionales. El Estado neoliberal globalizador se mantiene autoritariamente con enormes déficits de legitimidad democrática y de transparencia, en tanto que no se promueve la participación y la deliberación pública de los asuntos colectivos. El Estado neoliberal globalizador no respeta el medio ambiente ni las culturas ancestrales, pues expolia y saquea intensiva y extensivamente los recursos naturales del planeta en beneficio de unos cuantos. Y el Estado neoliberal globalizador es el principal promotor de la pobreza y la desigualdad mundial. Es un Estado diseñado desde los intereses de las clases dominantes y, por tanto, alienta Estados racistas, clasistas y profundamente injustos que favorecen la represión policial de los débiles, la construcción de relaciones interpersonales basadas en el miedo, en el estereotipo, en la distancia física y en la sospecha.

Señalo que, las dogmáticas penales y los desarrollos en las distintas ciencias penales tienen relación, como hemos tratado de mostrar en estas páginas, con los modelos de dominación económica y política, y con la manera en la que se diseñan las instituciones y normas que conforman el Estado y sus procesos evolutivos. Los penalistas harían bien en tomar en cuenta lo anterior para ampliar las fronteras de sus investigaciones científicas.

V. Bibliografía

- Ambrosio Morales, María Teresa y Alejandro López, Dayra Sayen, “Las personas menores de doce años que cometan o participen en un hecho que la ley señale como delito en México”, México, *Hechos y Derechos*, núm. 76, julio-agosto de 2023.
- Baldi, Carlo, “Estado de sitio”, en Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI Editores, t. I, 1988.
- Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neoconstitucional*, España, Trotta, 2010.
- Cárdenas Gracia, Jaime, “La iniciativa en materia penal para ampliar los supuestos de prisión preventiva oficiosa”, en López Ayllón, Sergio; Orozco Henríquez, J. Jesús; Salazar, Pedro y Valadés, Diego (coords.), *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2024.
- Cárdenas Gracia, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- Carrancá y Rivas, Raúl, *Reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública. Variaciones críticas*, México, Porrúa, 2010.
- Centro de Estudios Miguel Enríquez, “Estado policial. Una aproximación al concepto”, Chile, *Archivo Chile. Taller Rodríguez*, 2005.
- Chamseddine, Roqayah, “La militarización de las agencias de policía. Desde Ferguson hasta el Medio Oriente”, *Colectivo todo poder al pueblo*, Estados Unidos, 2014.
- Damaska, Mirjan, R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- Díaz Aranda, Enrique-Roxin, Claus, *Teoría del delito funcionalista*, México, Flores Editor, 2017.
- Díaz Trujillo Portilla, Adriana, “Régimen de excepción o normalidad? Las prórrogas del Decreto Legislativo núm. 333 de la República de El Salvador”, *Cuestiones Constitucionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 51, 2024. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19615>

- Dubber, Markus D., *El Estado penal dual. La crisis del derecho penal desde una perspectiva histórica comparada*, España, Marcial Pons, 2024.
- Duff, Antony; Pawlik, Michael; Coca Vila, Ivó; Orozco López, Hernán Darío y Irarrázaval Zaldívar, Cristian, *Pena y vínculo político. Sobre el castigo no-paradigmático en el derecho penal del ciudadano*, España, Atelier, 2023.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, España, Trotta, 1997.
- Ferreres Comella, Víctor, “El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios”, en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Constitución y sistema penal*, España, Marcial Pons, 2012.
- Flores, Julia Isabel y Somuano, María Fernanda, *La socialización política de los niños en México*, México, El Colegio de México; Universidad Nacional Autónoma de México, 2022.
- Frisch, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, España, Atelier, 2015.
- Gargarella, Roberto, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2016.
- González Contró, Mónica, *Derecho de las niñas y niños*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- González Rodríguez, Patricia; Sarre Iguíniz, Miguel y Morey, Juan, *Derecho de ejecución penal. Tendencias hacia la legalidad en las prisiones*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2024.
- Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, España, Marcial Pons, 1995.
- Jakobs, Günther, *El derecho penal del enemigo*, trad. de Manuel Cancio Meliá, España, Civitas, 2003.
- Márquez Gómez, Daniel y Sánchez Castañeda, Alfredo, *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio. El idealismo alrededor de los juicios orales en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Pawlik, Michael, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, España, Atelier, 2016.
- Pawlik, Michael, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, España, 2019.

- Pérez Contreras, María Monserrat, *Aspectos jurídicos de la violencia contra la niñez y la adolescencia migrantes no acompañadas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2023.
- Piketty, Thomas, *Capital in the twenty-first century*, Estados Unidos, Harvard University Press, 2014.
- Preciado Coronado, Jaime A. y Florido Alejo, Ángel L., “La militarización de las relaciones México-Estados Unidos; espacios ingobernables y ¿Estado fallido?”, en *US National Security Concerns in Latin America and the Caribbean*, Palgrave MacMillan, Estados Unidos, 2014.
- Robles Planas, Ricardo y Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coords.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*, España, Atelier, 2010.
- Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Argentina, Thomson Reuters-Civitas, t. I, 2022.
- Rüthers, Bernd, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, España, Marcial Pons, 2020.
- Steger, Manfred B. y Roy, Ravi K., *Neoliberalismo. Una breve introducción*, España, Alianza Editorial, 2011.
- Vasconcelos Méndez, Rubén, *La justicia para adolescentes en México. Análisis de las leyes estatales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México; UNICEF, 2009.
- Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, México, Siglo XXI Editores, 2018.
- Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Argentina, Editorial Adiar, 2006.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Cárdenas Gracia, Jaime Fernando, “Los modelos penales en el Estado contemporáneo: constitucionalismo y neoliberalismo”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social. Homenaje al doctor Sergio García Ramírez*, México, 2025, pp. 27-54. <https://doi.org/10.22201/iiij.24487899e.2025.41.19615>

APA

Cárdenas Gracia, J. F. (2025). Los modelos penales en el Estado contemporáneo: constitucionalismo y neoliberalismo. *Revista Latinoamericana de Derecho Social. Homenaje al doctor Sergio García Ramírez*, 27-54. <https://doi.org/10.22201/iiij.24487899e.2025.41.19615>

