

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

**LOS TRIBUNALES DE CONTROL EN EL MARCO DEL RESPETO
A LAS GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA DE
DELINCUENCIA ORGANIZADA**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

CARLOS FERNANDO CARRILLO MALAGÓN

ASESORA DE TESIS.

Dra. Gpe. Leticia García García

FES ACATLÁN, NAUCALPAN EDO. MEX. MARZO DE 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PALABRAS DE GRATITUD

A Mami que sin su apoyo durante cinco años esto sólo hubiera sido un sueño, gracias Mami por decirme siempre que lo más importante son los estudios. Gracias Mami por decirme aquellas palabras de aliento cuando las necesitaba. Gracias Mami por estar siempre de mi lado y por defenderme de todos los que no creyeron en mí. Gracias Mami por tener esa bolsita mágica que nunca me dejó desamparado, esta tesis desde la primer línea esta dedicada a ti.

A mi Mamá que siempre la he visto trabajar para que yo pudiera terminar mis estudios de licenciatura, gracias Mamá por el valor que siempre me has transmitido, espero poder cumplir todas esas expectativas tan altas que tienes de mí, para así poder darte todo lo que te guste. Gracias por esas fuerzas que me das para no perder ante nadie.

Nunca imagine que llegar a pedir informes aquel día de enero de 2009 al Departamento de Estudios de Procuración de Justicia y Seguridad Pública de la Unidad de Investigación Multidisciplinaria de mi amada FES Acatlán cambiaría tanto mi vida y mi forma de pensar. Debo confesar que la primera vez que hablé con la Doctora Guadalupe Leticia García García al salir de su cubículo me di cuenta que yo necesitaba quitarme la venda que el idealismo absoluto había puesto en mí desde la época en que yo era un bachiller.

Gracias Doctora Lety por darme aquella primera lección que me hizo despertar del sueño que el mundo de las ideas infundió en mí. Gracias por esa primera lección que me hizo empezar a ver la realidad tal como es y no como yo quería que fuera.

Gracias Doctora Lety por enseñarme a investigar, agradezco la oportunidad primero de haber sido servidor social a su lado, ya que en esos momentos empezaba mi verdadero entrenamiento. Gracias Doctora Lety por tener siempre esa disposición de asesorarme sin importar todo el trabajo que tiene a su alrededor.

Gracias Doctora Lety por enseñarme que la investigación puede ser más gratificante que las batallas que día a día se libran en los juzgados civiles y en las juntas laborales. Gracias por formar el hábito en mí de investigar hasta encontrar la verdad que se esconde detrás del orden jurídico.

Doctora Lety espero algún día tener el nivel para poder ser su alumno en otro nivel de enseñanza, y así poder seguir estudiando hasta encontrar una verdad que a mí me convenza.

Gracias Doctora Lety por enseñarme que a pesar de las nubes siempre brilla el sol.

Gracias a mi amada FES Acatlán por darle sentido a mi vida, siempre daré lo mejor de mí para poner en alto tu nombre ante quien sea.

**LOS TRIBUNALES DE CONTROL EN EL MARCO DEL RESPETO A LAS
GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA DE DELINCUENCIA
ORGANIZADA**

ÍNDICE

**LOS TRIBUNALES DE CONTROL EN EL MARCO DEL RESPETO A LAS
GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA DE DELINCUENCIA
ORGANIZADA**

ÍNDICE

Página

CAPÍTULO I DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO

1	La garantía de igualdad en la Constitución Mexicana	1
1.1	Artículo 13 constitucional	3
1.2	Leyes Privativas	5
1.3	Tribunales Especiales	6
1.4	Fueros y Emolumentos	7
1.5	Tribunales Militares	8
2	Democracia y Derecho Penal	10
2.1	La idea de la Democracia entre el pensamiento antiguo y el Moderno	12
2.2	Derecho Penal Democrático	14
2.2.1	Estado Social de Derecho	20
2.3	Principios fundamentales de un Derecho Penal Democrático	21
2.3.1	Igualdad ante la ley	22
3	Generalidades del Derecho Penal	31
3.1	Generalidades sobre el Derecho Penal	31
3.2	El Derecho Penal en sentido objetivo y en sentido subjetivo	33
3.3	El Derecho Penal sustantivo y el Derecho Penal adjetivo	33
3.4	Relaciones del Derecho Penal con el Derecho Constitucional	34
3.5	Ciencia del Derecho Penal y Dogmática Jurídico Penal	35
3.5.1	Noción de la pena	36
3.5.2	Teorías de los fines en la aplicación de la pena	38

3.5.2.1 Teorías absolutas y retribucionismo	42
3.5.2.2 Teorías relativas y prevención	44
3.5.2.2.1 Prevención General Positiva	45
3.5.2.2.2 Prevención General Negativa	46
3.5.2.2.3 Prevención Especial Positiva	47
3.5.2.2.4 Prevención Especial Negativa	48
3.5.2.3 Las Teorías Relativas Como Teorías ideológicas, y Tecnocráticas de la pena	48
3.5.2.4 Teorías Eclécticas	50
3.5.2.5 La Pena como integración social	50
3.5.2.6 La función sistemática de la política criminal	54
CAPÍTULO II FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA	56
2.1 Aspecto general de las garantías individuales	56
2.2 Fundamentos filosóficos de la seguridad jurídica	63
2.3 Fundamento Constitucional de las garantías de seguridad jurídica	65
2.4 Garantías de seguridad jurídica y seguridad pública	70
2.4.1 La seguridad pública en el pensamiento liberal	72
2.4.2 Estado Moderno, seguridad Pública y Democracia	74
2.4.3 Seguridad Jurídica vs. Seguridad Pública	78
CAPÍTULO III DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN O DEL ENEMIGO	80
3.1 Fundamentos históricos y filosóficos del Derecho Penal del Enemigo	80
3.1.1 Tratado Filosófico del Derecho Penal del Enemigo	87
3.2 Generalidades del Derecho Penal del Enemigo	93
3.3 Derecho Penal del Enemigo y del Ciudadano	109
3.4 Erosión de garantías individuales	119
3.5 Los indeseados como enemigos	125
3.5.1 Leyes de Nüremberg	128
3.5.1.1 Leyes de Nüremberg como ejemplo de leyes excepcionales contra el enemigo	128
3.5.1.2 Ley de Ciudadanía del Reich	129
3.5.1.3 Ley de Ciudadanía del Reich: primera regulación	130
3.5.1.4 Decreto Policial Concerniente a la identificación de los Judíos del 1 de Septiembre de 1941	133
3.5.2 Derecho Penal del Enemigo de la antigua URSS	133
3.6 Derecho Penal del Enemigo como expresión del Estado de excepción	148
3.7 Diferencia entre el Enemigo interno y el Enemigo externo	152
3.8 Expansión del Derecho Penal	155
3.8.1 La aparición de Nuevos Riesgos	158
3.8.2 La institucionalización de la inseguridad	159

CAPÍTULO IV EL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN EN LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE JUNIO DE 2008 Y LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	160
4.1 Reformas Constitucionales de junio de 2008-2009	160
4.2 Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada	170
CAPÍTULO V LOS TRIBUNALES DE CONTROL Y EL ACUERDO 75/2008 DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL	182
5.1 Facultades y atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal	182
5.1.1 Facultades Constitucionales y Legales del Consejo de la Judicatura Federal	182
5.1.2 La Facultad Reglamentaria del Consejo de la Judicatura Federal	185
5.1.3 Atribuciones Jurisdiccionales, Cuasi Jurisdiccionales del CJF	186
5.1.4 La Facultad de Designación	187
5.1.5 Organización Territorial y Por Materia de Circuitos y Distritos	188
5.2 Creación de los Juzgados Federales Penales Especializados	189
5.3 Acuerdo 75/2008 del CJF	192
5.4 Facultades y atribuciones de los Tribunales de Control	201
Conclusiones	217
Propuestas	221
Bibliografía	223
Legislación	225

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación¹ se establece el fundamento teórico de la garantía de igualdad que debe prevalecer en un Estado de Derecho y que ha de ser consecuencia en un Derecho Penal Democrático. Se analiza la garantía de igualdad en la Constitución Mexicana consignada en el artículo trece constitucional.

Don José María Morelos y Pavón en los Sentimientos de la Nación sugería que las leyes generales comprendan a todos sin excepción de cuerpos privilegiados. El Decreto Constitucional Para la Libertad de la América Mexicana de Don José María Morelos y Pavón establecía que la ley debe ser igual para todos.

Los Constituyentes de 1856-1857 se preocuparon porque todos los habitantes de la República tuviesen iguales derechos sin distinción de clases ni origen. En la Constitución de 1917 se amplió el principio de igualdad ante la ley en el sentido de que ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales.

¹ Esta investigación se realizó durante la prestación de servicio social del sustentante en el Departamento de Procuración de Justicia y Seguridad Pública de la Unidad de Investigación Multidisciplinaria de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán y corresponde parcialmente al primer capítulo del Proyecto "Los derechos humanos como eje rector en la política criminal contra la delincuencia organizada" cuya publicación estará auspiciada por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. El sustentante participó junto con otros alumnos en la elaboración del proyecto.

Hay un primer nivel de análisis cuando se plantea el sentido del poder punitivo del Estado en un sistema democrático, que reside en los principios inherentes a un Derecho Penal Democrático.

Resulta principio básico y elemental garantista de un Derecho Penal Democrático la igualdad ante la ley, ya desde la Revolución Francesa de 1789, y en la mayoría de las constituciones actuales, el principio de legalidad de los delitos y de las penas es la carta de presentación del Estado Moderno en materia penal.

Todo régimen democrático debe sujetar su actuación a ciertos requisitos o condiciones al momento de causar una merma en la situación jurídica de los gobernados. Estos requisitos son las denominadas garantías de seguridad jurídica; desde el punto de vista iusfilosófico la seguridad es la garantía dada a las personas de que sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos.

Sin embargo existe una vertiente del Derecho Penal que parece diferenciarse del Derecho Penal garantista que respeta las garantías de seguridad jurídica consagradas constitucionalmente.

En tiempos recientes la doctrina del Derecho Penal dirige su atención a ciertas regulaciones del Derecho Positivo vigente que se diferencian del Derecho Penal de la generalidad por su contradicción con los principios del Derecho Penal Democrático.

Lo característico de estas legislaciones es que no son creadas para la protección de bienes jurídicos, sino para la protección de peligros o de situaciones de riesgo. Doctrinalmente se conoce a estas legislaciones con el nombre de Derecho Penal del Enemigo.

El concepto de Derecho Penal del Enemigo puede parecer agresivo, pero haciendo un breve recorrido por la historia de las ideas políticas podremos darnos cuenta que algunos Estados han creado legislaciones especiales para todos aquellos que no comparten la misma estructura social ni costumbres, o simplemente son excluidos por la mayoría de los integrantes de la comunidad.

Günther Jakobs en 1985 fue el primero en utilizar dicho término en cuanto concepto doctrinal y político-criminal. Desde una perspectiva general se podría decir que este Derecho Penal del Enemigo es una clara manifestación de los rasgos característicos del Derecho Penal moderno en el que existe una clara flexibilización de garantías de seguridad jurídica.

Para Günther Jakobs existen individuos que tienen que ser diferenciados como enemigos, y esa diferencia se establece con respecto a los ciudadanos. Por esta razón individualizada distingue a un Derecho Penal del Enemigo y lo contrapone al Derecho Penal del Ciudadano.

En esta investigación se establecen los fundamentos históricos y ius filosóficos de la existencia de este Derecho Penal que rige excepcionalmente. La experiencia histórica demuestra con claridad como algunos regímenes políticos han etiquetado como enemigos a los disidentes del Estado.

En el caso de nuestro país ya existía de forma incipiente este Derecho Penal del Enemigo con la Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada, pero es hasta las reformas constitucionales de Junio de 2008 cuando este Derecho Penal del Enemigo se ha elevado a rango constitucional para así evitar problemas de constitucionalidad.

Una clara manifestación de que se ha constitucionalizado el Derecho Penal del Enemigo, se encuentra en el artículo dieciséis de la ley suprema que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer un concepto de delincuencia organizada, que debería ser propio de una ley secundaria.

El Constituyente Permanente al reformar el artículo dieciséis constitucional en Junio de 2008 crea los denominados Jueces de Control cuya tarea fundamental es la de resolver en forma inmediata sobre la solicitud de medidas cautelares por la autoridad federal.

El Acuerdo General 75/2008 del Consejo de la Judicatura Federal da vida a la creación de los denominados Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e intervención de comunicaciones. Aquí se puede observar cómo se han creado tribunales cuya actuación va dirigida contra ciertas personas que actualmente son consideradas como enemigos del Estado, es decir la Delincuencia Organizada.

En la solicitud y resolución de las medidas previstas en el Acuerdo General 75/2008, la autoridad federal deberá apearse a lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Penales, a la Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada, y a la Ley de la Policía Federal.

La creación de los tribunales de control contradice lo establecido en el artículo trece de la ley suprema, que establece que nadie puede ser Juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales, violando con ello la garantía de igualdad consagrada constitucionalmente.

Las reformas constitucionales de Junio de 2008 parecen ser un retroceso en materia de seguridad jurídica, sin embargo difícilmente podrían calificarse de

inconstitucionales, ya que el Estado las justifica para la salvaguarda de las Instituciones, con el discurso generalizado de que es necesaria una mayor protección a la seguridad colectiva.

CAPÍTULO I DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO

1. LA GARANTÍA DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Jurídicamente la igualdad se traduce en que varias personas, en número indeterminado, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares de los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado.

La igualdad desde un punto de vista jurídico, se manifiesta en la posibilidad y capacidad de que varias personas, numéricamente indeterminadas, adquieran mismos los derechos y contraigan las obligaciones derivadas de una cierta y determinada situación en que se encuentran.

La igualdad sólo debe tener lugar, como relación comparativa, entre dos o más sujetos pertenecientes a una misma y determinada situación jurídica, la cual se consigna por el orden de derecho mediante diversos cuerpos legales, atendiendo a factores y circunstancias de diferente índole: económicos, sociales, propiamente jurídicos.

La igualdad como garantía individual, se traduce en una relación jurídica que media entre el gobernado por una parte y el Estado y sus autoridades por la otra, constituyendo el primordial contenido de los derechos públicos que de dicho vínculo se derivan, las prerrogativas fundamentales del hombre.

El maestro Ignacio Burgoa en su obra "Las garantías individuales" menciona que dicha garantía de igualdad se traduce en un elemento eminentemente negativo: la ausencia de distinciones y diferencias entre los hombres.

La igualdad como garantía individual es, por ende, un elemento consubstancial al sujeto en su situación de persona humana frente a sus semejantes todos, independientemente de las condiciones jurídicas parciales y particulares que aquél pudiese reunir.

La igualdad como garantía individual tiene como centro de imputación al ser humano en cuanto tal, es decir, en su implicación de persona, prescindiendo de la diferente condición social, económica o cultural en que se encuentre o pueda encontrarse dentro de la vida comunitaria.

La Revolución francesa, constituyó el origen de la consagración jurídica de la igualdad humana como garantía individual o prerrogativa del hombre oponible a las autoridades estatales.

La Revolución francesa trajo consigo la consagración jurídica definitiva de la igualdad humana como garantía individual, subsistiendo actualmente como tal en la mayoría de los ordenamientos constitucionales de todos los países contemporáneos.²

² Burgoa Orihela Ignacio, Las Garantías Individuales, 27ª edición, México, Porrúa, 1995, pp.251-257

1.1 ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, IGUALDAD ANTE LA LEY

Este precepto contiene varias garantías específicas de igualdad, que son: a) la de que nadie puede ser juzgado por leyes privativas; b) la de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales; c) la de que ninguna persona o corporación puede tener fuero; d) la de que ninguna persona o corporación puede gozar de más emolumentos de los que sean asignados en compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley.

Para delimitar el alcance de la primera de las garantías de igualdad que comprende el artículo 13 constitucional, hay que precisar un concepto que es fundamental: el de leyes privativas. Toda disposición legal desde el punto de vista material, es un acto jurídico creador, modificativo, extintivo o regulador de situaciones jurídicas abstractas, esto es, impersonales y generales.

Por ende, el acto jurídico legislativo establece normas que crean, modifican, extinguen o regulan de cualquier otro modo estados generales, impersonales, es decir, sin contraerse a una persona moral o física particularmente considerada o a un número determinado de individuos. Las características de la ley son, la abstracción, la generalidad y la impersonalidad o indeterminación individual o particular.³

³ Burgoa Orihuela Ignacio, Op. Cit, pp. 281

Las características esenciales de toda ley, existen desde la antigua Roma, así los jurisconsultos Marciano, Ulpiano y Palpiniano, entre otros sostienen que la ley debe regir para todos, o sea, que debe responder al elemento de universalidad y no para determinada persona o ciertos grupos de personas en número limitado.

Puede suceder que una norma legal cree, extinga, modifique o de cualquiera otra manera regule una situación abstracta determinada. Tal es el caso de las llamadas leyes especiales, éstas son, en efecto, conjuntos dispositivos que se refieren a un estado jurídico determinado; normas que crean, extinguen, modifican o regulan una posición general determinada en la que las personas pueden estar colocadas.

La especialidad de una ley se contrae, a la determinación de una situación jurídica, la cual es abstracta general, impersonal y compuesta por individuos indeterminados en número e indeterminables bajo este aspecto desde el punto de vista de la futuralidad, es decir puede regular una situación que aún no se produce.

La ley especial no deja de ser impersonal, debido a que no regula, crea, modifica o extingue una situación individual, esto es, imputable a una sola persona o a un número limitado de sujetos, sino que se refiere a todo individuo o entidad moral que se encuentre en la posición abstracta determinada que

rige, por lo que tampoco carece del atributo de indeterminación personal o particular.⁴

1.2 LEYES PRIVATIVAS

A la prohibición de que nadie puede ser juzgado por leyes privativas, inicialmente se le interpretó como si estuviera referida sólo a la materia penal. En la ejecutoria pronunciada el 24 de diciembre de 1917 por la Suprema Corte de Justicia, se sostuvo que eran leyes privativas "Las penales dictadas especialmente para determinada persona, como aquellas que ponen precio a la cabeza de cierto individuo o establecen el procedimiento exclusivo para juzgarlo y condenarlo".

Posteriormente, la interpretación de la Suprema Corte se amplió para referirse a cualquier otro campo del derecho. Asimismo, dicha interpretación se hizo más sistemática, en cuanto que consideró por leyes privativas aquellas que no tuvieran algunas de las tres grandes notas que caracterizan este tipo de normas jurídicas, es decir, la generalidad, la abstracción y la impersonalidad.

Es carácter constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta; es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación y se aplique sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto no sean abrogadas. Una ley que carece de esos caracteres, va en contra del principio de igualdad, garantizado

⁴ Burgoa Orihuela Ignacio, Op. Cit.,pp. 282-283

por el artículo 13 constitucional, y aun deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia.⁵

1.3 TRIBUNALES ESPECIALES

Por tribunales especiales se entiende aquellos órganos jurisdiccionales creados exclusivamente para conocer de determinados hechos y personas, por lo que una vez que realizan el juzgamiento que les ha sido encomendado, se extinguen. Son tribunales que no son creados por la ley con carácter permanente y que no han sido establecidos previamente a que ocurran los hechos materia de su competencia.

La cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia ha afirmado que por tribunales especiales se entiende los que son creados exclusivamente para conocer en un tiempo dado, de determinado negocio o respecto de ciertas personas, sin tener un carácter permanente y sin la facultad de conocer de un número indeterminado de negocios de la misma materia.

Contra lo que pudiera parecer, dentro de la expresión tribunales especiales no quedan incluidos los tribunales que tienen competencia en determinadas materias, como los tribunales administrativos y los tribunales de trabajo, ya que todos ellos son tribunales creados por la ley para conocer de un número indeterminado de asuntos, es decir, de todos aquellos que quedan comprendidos dentro de su competencia específica.

⁵ Ovalle Favela José, Garantías Constitucionales del Proceso, 2da edición, México, Oxford University Press, pp.10-11

1.4 FUEROS Y EMOLUMENTOS

La palabra fuero es una de las que tienen más significados en el lenguaje jurídico de ascendencia hispánica. En efecto la palabra fuero tiene, entre otras, las siguientes acepciones: a) como referencia a las compilaciones o conjuntos de leyes dictadas en una época determinada, como es el caso del Fuero Juzgo, del Fuero Real, del Fuero de Castilla, etc; b) también determinadas situaciones de privilegio, derivadas del estatus y la condición de las personas; c) asimismo, el fuero era el conjunto de órganos jurisdiccionales creados en beneficio de ciertas personas o corporaciones, de tal manera que éstas sólo podían demandar o ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales creados en su beneficio, por lo que no estaban sujetas a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

Asimismo, el artículo 13 establece que ninguna persona o corporación puede gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley.

El propósito del Constituyente es el de prohibir que se puedan cubrir retribuciones a personas o corporaciones que no presten de manera efectiva un servicio, o que se paguen remuneraciones que no estén fijadas en la ley, es decir, en el presupuesto de egresos respectivo. En otros términos, el artículo en mención exige dos requisitos para que el Estado pueda pagar emolumentos o remuneraciones: que sean compensación o pago de servicios efectivos y que estén previstos en el presupuesto de egresos correspondiente.

Es claro que estos dos requisitos se establecen como condiciones para que el Estado pueda cubrir las remuneraciones, con la finalidad de evitar que haga pagos a quien no le presta efectivamente sus servicios.⁶

1.5 TRIBUNALES MILITARES

En el artículo 13 de la Constitución de 1857 se preveía que subsistía el llamado fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar, y que la ley fijaría los casos de excepción.

Los debates en el Congreso Constituyente de 1916-1917 sobre el artículo 13 se centraron en el tema de los tribunales militares. Por un lado, la comisión de Constitución propuso conservar los tribunales militares, limitando su competencia a los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero excluyendo de dicha competencia, en todo caso, a las personas que no pertenecieran al Ejército.

⁶ Ovalle Favela José, Op. Cit., pp. 11-13

Por su parte, Francisco J. Mújica formuló su voto particular en el que criticó la subsistencia del llamado "fuero de guerra" y señaló la conveniencia de abolirlo, para que en su lugar los tribunales ordinarios conocieran de los delitos contra la disciplina militar. Sin embargo, en el proyecto que sometió a la consideración del Congreso se limitó a sugerir que el llamado fuero de guerra sólo debería funcionar cuando la Nación se encuentre en estado de guerra o cuando el Ejército se halle en campaña en determinada región del país.

Finalmente el artículo 13 de la actual ley suprema fue aprobado por 122 votos contra 61. En su parte conducente, el texto aprobado del artículo 13 expresa: "Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar".⁷

Los tribunales militares sólo pueden conocer de los delitos y faltas contra la disciplina militar, el propósito del Constituyente fue señalar el límite preciso a la jurisdicción militar, que constituye una excepción frente a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

El constituyente originario, no obstante haber surgido de un movimiento armado, tuvo la visión de circunscribir lo militar a sus estrictos términos, por considerar que la fuerza de la sociedad reside en sus instituciones democráticas, en especial por el sufragio de los ciudadanos; y para salvaguardar la democracia la jurisdicción de los tribunales debe estar limitada, por el bien de todas las instituciones de un Estado de Derecho.

⁷ Ovalle Favela José, Op. Cit., pp. 14-16

La parte final del artículo 13 excluye, en forma categórica, cualquier posibilidad de que los tribunales militares enjuicien a personas ajenas al Ejército y ordena que cuando en un delito o falta del orden militar hubiese intervenido un civil, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. La previsión del Constituyente es muy clara: partiendo del carácter limitado y excepcional de la competencia de los tribunales militares, excluye de ésta el caso en que en la comisión de un delito o falta contra la disciplina militar hubiese intervenido una persona que no pertenezca al Ejército.

2. DEMOCRACIA Y DERECHO PENAL

En la historia política occidental, la democracia ha conocido principalmente dos épocas: los siglos IV y V a. C. y los siglos XIX Y XX. La democracia tal y como nosotros la conocemos adquirió forma después de terminada la segunda guerra mundial en 1945, cuando la mayoría de los pueblos pedían un Estado Constitucional de Derecho.

En la historia de las ideas políticas, la democracia como ideal, o al menos las ideas principales en las que se sostiene, ha tenido una presencia constante desde el pensamiento clásico de Grecia antigua hasta nuestros días.

Existen dos diferencias entre la democracia de los antiguos y la democracia de los modernos: una analítica y la otra axiológica. Mientras la democracia de los

antiguos era una democracia directa en la que el demos o habitantes adoptaba las decisiones que lo afectaban directamente, en la democracia moderna las decisiones son adoptadas por los representantes populares.

Sin importar la forma en la que ese demos era definido, lo que caracterizaba a la democracia de los antiguos era precisamente la participación directa de aquellos pocos que eran considerados ciudadanos en la adopción de las decisiones colectivas.

Por lo mismo, los mecanismos para elegir funcionarios o representantes más bien eran característicos de otras formas de gobierno, como la monarquía y la aristocracia, ya sea en la antigua Grecia o en la Edad media pero no de la democracia actual.

Esta distinción de hecho también ayuda a entender la diferencia axiológica entre las dos versiones de la democracia: en la antigüedad, la democracia era el gobierno directo del pueblo, asociado con la masa de la plebe; actualmente es el gobierno de las personas individualmente consideradas.

Se trata del pueblo entendido como una masa que mirada desde lo alto, se mueve de manera compactada y decide por aclamación. Actualmente, al menos en teoría, la concepción de la democracia es la contraria: el pueblo está integrado por un conjunto de individuos que valen cada uno de ellos en lo singular.

2.1 LA IDEA DE LA DEMOCRACIA ENTRE EL PENSAMIENTO ANTIGUO Y EL MODERNO

Es común afirmar que detrás de la idea democrática en su versión moderna se encuentra en el pensamiento contractualista. Hobbes desprendió de las tesis ius naturalistas las bases para construir el gobierno absoluto, Locke los cimientos del pensamiento liberal y Jean- Jacques Rousseau los fundamentos del gobierno democrático.

Este último autor es ampliamente reconocido como el teórico de la democracia, aunque su teoría no corresponde a la democracia moderna como forma de gobierno; la democracia rousseauiana es directa, la democracia moderna es representativa.

La democracia de Rousseau sólo era posible en sociedades pequeñas y altamente homogéneas, aunque es cierto que ambos modelos de democracia se fundan en la idea de la autonomía política individual. Desde el punto de vista teórico es posible trazar una línea de continuidad entre el ideal político del pensador ginebrino y la democracia de nuestros días.

Rousseau no se propone limitar el poder sino distribuirlo de forma igual entre todos los contrayentes, en la teoría rousseauiana, el contrato es el acuerdo que permite la distribución del poder entre los individuos con la finalidad de abandonar la sociedad civil desigual y fundar la República.

La fórmula del pacto es clara: “Cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo”.

Para Rousseau no se materializa una pérdida de la libertad: la finalidad es encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca libre como antes.

La libertad, según el autor del contrato social, se alcanza cuando el hombre obedece leyes que ha contribuido a crear, por lo tanto, en la teoría de Rousseau no es necesario limitar al poder soberano para proteger los derechos de las personas, dado que los individuos son los creadores de las leyes a los que se verán sometidos.

El cuerpo soberano no tiene ni puede tener interés contrario al de los particulares; por consiguiente, la soberanía no tiene necesidad de dar ninguna garantía a los súbditos ya que es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a todos sus miembros.

La diferencia con las tesis del pensamiento liberal emerge con nitidez: la obediencia al poder soberano no constituye una pérdida de libertad porque ésta es el resultado de la obediencia absoluta a la ley que nosotros creamos libremente.

El legislador como expresión de la voluntad popular garantiza la presencia permanente del pueblo soberano; ciertamente la democracia de Rousseau es una especie de gobierno de leyes, el propio Rousseau defiende la generalidad de la ley como condición de la igualdad entre ciudadanos.

Con la revolución francesa de 1789, el pueblo aparece por primera vez en la historia moderna como el soberano que a través de la constitución sostiene y representa el proceso revolucionario. La soberanía popular se coloca por encima de las normas.⁸

2.2 DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO

Los Derechos Humanos constituyen la razón de ser del Estado de Derecho; este el Estado de Derecho, es la institución jurídica de la democracia. Ante el siglo XXI no basta, con disponer de Declaraciones de derechos, ya sea nacionales o transnacionales, ni tampoco con proclamar y justificar la superioridad ética de los valores que sirven de fundamento a los derechos humanos.

⁸ Salazar Ugarte Pedro, La Democracia Constitucional, México, Fondo de Cultura Económica- Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006 pp. 108-118

No todo Estado es Estado de Derecho; por supuesto que todo Estado genera un Derecho, es decir produce normas jurídicas; y que, en mayor o menor medida, las utiliza, las aplica y se sirve de ellas para organizar y hacer funcionar el grupo social, para orientar políticas, así como para resolver conflictos concretos surgidos dentro de él.

Difícilmente cabría imaginar un Estado sin Derecho, sin leyes, sin algo parecido a un sistema de legalidad; aunque los márgenes de la arbitrariedad hayan tenido siempre alguna efectividad y, en todo caso negativa presencia.

No todo Estado merece ser reconocido con el nombre de Estado de Derecho ya que un Estado con Derecho no es precisamente un Estado de Derecho. El Estado de Derecho implica sometimiento del Estado al Derecho, a su propio Derecho; es decir a su estructura constitucional que establezca derechos fundamentales concordes con la organización institucional.⁹

El Estado de Derecho, así básicamente concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico, y unido a ello, también de carácter ético y cultural.

⁹ <http://descargas.Cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/02582729880247063190791029101.pdf?incr=1>. pp.1-2

El Estado de Derecho responde desde su consideración histórica a concretas exigencias de certeza y aseguramiento de propiedades, y de su tráfico, así como a protección de otras libertades, y a garantías de diversa especie que no pueden prescindir tampoco de una cierta referencia inicial a la igualdad.

El Estado de Derecho es, así, una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista gradual, hecha por personas que frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para las demás personas, sus bienes y propiedades y que, a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad: y ello, en forma tanto positiva intervención en los asuntos públicos como de negativa no interferencia de los demás.

Se trata de lograr a la vez una mayor participación de los individuos y una mayor responsabilidad de los poderes, pero es verdad que, por debajo y junto a esa directa defensa de la libertad, la seguridad y la propiedad, con frecuencia se alegan también de manera más o menos explícita algunas básicas y potenciales razones de igualdad.

Desde el Renacimiento, y siempre con algún tipo de precedentes, los Estados modernos, frente a los privilegios medievales y feudales, reclaman y logran asumir para sí la suprema y única soberanía (Maquiavelo, Bodino).

Es en ese marco donde van a manifestarse con fuerza y con diferentes prioridades dichas demandas y su reaseguramiento (Hobbes), reconocidas y pronto institucionalizadas a través de una coherente regulación jurídica y de un control efectivo de los poderes públicos: Estado liberal (Locke), Declaraciones de derechos de 1689 en Inglaterra y de 1776 en América del Norte; influencia, asimismo, de la filosofía de la ilustración y del idealismo Kantiano; en esas vías teórico-prácticas incidirá, con acento y potencialidades más democráticas, la Revolución Francesa y ,en concreto la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” de 1789.

Puede decirse que la tradición cultural, aporta conceptos e ingredientes que, a pesar de sus insuficiencias, permiten empezar a definir al Estado de Derecho como la institucionalización jurídica de la Democracia.

Vertebrando no sin conflictos ni contradicciones toda esa decisiva evolución histórica y los diferentes modelos de Estado de Derecho, se pueden observar ciertos componentes, que han sido y deben ser considerados como fundamentales, básicos, imprescindibles para que pueda en rigor hablarse, con aplicación a todas esas relacionadas situaciones, de un verdadero, pero no estático ni esencialista, Estado de Derecho.¹⁰

¹⁰ Ibidem, pp. 3-4

Atendiendo a la experiencia histórica se pueden establecer ciertas características, que sin ser permanentes; ya que atendiendo a que el Estado de Derecho como la democracia misma están en constante evolución, si nos podrían servir de parámetros para indicar las principales características del Estado de Derecho.

a) Imperio de la ley, que impera sobre gobernantes y ciudadanos, pero precisando que, como ya se señalaba en el artículo 6 de la Declaración Francesa de 1789, “la ley es la expresión de la voluntad general”.

b) División de Poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, no escisión ni confusión de ellos, todos los poderes deben ajustar su actuación a la Constitución.

c) Fiscalización de la Administración: actuación según la ley en todos los órdenes y niveles de ella, así consecuentemente y eficaz control por los órganos constitucionales y jurisdiccionales.

d) Protección de Derechos y libertades fundamentales, garantías de seguridad jurídica, así como una efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todas las personas.

En el Estado de Derecho los ciudadanos pueden exigir respeto hacia las libertades y los derechos de los demás así como consecuentes comportamientos en el marco siempre de los cauces institucionales y

constitucionales entendidos de la manera más amplia y flexible posible. Pero, además de ello, debe señalarse que a quien en última y más decisoria instancia se dirige el Estado de Derecho es precisamente al propio Estado, a sus órganos y poderes, a sus representantes y gobernantes, obligándoles en cuanto tales a actuaciones en todo momento acordes con las normas jurídicas.

El Estado, señala Weber, es el monopolio legítimo de la violencia; para que tal violencia sea legítima debe ajustarse a la normatividad que el propio Estado de Derecho regula. El Derecho es, implica, uso de la fuerza y, a su vez, regulación del uso de la fuerza.

El Estado no puede, no debe, de ningún modo, responder al delito con el delito, a la violación de la ley por el delincuente con la violación de la ley por el gobernante o sus representantes: se convertiría así en un Estado infractor. No puede, ni debe, cometer el gravísimo error de combatir e intentar acabar con la criminalidad organizada, cayendo en un correlativo terrorismo de Estado.

En este contexto, donde van a configurarse esas categorías básicas del Estado de Derecho, estas siempre con un coherente contenido básico esencial, experimentarán no obstante variaciones importantes al hilo de los acontecimientos históricos y los conflictos sociales.¹¹

¹¹ Ibidem, pp. 5-7

2.2.1 ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Como alternativa dual y gradual, con firme rechazo de las falsas salidas totalitarias impuestas por el comunismo burocrático y por las dictaduras fascistas, ante las graves crisis y las insostenibles carencias e insuficiencias del modelo liberal individualista, patentes ya con toda claridad desde, al menos, los años de la primera guerra mundial.

El Estado va hacerse así decididamente intervencionista con objeto de poder atender y llevar a la práctica esas perentorias demandas sociales de mayor participación e igualdad real: sufragio universal, por un lado, amplio pacto social con compromiso por el Estado para políticas de bienestar, por otro, serán los dos principales componentes de ese indudable fortalecimiento de la legitimación y de la doble democrática participación.

La expansiva acción social de este Estado intervencionista; Estado de servicios donde éstos se demandan cada vez mayores en cantidad, mejores en calidad y para más amplios sectores sociales, va a suponer un protagonismo y una lógica preeminencia para las tareas y las funciones de la Administración, del poder Ejecutivo.

En el Estado de Derecho el imperio de la ley no es, ni debe ser, en modo alguno reducible al mero reconocimiento de la iusnaturalista ley del mercado. Se deben poder accionar los derechos consagrados en la ley suprema.¹²

2.3 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO

Existe un primer nivel de análisis cuando se plantea el poder punitivo del Estado, en un sistema democrático, que reside en los principios inherentes a un Derecho Penal democrático. Es ésta la primera perspectiva y el primer desafío con el cual se enfrenta la política criminal en Latinoamérica.

Estos principios o garantías propios a un Derecho Penal Democrático, requieren de una revisión precisamente en razón del compromiso con la implementación concreta de la realidad dada. También una idea dogmática trans-espacial tiene la pretensión de confundir la pura formalidad de la enunciación del principio con su materialidad de realización.

Se pueden citar como principios fundamentales de un Derecho Penal Democrático a los siguientes; principio de igualdad ante la ley, principio de proporcionalidad, principio de lesividad, principio de responsabilidad o culpabilidad, principio de indemnidad personal.

¹² Ibidem, pp. 7-16

2.3.1 IGUALDAD ANTE LA LEY

En primer lugar resulta principio básico y elemental garantista de un Derecho Penal Democrático la igualdad ante la ley. Esto es así en la medida de que ya desde la Revolución Francesa y así en todas las constituciones actuales, el principio de legalidad de los delitos y las penas es la garantía suprema en materia penal. En nuestra ley fundamental se encuentra consagrado este principio en los artículos; 4to, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, ya que establecen lineamientos fundamentales que el Estado debe respetar al intervenir en la esfera jurídica de los gobernados, este principio se relaciona con el de seguridad jurídica.

La perspectiva político criminal de igualdad ante la ley penal se transforma en un desafío, esto es, lograr establecer conforme a toda realidad concreta, el máximo de garantías posibles con el fin político de que la desigualdad y la discriminación frente a la ley penal sea la menor posible. En otros términos se debe reconocer un principio inherente a todo Derecho Penal Democrático, sea un país desarrollado o uno de los que se les denomina del tercer mundo.

Ello no basta, pues los principios no son autosuficientes y más bien son programas de acción que necesariamente implican, tener en cuenta la realidad y consecuentemente la realidad del país en que se va aplicar.

La pobreza extrema implica marginalidad en todos los sentidos, educativa, económica, laboral, cultural, etc.:: implica un desafío político criminal respecto del principio de igualdad, pues es evidente que los hechos que surgen en el entorno de la pobreza, tiñen de una determinada manera tanto lo injusto como al sujeto responsable; es decir, tampoco basta con garantías puntuales, sino que se requiere implementar garantías que tengan alcances globales referidas a todo el sistema penal.

Consecuencia del principio de igualdad es también el de proporcionalidad, en cuanto la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto del bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo. Han de excluirse penas iguales para hechos diferentes, puesto esto implica también discriminación. Una afectación a la vida nunca puede tener la misma pena que una afectación al patrimonio.

Es por tanto un desafío político criminal, el ir suprimiendo todas las desigualdades y discriminaciones frente a la ley penal. También la eficacia de la eliminación de desigualdades globales es muy relativa. Es necesario añadir implementaciones instrumentales, en los aparatos y operadores del sistema penal, y aún llevar a cabo las correspondientes políticas económicas, sociales o culturales.

Otro principio básico garantista de un Derecho Penal Democrático, es el principio de lesividad. Esto es, que sólo se persiguen los hechos que afecten a

un bien jurídico, ya que es el principio básico que desde los objetivos del sistema determina qué es un injusto o un delito.

En un sistema democrático, el principio básico de la igualdad ante la ley, que implica desde una perspectiva formal la legalidad de los delitos y las penas, desde una consideración material, implica el de lesividad de los bienes jurídicos. Es elemental en un sistema democrático, que los delitos se definan desde su lesividad a los bienes jurídicos, ya que ellos surgen desde los objetivos que justamente definen el sistema y por lo tanto a los delitos y las penas.

La simple enunciación del principio no significa su implementación, pues el principio sólo es un programa de acción, desde un punto de vista conceptual que un principio material puede ser desvirtuado en su eficacia o como programa de acción en cuanto sea formalizado y es así como el principio de lesividad, desde tal orientación formalista, puede llegar a confundirse o subsumirse con el principio de legalidad de los delitos y las penas.

Tal es el caso de todas aquellas posiciones que sostienen que el bien jurídico es inmanente a la norma, esto es, que toda norma de por sí tiene su propio bien jurídico, es la dogmatización del bien jurídico.

Es importante desterrar completamente todo tipo de presunciones del sistema penal, y de señalar que el principio de lesividad es de carácter político criminal, es una garantía al ciudadano y un límite a la función punitiva del Estado. Desde un punto de vista conceptual se puede desvirtuar el principio de lesividad sobre

la base de una diferenciación sustancial entre los bienes jurídicos individuales y supraindividuales, o bien, entre bienes jurídicos por naturaleza o por razones puramente político criminales.

Todas las clasificaciones tienden a señalar que unos bienes jurídicos son propios o reales, y otros son impropios o artificiales, de allí que planteamientos neoliberales extremos sostengan que la intervención punitiva del Estado sólo deba limitarse a los primeros.

Los planteamientos liberales extremos sostienen que la intervención punitiva del Estado sólo debe limitarse a los bienes jurídicos reales, esto es afecciones a la vida, salud individual, libertad, honor, patrimonio; quedando fuera, la salud pública, la seguridad común, los ingresos y egresos del Estado. Resulta, sin embargo, que tanto unos como otros son reales y están referidos a la persona, pues nada se saca con proteger la salud individual, si al mismo tiempo no se protege la calidad de los alimentos, de los medicamentos o el consumo en general, si no se protegen las condiciones del medio ambiente, es decir, hay una serie de bienes que están ligados al funcionamiento del sistema, y que son indispensables para que éste permita a la persona su total y pleno desarrollo en todas sus dimensiones.

No existe fundamento, para aquella clasificación que lo único que pretende es negar conceptualmente la existencia de bienes jurídicos que están referidos a todas y cada de las personas de una colectividad o un sistema, y de este

modo, desproteger discriminatoriamente a grandes mayorías y reducir la lesividad sólo a determinados sectores.

Otra cosa diferente es el argumento falaz que se emplea en dichas clasificaciones. El reside en la afirmación de que los bienes jurídico-políticos en un sistema democrático, están determinados por el objetivo del desarrollo de las personas. Esto es, no hay bienes jurídicos por razones de Estado o por razón social, estos planteamientos esconderían el interés político, económico, cultural o social de un determinado sector y no el desarrollo de todas y cada una de las personas como tales.

Más allá de estas disputas conceptuales, resulta que la implementación del principio de lesividad lleva nuevamente a considerar las realidades concretas en que se va aplicar, y a recalcar que es sólo un programa de acción y que su eficacia para que sea efectivo requiere ser garantizada.

La distribución de bienes es desigual, y más aún en Latinoamérica, existen grandes capas de la población que no gozan de determinados bienes o lo hacen de una forma muy precaria, y por ello no quedan abarcados por el sistema penal en su protección, y más bien serán alcanzados o perseguidos por él, ya que de entre ellos saldrán en gran medida los que afecten a aquellos que gozan de todos los bienes en forma plena.

Pero no sólo eso, sino que el disfrute de los bienes produce a su vez la desigual repartición de la intervención punitiva. No parece la misma lesividad de tener por horas o días a un vagabundo o a un poblador, que a un profesional que a un empresario. No parece la misma lesividad el asalto a un banco que la destrucción de la cabaña o choza de un poblador.

Desde esta perspectiva, se produce la marginalidad de un gran sector de la población que no parece cubierta por el principio político criminal de la lesividad, esta misma desigual distribución de selectividad punitiva lleva a que no se atiendan los bienes pertenecientes a las grandes mayorías, y por otra parte se acentúa la protección de bienes por razones ajenas a una participación igualitaria, esto es sólo se protege a sectores de la ciudadanía por razones políticas, económicas, sociales o culturales.¹³

Por otra parte se puede distorsionar el principio de lesividad en razón de la amplitud que toma o puede tomar el objetivo de seguridad ciudadana o pública. Esto es así, sobre todo, al ser sobredimensionado conscientemente, especialmente en momentos de transición, por otra parte, remarcando sólo el problema de la violencia callejera.

Se lleva así a que todo el sistema penal y el principio de lesividad se implemente o defina desde esta perspectiva, con lo cual se reduce el ámbito del principio de lesividad que sólo abarcará determinado sector y dejará sólo como posibles agresores a grandes mayorías que siempre quedan como

¹³ <http://www.cienciaspenales.org/Revista%2008Bustos08.htm>, pp. 1-4

presunto peligroso, y es por eso que aumentan las facultades de la policía y de los tribunales respecto de ellos. Esto puede ser especialmente grave en momentos de transición, dado que la llamada inseguridad subjetiva es muy fácil de manipular, y por tanto crearse un clima propicio para exacerbar la función represiva, selectiva, y discriminatoria del sistema penal, con lo cual se entorpece o perjudica gravemente la profundización democrática del sistema, porque se pone en primer término la seguridad del orden por encima de la persona y su desarrollo como tal.

El principio de responsabilidad lleva no sólo a excluir la llamada responsabilidad objetiva, también a considerar qué respuesta era exigible a ese sujeto por el sistema penal, lo cual implica la co-responsabilidad del sistema, pues para exigir, es necesario que se haya otorgado las correspondientes condiciones para tal exigencia. Se trata, entonces, de las discusiones de la responsabilidad del sujeto por su hecho, o la llamada culpabilidad o responsabilidad por el hecho.

El sistema penal y sus operadores tienden a no considerar las diferencias existentes, al interior del sistema entre las personas, lo cual es básico para una real eficacia del principio de igualdad en relación a la dignidad de la persona y a su responsabilidad. El sistema no puede exigir la misma responsabilidad a aquellos que se mueven en un mundo de códigos diferentes a los homogéneos, como es el caso de los indígenas, de los niños, de los enfermos mentales, etc. Es decir la perspectiva político criminal del principio de responsabilidad o culpabilidad se convierte en un desafío en la medida en que

es necesario establecer las garantías necesarias con el objeto que el sistema y sus operadores den cuenta por una parte de qué han hecho para otorgar a esa persona las condiciones suficientes que le posibiliten la respuesta que se le está exigiendo.

Es por eso que siempre responsabilidad es igual a exigibilidad, esto es, se trata de determinar y por tanto garantizar qué es lo que puede exigir el sistema y sus operadores de una persona, y ello no es una cuestión de fundamentación absoluta o puramente dogmática, sino una cuestión a resolver desde las bases mismas de los objetivos de un sistema democrático.

Otro de los principios garantistas que debe observar el Derecho Penal Democrático es el de indemnidad personal, que proviene igualmente de un principio de dignidad de la persona.

Según este principio la sanción a aplicar no puede afectar al ciudadano en la esencia de su persona, la persona no puede ser instrumentalizada por la sanción, no puede ser medio para fines más allá de ella misma, ni tampoco se le puede cercenar de tal modo sus derechos que ello implique una limitación extrema de sus capacidades de desarrollo personal.

Los países deben luchar contra las prácticas de sanciones para-estatales que dan lugar a una doble ética, por una parte constituciones en las cuales se recogen todas las declaraciones de derechos humanos y por la otra, una organización dirigida o apoyada desde el Estado, que viola esos derechos;

como denuncian todos los organismos internacionales (tortura, desaparecimiento de personas etc.)¹⁴

El principio de igualdad procesal establece que las partes que intervienen en un proceso deben tener igualdad de oportunidades para poder alegar, probar e invocar sus pretensiones; este principio de igualdad procesal es una aplicación del principio de igualdad ante la ley.

Otro principio fundamental es el de publicidad que tiene por objeto permitir a las partes la intervención en el proceso para esgrimir sus derechos y defensas. También permite que el pueblo pueda fiscalizar la administración de justicia por medio de cualquier ciudadano o por los medios de comunicación.

El principio de presunción de inocencia debe ser garantizado en cualquier ordenamiento de naturaleza procesal penal. Dicho principio establece que hasta que se dicte sentencia definitiva no estará plenamente probada la culpabilidad conforme a la ley.

La presunción de inocencia tiene como consecuencia el principio de subsidiaridad de la prisión preventiva, en virtud de la cual solamente se decreta cuando no puedan aplicarse otras medidas cautelares menos gravosas.¹⁵

¹⁴ Ibidem, pp. 4-7

¹⁵ Escobar Fornos Iván, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa, 2005, pp.42-43

3. GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

3.1 GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO PENAL

El Derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria; se manifiesta como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado.

Todos los intereses que el Derecho intenta proteger son de gran importancia; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia del orden social. Para lograr tal fin, el Estado está naturalmente facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal que por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

El estudio sistemático del Derecho Penal se escinde en diversos temas, según el punto de vista y la extensión que cada especialista pretende darle. La mayoría coincide en señalar dos partes: la general y la especial. La primera se divide en introducción; teoría de la ley penal; teoría del delito; y, teoría de la pena y de las medidas de seguridad.

En la introducción se estudian las generalidades sobre el Derecho Penal y las ciencias penales, dentro de la teoría de la ley penal se estudian las fuentes del Derecho Penal; introducción de la ley penal; los ámbitos de validez de la ley penal.

La teoría del delito comprende, las generalidades, su definición, concepto, elementos, factores negativos; la vida del delito, concurso.

La teoría de la pena y de las medidas de seguridad, permite conocer la diferencia entre ambas instituciones; su concepto, clasificación.

El segundo curso de Derecho Penal se ocupa de la parte especial, que aborda el estudio de los delitos en particular y de las penas y medidas de seguridad aplicables a casos concretos.

La expresión Derecho Penal, se aplica para designar al conjunto de normas penales, cuanto a la ciencia del Derecho Penal estimada como una rama del conocimiento humano. El Derecho penal es la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social.¹⁶

Por Derecho público entiéndase el conjunto de normas que rige relaciones en donde el Estado interviene como soberano. Se afirma que el Derecho Penal es público por cuanto sólo el Estado tiene capacidad para establecer los delitos y

¹⁶ Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 46ª Edición, México, Porrúa, 2005, pp.17-19

señalar las penas, imponer éstas y ejecutarlas, mas tal criterio no es certero, pues todo el Derecho lo dicta y aplica el Estado.

3.2 EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y EN SENTIDO SUBJETIVO

El Derecho Penal en sentido objetivo dice Cuello Calón, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad, con que aquéllos son sancionados.

En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el ius puniendi o derecho de castigar. Consiste en la facultad del Estado mediante leyes de conminar la realización del delito con penas y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas.

3.3 EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO

El Derecho Penal se integra con normas relativas al delito, a la pena y a las demás medidas de seguridad contra la criminalidad; por lo tanto, la verdadera sustancia del Derecho Penal la constituyen tales elementos; de ahí la denominación Derecho Penal sustantivo o material. Para Eusebio Gómez el Derecho Penal sustantivo concreta la noción de delito y determina sus consecuencias.

Conviene señalar, por lo menos, que las medidas de seguridad y los tratamientos para niños o enfermos, autores de actos del derecho penal, no integran propiamente a éste; se trata de reglas paralelas al Derecho Penal; por ello, sin desconocer la diferencia de esas normas con las propiamente penales, las seguiremos considerando como pertenecientes a dicha rama del Derecho.

Las normas del Derecho Penal sustantivo no deben aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada; para ello existe otra reglamentación cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del derecho material y recibe el nombre de derecho adjetivo o instrumental y con mayor frecuencia Derecho procesal penal.

El Derecho Penal sustantivo y adjetivo coexisten necesariamente; por que sin el Derecho procesal las disposiciones normativas se convertirían en letra muerta, por que no hay posibilidad de que los particulares puedan excitar la maquinaria judicial, para exigir el respeto a sus derechos.

3.4 RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL

No puede negarse la relación del Derecho Penal con otras disciplinas jurídicas, aun cuando adquieren carácter fundamental por cuanto al Derecho Constitucional respecta. El Derecho Constitucional tiene por objeto establecer la forma, organización del Estado y la fijación de los límites a la actividad del

poder público frente a los particulares, da estructura al Estado y sus funciones. Y reconoce las garantías individuales.

La Constitución es la ley fundamental, da vida y personalidad al Estado, reparte competencias y establece barreras a las autoridades, sin duda las orientaciones constitucionales, marcan el cause del Derecho Penal.

Las garantías de seguridad jurídica encuentran su fundamento en el reconocimiento que de ellas hace la ley suprema; se puede establecer que el Derecho Constitucional sienta las bases de todo sistema político y jurídico del Estado.

3.5 CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL

Para Eugenio Cuello Calón, la ciencia del Derecho Penal es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y las medidas de seguridad. Se trata de una sistematización cuyo objeto lo constituyen las normas que definen los actos seriamente trastornadores del orden social y las medidas adecuadas para su prevención y represión.

En el Estado Constitucional o de Derecho como el nuestro, sólo la ley establece los delitos y las penas, así lo establece el artículo 14 constitucional en su párrafo tercero al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena

alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En consecuencia para el penalista la ley es como un verdadero dogma, debe tenerse por verdad firme y cierta, base de toda investigación. La Dogmática jurídico penal es la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo, la ciencia del Derecho Penal se integra por principios que estudian las normas positivas, también fija la naturaleza de los delitos, la responsabilidad, la peligrosidad y la respuesta respectiva por parte del Estado.¹⁷

3.5.1 NOCIÓN DE LA PENA

Siendo la pena legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito, es impuesta por el Estado al delinciente, su noción está relacionada con el ius puniendi, y con las condiciones que según las escuelas, requiere la imputabilidad, pues si ésta se basa en el libre albedrío la pena será retribución del mal por mal, expiación y castigo; si por el contrario se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales.

Para Carrara la pena es de todas suertes un mal que se inflige al delinciente; es un castigo; atiende a la moralidad del acto; al igual que el delito, la pena es,

¹⁷ Ibidem, pp. 20-25

el resultado de dos fuerzas: la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas; su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento es la justicia; para que sea consecuente con su fin la pena ha de ser eficaz, aflictiva, ejemplar, cierta, pronta, y de tal naturaleza que no pervierta al reo; y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva, igual, divisible y reparable.

Las penas pueden ser estudiadas atendiendo a su calidad, a su cantidad y a su grado. La clásica definición de la pena es la retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable; imposición de un mal adecuado al acto.

En el Derecho moderno es todavía la pena un mal infligido legalmente al delincuente como consecuencia del delito y del proceso correspondiente; es un mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al actor, mas ya no atiende a la moralidad del acto, sino a la peligrosidad del sujeto, y en vista de ella a la defensa social.

Carrara clasificó las penas en capitales, aflictivas, directas, indirectas, infamantes y pecuniarias, reconociendo subdivisiones en algunas de estas especies. Otra clasificación distingue entre penas intimidantes, correccionales y eliminatorias (Cuello Calón). Otra entre penas principales y accesorias; éstas pueden ser también simultáneas o subsiguientes (Liszt).

El fin de la ley penal, del Derecho Penal, debe ser el de tutelar bienes jurídicos de más alta jerarquía y condición, el Estado de Derecho, de las garantías de legalidad y constitucionalidad, se debe prevenir la delincuencia; pero no haciéndolo con penas severas ni sobreabundancia de tipos penales.¹⁸

3.5.2 TEORÍAS DE LOS FINES EN LA APLICACIÓN DE LA PENA

La pena constituye, en principio, el medio coactivo más contundente con que cuenta el Estado. Mediante la pena se puede lícitamente privar de su libertad a una persona; la evolución histórica de las penas se halla, bajo el signo de una paulatina atenuación de su rigor, paralela al aumento de confort material y de la sensibilidad de la humanidad ante el sufrimiento.

Ante el importante aumento de la delincuencia, particularmente en las ciudades, que ha acompañado a dicha transición política, un sector de la opinión pública ve en las penas y hasta en su agravación el camino que debería seguirse para combatir la criminalidad y garantizar la seguridad ciudadana.

La concepción más tradicional de la pena ve en ella la retribución exigida por la justicia por la comisión de un delito. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo, y el culpable debe encontrar su merecido; la

¹⁸ Carrancá y Trujillo Raúl- Carrancá y Rivas Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General 22ª Edición, México Porrúa 2004, pp. 791-793

función de la pena se centra según este punto de vista, en la realización de la justicia.

La pena no aparece entonces como un instrumento dirigido a la consecución de fines utilitarios de bienestar social, como sería el de protección de la sociedad, sino como exigencia ética derivada del valor justicia. Kant decía que la ley penal es un imperativo categórico, su necesidad no procede de su posible conveniencia para frenar la delincuencia, sino que es independiente de que pueda o no servir a tal finalidad.

Según Kant, los imperativos categóricos implican un absoluto respeto al deber, esto es, una voluntad pura que nos conecta con la perfección suprema. El imperativo categórico exige siempre, por el contrario, una ley moral incondicionada, una ley moral universal.

Quien acoja tal concepción de la pena no esperará de ella que constituya un instrumento adecuado para combatir el aumento de la delincuencia y garantizar la seguridad ciudadana.

La alternativa a la retribución es la prevención la pena no responde a una exigencia de justicia, sino que se halla legitimada sólo como medio de prevención de delitos.

No se castiga para restablecer un orden de valores, sino para evitar la realización de conductas que se estiman indeseables.¹⁹

Retribución y prevención suponen, pues, dos formas distintas de legitimación de la pena; la prevención opera de dos modos distintos que la ciencia penal distingue con las expresiones de prevención general y prevención especial. La prevención general se dirige a la colectividad en general y por medio de ella se intenta impedir que surjan delincuentes en la sociedad.

La prevención especial incide sobre quien ya ha delinquido, con objeto de que él en especial no vuelva a delinquir. Tanto la prevención general como la especial pueden tener lugar en distintas formas.

La prevención general puede manifestarse por la vía de la intimidación de los posibles delincuentes, o también como prevalecimiento o afirmación del Derecho a los ojos de la colectividad. En el primer sentido, la amenaza de la pena persigue imbuir un temor que sirve de freno a la posible tentación de delinquir. Se dirige sólo a los eventuales delincuentes.

En el segundo sentido, como afirmación del Derecho, la prevención general persigue, más que la finalidad negativa de inhibición, la internacionalización positiva en la conciencia colectiva de la reprobación jurídica de los delitos y, por

¹⁹ Mir Puig Santiago, Estado, Pena, y Delito, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2006, pp. 37-41

otro lado, la satisfacción del sentimiento jurídico de la comunidad. Se dirige a toda la sociedad, no sólo a los eventuales delincuentes.²⁰

También la prevención especial se persigue en distintos sentidos, según la forma en que incida en el delincuente, en la prevención especial se pueden distinguir tres aspectos; la advertencia, la resocialización y la innocuización. Frente al delincuente ocasional, la prevención especial exigiría sólo la advertencia que implica la imposición de la pena. Para el delincuente no ocasional corregible, sería precisa la resocialización mediante la aplicación de un tratamiento destinado a obtener su corrección. Por último, para el delincuente incorregible la única forma de alcanzar la prevención especial sería innocuizarlo, evitando así el peligro mediante su internamiento asegurativo.

El efecto de advertencia se designa como intimidación especial para expresar que se dirige sólo al delincuente y no a la colectividad, como la intimidación que persigue la prevención general. La resocialización adopta a veces modalidades especiales; así, como tratamiento educativo o como terapéutico para personas con anomalías mentales.

El liberalismo clásico se inclinó por la prevención general, de la mano de la fe en la eficacia de la ley y de la amenaza psicológica que supone la previsión legal de la pena a los ojos de la sociedad.

²⁰ Ibidem, pp. 42-43

En ello jugaba también un papel fundamental el postulado de la igualdad abstracta ante la ley, que se consideraba incompatible con la necesaria individualización de la pena según las características de cada delincuente, que es lo que exige la prevención especial, en particular cuando ha de consistir en un tratamiento resocializador. Parecía contrario al principio de igualdad y, en este sentido, injusto, que habiendo cometido el mismo delito, el delincuente más peligroso por razón de su modo de ser resultase más severamente tratado que el menos peligroso.²¹

3.5.2.1 TEORÍAS ABSOLUTAS Y RETRIBUCIONISMO

Son teorías absolutas todas las doctrinas retribucionistas, que conciben la pena como fin en sí mismo, es decir, como castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco, por consiguiente no un medio, y menos aún un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento. Son por el contrario teorías relativas todas las doctrinas utilitaristas, que consideran y justifican la pena como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos.

La teoría de la retribución concibe el delito como un acto de desobediencia a una norma dada por el legislador. Frente a tal lesión de la obediencia, el Estado tiene el derecho de castigar. Este esquema presupone:

²¹ Ibidem, pp. 44-46

- a) El autor es libre de decidirse por el bien, (el cumplimiento de la orden del legislador, la norma) o el mal.

- b) El deber jurídico es anterior a la sanción y no depende de ella. La pena no crea el delito, sino que éste en tanto lesión de una norma (desobediencia) existe ya con anterioridad.

- c) La dignidad humana excluye un derecho del Estado a obrar movido por fines preventivos. Sólo la norma se dirige al autor reclamándole obediencia: la pena no tiene carácter de amenaza.

Las teorías absolutas de la pena no pueden ser sino anatematizadas como irracionales pues parten de afirmaciones carentes de comprobación empírica, como la libertad de voluntad, y persiguen objetivos, como la ratificación del orden o de la autoridad estatal, que renunciando por sí mismas a toda utilidad respecto de la protección de bienes jurídicos, tampoco son verificables en los conocimientos de las ciencias sociales. Los sistemas legislativos del siglo XX sobrevivientes hoy día sin modificaciones sustanciales son consecuencia de esta concepción.

Dentro de esta concepción, es decir, de la teoría dogmática de las teorías absolutas se ha sostenido que un sistema completo, cerrado y falto de contradicciones es una condición de la seguridad jurídica.

Se condiciona el logro de la seguridad a la adopción de las teorías absolutas y al ejercicio del puro retribucionismo. Ésa es precisamente la bandera política actual: la seguridad jurídica a cualquier precio, a costo aún del respeto a las garantías establecidas.²²

3.5.2.2 TEORÍAS RELATIVAS Y PREVENCIÓN

Si se descarta que la pena pueda justificarse mirando al pasado, es decir, como un fin en sí misma, no queda por tanto sino discutir sus posibles justificaciones como medio para fines referidos al futuro. La concepción de la pena como medio, más que como fin o valor, representa el rasgo común de todas las doctrinas relativas o utilitaristas, se concibe ésta como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos.

Se manifiesta la prevención como fin de la aplicación de la pena, se hace depender el sentido de la pena de su cualidad para hacer que sus consecuencias incidan en la motivación favorable del individuo para no cometer más delitos, o bien para provocar en la sociedad la intimidación suficiente para respetar la ley.

La teoría de la pena en su concepto preventivo fue una consecuencia directa del paradigma ilustrado de las ciencias sociales que comenzó a imponerse al final del siglo pasado en todos los ámbitos científicos.

²² García García Guadalupe Leticia, Derecho Ejecutivo Penal, México, Porrúa, 2005, pp. 52-55

Apegándose a las teorías relativas, y dando un sentido científicista al Derecho Penal, se declaran fines específicos dentro de la prevención ya proclamada como fin general. Cada uno de ellos debe ser analizado antes de descartar su cumplimiento.²³

3.5.2.2.1 PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Las teorías de la prevención general positiva indican un contenido expresivo: la pena tiene la función de declarar y afirmar valores y reglas sociales y reforzar su validez, contribuyendo así a la integración del grupo social en torno aquéllos y al restablecimiento de la confianza institucional menoscabada por la percepción de las transgresiones al orden jurídico, la prevención general ha sido reelaborada en un marco conceptual parcialmente nuevo que se sirve de la teoría de la integración prevención.

El Derecho Penal no debe servir a la atemorización de potenciales delincuentes sino en forma general y positiva a la afirmación y aseguramiento de normas que rigen como irrenunciables en una sociedad. El Derecho Penal no actúa aisladamente, sino más bien dentro de un sistema total de control social, cuyo ámbito parcial formalizado es el Derecho Penal, una teoría jurídico penal de la prevención general tiene que considerar los efectos recíprocos entre Derecho Penal y otras instancias de control social.

²³ Ibidem, pp. 56

La prevención general positiva significa asegurar la validez y cumplimiento del Estado de Derecho. La confianza de la población en el Derecho y su aplicación, sólo puede ser lograda cuando a la comisión de un delito siga la exacta aplicación de la pena correspondiente, cuestión que por razones de recursos, corrupción, mantenimiento de la cifra oscura por desconfianza en las autoridades, está muy lejos de realizarse.²⁴

3.5.2.2 PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

En la prevención general negativa se busca intimidar a los posibles infractores aplicándole un mal para lograr el bien del resto de los sujetos que integran la sociedad. Se sacrifican los derechos de las personas a favor de la colectividad. Si en un principio la Teoría Utilitarista sostiene que con la aplicación de la pena se debe lograr el mayor bienestar posible para los no desviados con el mínimo malestar para los desviados con el mínimo malestar para los desviados, asistimos a un cambio de propuesta: aquí se logra el mayor bienestar posible para los no desviados con el máximo sufrimiento posible para los desviados.

Kant plantea que el hombre no debe jamás ser tratado como un puro medio al servicio de los fines de otro esto es, el hombre no debe ser utilizado como medio para un fin. En esta teoría el delincuente como miembro de la comunidad, tiene que responder por sus hechos en la medida de su culpabilidad.

²⁴ Ibidem, pp. 57-58

3.5.2.2.3 PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA

Política en general implica utilidad social. La política criminal presupone, por lo tanto, una concepción utilitaria del Derecho Penal y fundamentalmente de la pena: el Derecho Penal se legitima por su utilidad para la prevención del delito y, en consecuencia, para la protección de bienes jurídicos. En el pensamiento penal moderno, esta concepción se manifiesta en la tendencia cada vez más marcada, a la prevención especial, una prevención que se distingue de las concepciones anteriores de ese mismo signo por su racionalidad; es decir, porque fundamenta la eficacia de sus proposiciones apoyándose en los conocimientos de las ciencias sociales empíricas.

El concepto de readaptación se convierte, dentro de los centros de reclusión, en un sinónimo de degradación, subordinación y adaptación forzada. Y el problema es que las consecuencias de la aplicación de la pena privativa de libertad no concluyen con la compurgación de la pena, sino se extienden más allá de la prisión transformadas manifestaciones de etiquetación.

El fracaso de la prevención especial sólo puede ser medible en términos de reincidencia. Las cifras de la reincidencia, considerada ésta no en términos estrictamente legales, sino como el hecho de no delinquir por primera vez, en general no son conocidas por causas obvias.

3.5.2.2.4 PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA

Ante el fracaso de la prevención especial positiva, de la reeducación del delincuente para que no cometa más delitos, se recurre a la prevención especial negativa: la segregación y neutralización del delincuente para, de este modo, evitar su retorno a la conducta delictiva.

La teoría de la prevención especial negativa es la variante más represiva de la prevención negativa: la aniquilación física o desaparición del adversario acompañada del abandono de la función punitiva del Derecho.

Atendiendo al fin de la prevención especial negativa, en la praxis, el Derecho Penal no es más que un derecho instrumental aniquilatorio de enemigos sociales donde la lejana ciencia y filosofía del Derecho Penal tienen exclusivamente un uso legitimatorio: las cárceles son en realidad funcionalizadas no como instituciones de resocialización sino como lugares de destrucción psico-física y de internamiento.

3.5.2.3 LAS TEORÍAS RELATIVAS COMO TEORÍAS IDEOLÓGICAS, Y TECNOCRÁTICAS DE LA PENA

Las teorías ideológicas producen en la generalidad de los ciudadanos y en el aparato del sistema pena un consenso en torno a una imagen ideal y mistificadora de su funcionamiento. La crítica a ellas es, sobre todo, una crítica a su carácter ideológico basada en la falsificación de las teorías mediante los

resultados del control empírico. Por ejemplo, las investigaciones empíricas sobre los efectos de la pena privativa de libertad y por otro lado, en lo que respecta a la prevención general negativa, la realización efectiva de la función disuasiva de la pena no está empíricamente demostrada. Se puede incluso pensar razonablemente con base en consideraciones metodológicas, que dicha teoría no es ni siquiera demostrable.²⁵

Las teorías tecnocráticas producen conocimientos acerca de los verdaderos mecanismos puestos en movimiento por el sistema penal, conocimientos éstos que sirven principalmente al poder y a sus funcionarios: constituyen ante todo una contribución a la tecnología del poder.

Las funciones declaradas y acreditadas en las correspondientes formulaciones teóricas reciben una verificación fáctica en los sistemas punitivos. La crítica a teorías como éstas no puede consistir, por esta razón, en su contestación desde el punto de vista de su adecuación a la realidad que efectivamente reflejan, sino que debe fundamentarse en la elaboración de un discurso crítico sobre la propia realidad, esto es, sobre los mecanismos generados por el sistema punitivo y sobre la normalidad que ella representa y garantiza.

La elaboración de las teorías relativas o utilitarias de la pena ha alcanzado a fines del siglo pasado y a los inicios de éste una exuberancia tal, que ya desde hace mucho tiempo no se han formulado nuevas teorías que no sean otra cosa,

²⁵ Ibidem, pp. 59-64

que readaptaciones actualizadas de las viejas. Se da por hecho, entonces, que la prevención surge a la par del positivismo.²⁶

3.5.2.4 TEORÍAS ECLÉCTICAS

Las modernas distinciones entre prevención general negativa y positiva y entre prevención especial negativa y positiva, etc, sólo ponen de manifiesto cambios de acento y quizá posibiliten un nuevo tipo de relaciones entre los fines de la pena que, aunque conocidos, no representan ninguna innovación fundamental.

3.5.2.5 LA PENA COMO INTEGRACIÓN SOCIAL

Es necesario tratar de establecer cuál es la función de la pena legítimamente proponible en el cuadro de un contexto de ordenamiento, inspirado en los principios del Estado de Derecho. Éste, como es sabido representa la síntesis de perspectivas liberales y solidaristas. Pasando a la definición de la función de la pena adecuada al ordenamiento del Estado de Derecho, se debe realizar preliminarmente una elección entre concepciones penales absolutas y relativas.

Como ya se mencionó anteriormente, son teorías “absolutas” todas las doctrinas retribucionistas, que conciben la pena como fin en sí mismo, es decir, como castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco; por consiguiente no un medio, y menos aún un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento.

²⁶ Ibidem, pp. 65

Son por el contrario teorías “relativas” todas las doctrinas utilitaristas, que consideran y justifican la pena como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos.

Se debe destacar en medida suficiente el hecho de que hasta hace pocos años, la teoría absoluta de la retribución suscitaba amplios consensos. La adquisición de perspectivas metodológico-sistemáticas, tendientes a recuperar una dimensión de efectividad para los principios normativos expresados en la constitución en materia penal, ha contribuido de manera decisiva a determinar una inversión de tendencia en favor del perseguimiento de finalidades de prevención.

En esta perspectiva, a la concepción retributiva fue posible imputarle al menos tres inconvenientes insuperables, que ponían en evidencia su inaceptabilidad en el contexto social y de ordenamiento: en primer lugar, el contraste estructural con los principios fundamentales del Estado de Derecho, entonces el vicio de irracionalismo en el plano ontológico y, por último, la esterilidad desde un punto de vista político-criminal.

Si deseamos resumir las principales argumentaciones críticas que se han opuesto recientemente a las teorías retributivas, podemos comenzar recordando que, hace tiempo se ha puesto de relieve, la pretensión de anular el mal en sentido ético con la imposición de una sanción penal estatal, lo que parece difícilmente realizable, dada la absoluta heterogeneidad de las magnitudes a comparar: la culpabilidad del individuo que ha delinquido y la

predisposición de una medida de control heterónoma, objetivamente orientada a satisfacer las exigencias de defensa social.

En realidad, la pretensión de que el contenido antiético del delito pueda anularse mediante la aplicación de una pena estatal, es un supuesto de tipo irracional, inconciliable con los principios de la teoría del Estado sobre los que se funda la democracia.

Dado que en una democracia todos los poderes, incluido el judicial, son expresión de la soberanía popular, y la justicia es administrada en nombre del pueblo, la sentencia del juez penal no puede tener ningún carácter o contenido que trascienda las exigencias de quien, según los esquemas de la tradición iluminista, le ha conferido al juez el poder de administrar justicia.

Otro argumento contrario a la admisibilidad, en un ordenamiento de Estado de Derecho, de una concepción retributiva es de tipo ontológico, y concierne a la misma naturaleza elemental del ser, pero posee notables reflejos en el plano de la tutela de las garantías individuales. Y en efecto, desea retribuir el mal de la conducta culpable con el mal de la pena, presupone la acogida de una opción precisa, de tipo fideísta, sobre la naturaleza del hombre: es decir se le reconoce la posibilidad de poder actuar de manera diferente. Pero la validez de tal reconocimiento choca con el obstáculo insuperable, en el plano fenoménico, de la prueba del libre arbitrio que vuelve no utilizable, también desde este punto de vista, la teoría retributiva.

Todo ello, posee notables reflejos también desde el punto de vista de la tutela de los derechos del individuo. No se logra justificar cómo, sobre la base de una suposición incierta en el plano de la racionalidad, y por lo tanto, accesible sólo por un acto de fe, se puede fundar la imposición de la pena criminal, que indudablemente representa la intervención estatal más grave sobre la libertad y la personalidad individual.

A la concepción retributiva de la pena, en su vinculación con la culpabilidad del autor de un hecho delictivo, tradicionalmente se le reconoce la significativa función garantista de límite para la intervención punitiva estatal y, por ende, de tutela de la libertad individual respecto de excesivas intervenciones en la esfera personal.

En efecto la retribución de culpabilidad no permite que se pueda aplicar una pena en ausencia de la culpabilidad, ni en una medida superior a la entidad de la misma culpabilidad. Consideraciones de prevención general o especial podrían, en efecto, llevar a la aplicación de una sanción desproporcionada, mientras la retribución de culpabilidad, al vincular la entidad de la pena con la medida de la culpabilidad, impide que se sacrifique la libertad individual, por el interés de intimidación general o por el perseguimiento de finalidades de readaptación social independientes de la efectiva gravedad del delito cometido.²⁷

²⁷ Moccia Sergio, El Derecho Penal Entre Ser Y Valor, Buenos Aires Argentina, Euros Editores 2006, pp. 81-88

3.5.2.6 LA FUNCIÓN SISTEMÁTICA DE LA POLÍTICA CRIMINAL

El Derecho Penal se caracteriza, respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico, por al menos tres peculiaridades: En primer lugar, por el formalismo tendencial en el que se inspira la construcción del sistema y la interpretación de las normas. Esta característica tiene su razón evidente en el hecho de que el Derecho Penal es el instrumento de intervención estatal que en mayor medida incide en la libertad individual: de ahí la aspiración a elaborar un confiable conjunto de reglas, muy atentas respecto de exigencias de certeza, que el plano axiológico-sustancial se resuelven en garantías socio-individuales.

No es casual que las primeras grandes obras sistemáticas de Derecho Penal se tuvieran a fines del siglo XVIII cuando se habían consolidado, seguramente en el plano cultural, las conquistas del pensamiento jurídico-político iluminista.

Una segunda característica está representada por la particular atención dedicada a la definición de los títulos de responsabilidad, orientada en el sentido de la acentuación del componente subjetivo: la regla, a los fines de la imputabilidad de un hecho, está dada por la presencia del dolo.

Ello implica la búsqueda de claros criterios de efectiva imputación de una conducta y/o de un acontecimiento perjudicial o peligroso, que evidencien el ser “propio” del agente de un suceso relacionado con el disvalor social.

El hecho de que por siglos haya predominado la praxis de permitir la imposición de penas sobre la base de un criterio meramente objetivo no desmiente esta vocación íntima del Derecho Penal de valorizar el momento del disvalor subjetivo. Tanto es así que, aun en épocas caracterizadas por una política criminal inspirada en el terrorismo represivo, no se renunciaba, al menos en el plano formal, al requisito de la presencia de la voluntad, a los fines de la punibilidad del hecho. Sin embargo, con propósitos de represión, se excogitaban soluciones doctrinales que lograban hacer aparecer como dolosas conductas que seguramente no eran tales o lo eran sólo en una fase inicial.

La tercera peculiaridad está dada por el tipo de sanciones previstas por el Derecho Penal, principalmente por la previsión de la pena criminal. Ella constituye la forma por la cual, como regla, se realiza la intervención del Estado a controlar los hechos considerados socialmente perjudiciales y se sustancia en una considerable limitación de la libertad personal.

La misma pena pecuniaria, en especial si se estructura según criterios relacionados de personalización, tiene un efecto de limitación de la libertad personal, en tanto determina una caída del tenor de vida y, por ende, una reducción de las posibilidades de acción²⁸.

²⁸ Ibidem, pp. 2-5

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA

2.1 ASPECTO GENERAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

Si nos declaramos adictos a la tesis aristotélica elemental de que el hombre es un ser esencialmente sociable, o que se acepte la tesis de Rousseau, para quien la existencia aislada e individual del ser humano precede a la formación social, lo cierto es que no se puede concebir al sujeto fuera de la convivencia con sus semejantes.

Para que sea dable y posible el desarrollo de esa vida en común, para que puedan establecerse las relaciones sociales, para que pueda existir la sociedad humana, es menester que la actividad de cada individuo esté limitada en tal forma, que su ejercicio no ocasione el caos, cuya presencia destruye la convivencia.

Esas limitaciones a la conducta particular de cada miembro de la comunidad en sus relaciones con los demás sujetos que la integran se traduce en la aparición de exigencias y obligaciones mutuas o recíprocas, cuya imposición no sólo es natural, sino necesaria obra del Derecho, que sociológicamente responde como el medio imprescindible de satisfacer esa necesidad de regulación.

El contenido del Derecho, plasmado en disposiciones legislativas expedidas por órganos determinados, o bien como substratum de una práctica social constante y con fuerza de obligatoriedad, forzosamente debe estar garantizado, en cuanto a su imperatividad, por un poder superior a la voluntad de cada individuo. Ese poder que también recibe el nombre de autoridad, considerado este concepto no en su acepción de órgano estatal dotado de funciones de ejecución y decisión, sino como actuación suprema, radica en la comunidad misma, en el propio grupo social, y es ejercido por entidades a las cuales expresamente se les ha conferido esa facultad.

La autoridad de un Estado implica un poder, un conjunto de facultades y actos tendientes a garantizar el orden de derecho mediante su idónea aplicación contra posibles contravenciones por parte de los individuos de la comunidad, asegurando así el orden social.

De la importante misión que tiene que realizar ese poder social, cuyo titular es el Estado como organización formal jurídico-política de la sociedad humana y cuya depositaria es ésta, se desprende con evidencia una de sus características fundamentales a saber: la de ser soberano.

La soberanía, cuyo término deriva de la conjunción “super-omnia”, o sea sobre todo, es un atributo del poder del Estado, deriva de esa actuación suprema desarrollada por y dentro de la sociedad humana, que supedita todo lo que en ella existe, que subordina todos los demás poderes y actividades que se desplieguen en su seno.

El maestro Ignacio Burgoa señala en su obra de Las garantías individuales que la soberanía reside jurídica y políticamente en el Estado, en virtud de su personalidad propia y sociológicamente en la sociedad o pueblo, entendido éste en su acepción jurídica, no sociológica, o sea, como conjunto de individuos con derechos cívicos activos y pasivos.²⁹

La soberanía popular, llamada así porque en el pueblo radica aquella potestad suprema, que no reconoce ningún otro poder superior a sí; es el poder supremo e independiente. De esta concepción de soberanía se pueden derivar dos de sus principales características; en primer lugar, la que consiste en la imposibilidad de que exista un poder superior a ella dentro del Estado, y en segundo la de que no depende de otra potestad.

De estas notas sobre la soberanía se deduce que su titular jurídico y político, es autónomo, es decir capaz de darse sus propias normas e independiente, en cuanto que, en sus relaciones con los demás, no está supeditado a ellos.

El pueblo que es el depositario del poder soberano decide desplegar su actividad suprema dentro de ciertos cauces jurídicos y se obliga a no transgredir; en otras palabras se auto limita, además existiendo la necesidad de que su vida adopte la forma que más le convenga, selecciona él mismo la manera de cómo va funcionar, es decir se autodetermina. La mayoría de los tratadistas coincide en señalar como atributos de la soberanía la auto limitación y autodeterminación e implican la negación misma de la arbitrariedad.³⁰

²⁹ Burgoa Orihuela Ignacio, Las Garantías Individuales, 27ª edición, México, Porrúa, pp.155-156

³⁰ Ibidem, pp. 157

Las facultades de autodeterminación y de auto limitación, que son las capacidades siempre coexistentes del concepto de soberanía popular y que participan por ende de su carácter de inalienabilidad, también están implicadas en nuestro orden constitucional.

Siendo la Constitución la ley suprema que establece la organización fundamental del Estado, resulta que toda ella por sí misma, traduce en normación positiva la facultad de autodeterminación del pueblo investido de soberanía, lo que se corrobora por el contenido dispositivo del artículo 40, que dice: “ Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática y federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo que concierne a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley”.

La auto limitación, que es una de las capacidades propias de la soberanía, implica una restricción a la actividad del Estado introducida por el orden jurídico. Si el Estado es el que se auto limita en cuanto al poder que le es inherente, evidentemente que esta auto limitación se traduce en una serie de restricciones jurídicas impuestas a la actividad de las autoridades estatales. Por tal motivo, la soberanía, por lo que ve al Estado, implica una auto limitación y por lo que concierne a las autoridades, una limitación a su actividad desplegada en ejercicio del poder estatal.

El maestro Ignacio Burgoa en su obra de garantías individuales indica que éstas denotan esencialmente el principio de seguridad jurídica inherente a todo régimen democrático, dicho principio no es sino el de juridicidad que implica la obligación ineludible de todas las autoridades del Estado en el sentido de someter sus actos al orden jurídico. En la misma línea puede establecerse que las garantías son la expresión fundamental y suprema de los principios aludidos, sin cuya consagración se propicia y estimula la tiranía en cualquier forma.

No es posible concebir un sistema jurídico sin garantías a favor de todo gobernado, ya que cualquier acto de autoridad debe estar fundado y motivado. La institución de las garantías individuales es un elemento indispensable para mantener el orden jurídico en cualquier país, con presencia de la estructura socio-económica y política que cada pueblo adopte.

Acepción del concepto Garantía

La palabra garantía proviene del término anglosajón “warranty” o “warantie”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, por lo que su connotación es muy amplia. Jurídicamente, el vocablo y concepto garantía se originaron en el derecho privado.

En el Derecho Público la palabra garantía y el verbo garantizar son creaciones institucionales de los franceses y de ellos tomaron los demás pueblos en cuya legislación aparece desde mediados del siglo XIX. El concepto de garantía en

derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados; se afirma también que el mismo concepto se extiende a los medios o recursos tendientes a hacer efectivo el imperio de la ley.

El concepto de garantía en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un Estado de Derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas pre-establecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional.

Desde el punto de vista de la ley fundamental, las garantías individuales implican no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del Estado de Derecho, sino lo que se ha entendido por “derechos del gobernado”.

La auto limitación y, por ende, las limitaciones o restricciones a la conducta de las autoridades, se establecen por todo el orden jurídico del Estado, independientemente de la índole jerárquica de las distintas normas que lo integran, siguiendo diferentes criterios.

Ahora bien, directa y primariamente, frente a los miembros singulares del Estado o gobernados, la auto limitación estatal y las limitaciones jurídicas a la actuación de las autoridades se revelan en las garantías individuales. Por tanto, éstas se traducen jurídicamente en una relación de Derecho existente entre el gobernado como persona física o moral y el Estado como entidad jurídica y

política con personalidad propia y sus autoridades, cuya actividad en todo caso se desempeña en ejercicio del poder y en representación de la entidad estatal.

Los sujetos que integran la relación jurídica de la garantía individual están constituidos por el gobernado por una parte y las autoridades del Estado, por la otra, puesto que es la conducta de estas mismas la que está limitada o restringida de modo directo por dicho vínculo de derecho; sin embargo, una autoridad no debe ser reputada como entidad o funcionario, sino que siempre se le debe considerar como representante del Estado, a quien se encomienda el ejercicio del poder.

El maestro Ignacio Burgoa en su obra de las garantías individuales, explica que la denominación de garantías individuales no corresponde a la verdadera índole jurídica de éstas y sólo se explica por un resabido del individualismo clásico que no tiene vigencia en la actualidad.³¹

³¹ Ibidem, pp. 157-168

2.2 FUNDAMENTOS IUS FILOSÓFICOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

En su sentido más general, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad protección y reparación.

Por seguridad jurídica se ha entendido también el conocimiento que tienen las personas respecto de aquello que pueden hacer, exigir, o que están obligadas a evitar o no impedir; esto es el conocimiento que tienen de las libertades, derechos y obligaciones que les garantiza o impone el orden jurídico. La seguridad jurídica representa el conjunto de condiciones sociales de carácter jurídico que garantizan la situación personal de cada uno de los miembros de la comunidad jurídicamente organizada.

En el concepto de seguridad jurídica están implicadas tres nociones: la de orden, la de eficacia y la de justicia. En primer lugar la idea de orden, la idea de un deslinde de la esfera de actividad de cada uno de los sujetos que forman parte de una sociedad, ya que sólo así es posible evitar interferencias entre ellos, coordinar su acción, unificar el esfuerzo colectivo, asegurar al individuo una situación jurídica.

El orden es el plan general expresado por la legislación vigente en una comunidad. Pero no cabe hablar de seguridad jurídica allí donde existe un orden legal teórico, un orden legal ineficaz, es decir, una legislación que no es observada por los particulares, y que tampoco se cumple por parte de las autoridades.³²

Para que el orden legal merezca el calificativo de jurídico y sea eficaz, es preciso que esté fundado en la justicia. Un orden legal fáctico, pero injusto, no produce verdadera seguridad, la obra del legislador no vale nada si no responde a la justicia.

La justicia y la seguridad lejos de ser verdaderas antinómicas, son más bien los dos elementos, las dos caras del bien común o del orden público que, bien comprendidas, tienen el mismo sentido, un poco como se dice indiferentemente libertades individuales o derechos públicos, según que uno se coloque en el punto de vista del individuo o de la sociedad, lo que pueden llamarse libertades o derechos fundamentales.

La justicia desde el punto de vista ético nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social.

La justicia es elemento del bien común, y la función de seguridad se ejerce en un cuadro de justicia y de derecho, en donde se afirma frente a frente la

³² Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, 2da edición, México UNAM, 1997, pp.225-228

trascendencia de la sociedad sobre el individuo, y su subordinación a la persona individual.

Una seguridad injusta no es tal, es precisamente lo contrario al Derecho, y a una justicia que no ha podido ser asegurada, le falta uno de sus elementos esenciales. En este sentido, la justicia es un criterio formal frente al bien común y a la seguridad que tienen el carácter de criterios materiales.³³

2.3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA

En las relaciones entre gobernantes, como representantes del Estado, se suceden múltiples actos imputables a los primeros, que tienden a afectar la esfera jurídica de los segundos. En otras palabras, el Estado, en ejercicio del poder de imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema con substantividad propia, desempeña dicho poder sobre y frente a los gobernados por conducto de sus autoridades.

El Estado, al desplegar su actividad de imperio, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea en su aspecto de persona física o de entidad moral.

³³ Ibidem, pp. 228-231

Dentro de un régimen jurídico, esto es dentro de un sistema de Derecho, esa afectación de diferente índole y de múltiples y variadas consecuencias debe obedecer a determinados principios, llenar ciertos requisitos, debe estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas.

Ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente, desde un punto de vista jurídico, la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos y condiciones es lo que constituye las garantías de seguridad jurídica.

Las garantías de seguridad jurídica implican una serie de condiciones a que debe sujetarse la actividad estatal para generar una afectación válida en la esfera del gobernado, se manifiestan las garantías de seguridad jurídica, como diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de observarlos.

La seguridad jurídica, al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas por la ley fundamental, se manifiesta como la subsistencia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades quienes tienen la obligación de acatarlos u observarlos. Esta obligación estatal y autoritaria es de índole activa en la generalidad de los casos tratándose de las diferentes garantías de seguridad jurídica, o sea, que el Estado y sus autoridades deben

desempeñar, para cumplir dicha obligación, actos positivos, consistentes en realizar todos aquellos hechos que impliquen el cumplimiento de todos los requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas para que la afectación que generen sea jurídicamente válida.

Las demás garantías individuales, ostentan una naturaleza negativa en la generalidad de los casos, la que dimana de las garantías de seguridad jurídica es eminentemente positiva, ya que se traduce no solamente en una abstención, sino en el cumplimiento que deben observar las autoridades, para que su actuación tenga validez jurídica.³⁴

Las garantías de seguridad jurídica contenidas en nuestra norma fundamental son las siguientes:

Artículo Constitucional	Garantías Tuteladas
Artículo 14 Constitucional	Garantía de la irretroactividad de la ley. Garantía de Audiencia. La Garantía de Audiencia Frente a las leyes. Garantía de la exacta aplicación de la ley en Materia penal. Garantía de Legalidad en materia civil.
Artículo 15 Constitucional	La no celebración de tratados para la extradición de reos políticos

³⁴ Burgoa Orihuela Ignacio, Op. Cit., pp. 504-505

<p>Artículo 16 Constitucional</p>	<p>Garantía de legalidad. Garantía de Competencia Constitucional. Obligación por parte de la autoridad de fundar y motivar sus actos. Garantía de Mandamiento escrito. Garantías en materia penal. La Autoridad administrativa al practicar Visitas domiciliarias debe observar las reglas prescritas para los cateos. Protección de datos personales.</p>
<p>Artículo 17 Constitucional</p>	<p>Los Gobernados no podrán hacer justicia por cuenta propia. Derecho a que la justicia se administre de manera pronta y expedita. La ley regulará los mecanismos alternativos de solución de controversias. Defensoría de oficio de calidad, por parte del Estado.</p>
<p>Artículo 18 Constitucional</p>	<p>Garantía de Ejecución de la pena</p>
<p>Artículo 19 Constitucional</p>	<p>Garantía de Seguridad Jurídica en materia Procesal Penal, de que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso, el delito que se imputa al gobernado.</p>
<p>Artículo 20 Constitucional</p>	<p>El proceso penal será acusatorio y oral, y deberá regirse por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Derechos Consagrados a favor de toda persona imputada. Derechos Consagrados a favor de la víctima de algún delito.</p>

<p>Artículo 21 Constitucional</p>	<p>La garantía de que las penas serán impuestas exclusivamente por la autoridad judicial. Límites a la autoridad administrativa, al momento de imponer sanciones.</p>
<p>Artículo 22 Constitucional</p>	<p>Prohibición Absoluta de la imposición de la pena de muerte. Prohibición Absoluta de mutilar, torturar o fijar alguna pena inusitada Toda persona que se considere afectada, en el caso de extinción de dominio, puede interponer recursos para demostrar la procedencia lícita de los bienes asegurados.</p>
<p>Artículo 23 Constitucional</p>	<p>Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito</p>

2.4 GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y SEGURIDAD PÚBLICA

El término seguridad proviene del latín securitis, que significa confianza, tranquilidad de una persona, procedente de la idea de que no hay ningún peligro que temer. Seguridad según el Diccionario de la Real Academia, es la calidad de seguro; en tanto que seguro es definido como libre o ausente de todo peligro, daño o riesgo.

De seguridad, ramo de la administración pública que vela por la tranquilidad de las personas, el término público del latín: publicus; cuyo significado es: perteneciente a todo el pueblo.

El Estado no es algo abstracto, dado desde siempre, formal y transhistórico. Aun cuando en la polis griega era una ciudad-Estado, éste nace propiamente en el siglo XVI, con el Renacimiento, inicialmente en la literatura política francesa.

Con la caída del Imperio Romano comenzó la Edad Media, periodo feudal que transcurre precisamente hasta el siglo XVI, cuando aparece el Estado Absolutista: monarquías centralizadas en Francia, Inglaterra y España, que terminaron con la soberanía piramidal y fragmentada de las formaciones sociales medievales, con su sistema de feudos y estamentos.³⁵

³⁵ Ramírez Marín Juan, Seguridad Pública y Constitución, México Porrúa 2003, p. 1

El orden económico del Estado Absolutista lo componían un sistema de producción agrícola, el orden social estaba compuesto por dos sectores: la nobleza y gleba. En el orden político, el poder del monarca era vertical, omnipotente y autoritario.

La función de seguridad pública que realizaba el Estado Absolutista se fincó principalmente en el Derecho Penal, cuya función la desarrolló, en España, la Santa Inquisición. La seguridad estatal tenía interés prioritario sobre la seguridad de los ciudadanos.

Es decir, Importaba preservar al Estado y cuidar los intereses del rey, para lo cual la nobleza y el clero diseñaron sus formas específicas de seguridad y control social, basadas en la tortura y la violencia punitiva.

Es evidente que en el Estado Absolutista había una concepción propia del Derecho que se construyó a lo largo de la Edad Media, con el antecedente directo del Derecho Romano y con la impronta ideológica del cristianismo, que permitió el surgimiento del ius naturalismo divino, inspirado en la teología y vinculado directamente a la administración de la justicia terrenal.

La sociedad medieval se gobernaba por leyes que procedían de la voluntad divina y a cuyas normas debían adecuar sus conductas todos los individuos. Para fines del siglo XVIII la sociedad absolutista había evolucionado hacia una estructura con tres segmentos: nobleza, campesinos, comerciantes y artesanos. Estos últimos eran la clase social emergente que constituiría, al

paso del tiempo, la burguesía, que habría de concentrar a la postre el poder económico y el político.

En el orden económico, los burgueses ingleses y holandeses desarrollaron una revolución industrial-tecnológica; en el orden político, los burgueses franceses derrocaron a la monarquía e instauraron un Estado moderno liberal de derecho.

Ambos serían la sincretización necesaria para el desarrollo del capitalismo, la transformación de la producción artesanal de bienes por una producción en serie también transformó al mercado, ya que empezaron a circular mayor cantidad de productos elaborados mediante el empleo de tecnología, lo que abarató su precio.³⁶

2.4.1 LA SEGURIDAD PÚBLICA EN EL PENSAMIENTO LIBERAL

El pensamiento político moderno, a partir de Maquiavelo, Hobbes, Bodino, Hegel, Weber, Kelsen, Bobbio, Almond y Powel, entre otros, han establecido la primacía del poder político por sobre otros poderes, como fundamento del Estado moderno.

Afirmar que el fundamento de ese poder político es recurso de la fuerza o coacción física, es recordar la célebre definición de Max Weber, que señala al Estado como poder soberano, detentador del monopolio de la fuerza, definición

³⁶ Ibidem, pp.2-3

a la que habría que agregar la acepción del Estado, como ordenamiento jurídico que norma ese poder.

Empero, habría que resaltar también, desde la perspectiva de las ideas políticas, que este poder es el resultado de la paulatina acumulación de poderes, entre los siglos XI Y XV y la posterior monopolización de estos poderes, que cristalizaron en los monarcas europeos absolutistas, entre los siglos XVI Y XVIII.

Este proceso de creación y establecimiento de monopolios estables de violencia-coacción física, que se transforma en coacción psicológica, fue parte del proceso civilizador de Occidente: de la pacificación necesaria para la convivencia urbana, que en los principios de la Edad Moderna, estuvo acompañada de cierta incipiente garantía de protección que todo príncipe debía otorgar a sus súbditos.

Así pues, la seguridad de las personas y la circulación de las mercancías, como elementos esenciales de los pactos políticos medievales dieron origen a la monopolización de la seguridad como un pilar del Estado moderno.

Uno de los teóricos del Absolutismo, Thomas Hobbes, en el Leviatán, afirma que la primera norma, regla o ley de carácter fundamental es esforzarse por buscar la paz; la tercera ley natural es el cumplimiento de los pactos; su incumplimiento crea la injusticia, llama al Estado con el nombre bíblico de Leviatán, porque a él se debe la paz y la defensa de la propia vida.

La esencia del Estado, que es una persona de cuyos actos cada miembro de una multitud, mediante actos recíprocos se ha reconocido como autor, es que pueda utilizar la fuerza y los medios de todos en la forma en que considere beneficiosa para la paz y la defensa común.

Esta perspectiva, junto con las ideas de Jean Bodin, sobre la soberanía como poder absoluto y perpetuo de imposición sobre los súbditos, especialmente de las leyes, que también la propia soberanía debía respetar, constituyeron las columnas básicas del Estado Absolutista.

Durante los siglos XVI y XVII, esa preocupación del Estado Absolutista por sus súbditos, generó instituciones y aparatos burocráticos y sus correspondientes conceptos jurídicos, que debían operar esa voluntad soberana de regir la seguridad de los súbditos. Para finales del siglo XVIII, la acepción restringida de policía como encargada de la seguridad pública tomó el sentido bajo el cual se le conoce desde entonces.³⁷

2.4.2 ESTADO MODERNO, SEGURIDAD PÚBLICA Y DEMOCRACIA

Otra de las teorías que dan fundamento al Estado moderno es la del bien común, que plantea que el hombre, individualmente considerado, tiene como fin propio un bien, que consiste en la perfección plena de su naturaleza racional.

³⁷ Ramírez Marín Juan, Op. Cit., pp. 5-9

Por tal razón, su bien personal aparece supeditado, no sólo en teoría sino también y sobre todo en un orden existencial práctico al bien común.

Ese bien común no está constituido simplemente por la suma de los bienes individuales, perseguidos y alcanzados por cada uno de los miembros de la sociedad, sino que es un bien superior que, por su organización y medios, posibilita incluso la realización actual de bienes individuales.

El bien común se manifiesta sobre todo en los bienes y valores que la sociedad; con los elementos de que dispone, asegura en beneficio de la persona humana: el orden, la paz, la justicia, la seguridad y el bienestar.

Para la consecución de estos bienes, la sociedad dispone de una serie de medios: las leyes, los servicios públicos, las sentencias de los tribunales, la educación, la seguridad social, el ejército y la policía, entre otros.

Hay pues un orden esencial que está inscrito en la naturaleza íntima del bien común; un orden teleológico que supone una jerarquía de fines y valores. El aparato material del Estado debe estar al servicio de esos fines y valores del bien común, y éste a su vez, al bien supremo de la persona.

En ese orden fundamental de fines existenciales, el bien común tiende a realizar el orden de la sociedad en un doble plano: el de la libertad y el de la proporcionalidad.

El Derecho del Estado debe tender a mantener la seguridad, la certeza como condición previa para la realización de los valores más altos, como serían la justicia y el bien común. El sistema político actual comprende no sólo instituciones de gobierno, sino también grupos de interés, resulta que la policía, entendida como seguridad pública y analizada como estructura o componente del sistema político, resulta procedente.

En principio, la policía, como subsistema del sistema político, funciona mediante un tipo particular de insumo, denominado “demanda”: demandas en cuanto a regulación de conducta, en lo que se refiere a seguridad pública y ayudas: la obediencia a las normas, leyes y reglamentos. El resultado de los insumos del subsistema policial es un producto de obediencia a la ley, esto es, la paz pública.

El sistema policial o de seguridad pública tiene una función primordial para el resto de los sistemas políticos y para los otros componentes del sistema social en su conjunto, en la medida en que es una estructura que asegura las zonas limítrofes de los componentes de ese sistema social.

Los valores que intercambia ese sistema de seguridad pública son, por una parte, la protección a la vida de los individuos y a los bienes materiales de su propiedad y, por la otra, la defensa de la ley y la paz pública.

La coordinación de expectativas y comportamientos mediante la coordinación y hábitos de obediencia es la función característica del sistema político, así la coordinación de las expectativas de la vigencia de los valores de seguridad pública es la función del sistema policial.

El sistema de seguridad pública es importante para el conjunto del sistema político, en virtud de que no es posible mantener las relaciones sociales, sin un aparato eficiente de seguridad pública y de justicia. La seguridad de las personas es lo mínimo que debe garantizar el Estado.

La institución que sea garante de ese Estado de Derecho debe ser la seguridad pública: la defensa de las libertades y derechos del hombre; esto es, la recuperación de la politicidad de su posición dentro de un sistema político efectivamente moderno y democrático.³⁸

³⁸ Ibidem, pp. 16-19

2.4.3 SEGURIDAD JURÍDICA VS. SEGURIDAD PÚBLICA

Con la institución del Estado liberal de Derecho se erige como valor supremo de la modernidad la seguridad jurídica, ya que la aspiración de todos los miembros de la sociedad reside en asegurar sus bienes jurídicos más preciados que, obviamente, giran en torno a la libertad, igualdad y propiedad privada.³⁹

De este modo, el fin del Estado, síntesis de la sociedad organizada, será proporcionar seguridad jurídica a los gobernados a través del Derecho. Por eso se construye la legalidad como eje del sistema jurídico.

En la legalidad reside cualquier posibilidad de garantizar bienes jurídicos, lo que constituye la aspiración estatal. Por ello, a través de la estructura normativa, los órganos del Estado protegerán los bienes y la integridad personal de los gobernados, para lo que es menester crear instituciones cuyos propósitos sean concomitantes con el fin del propio Estado.

Surge así el Estado como órgano público protector de intereses particulares, aun cuando sabemos que en sus inicios esa protección se planteó en sentido negativo; es decir, a través de prohibiciones, para salvaguardar bienes privados y colectivos. Esta concepción originaria presenta al gobierno como mandatario, como vigilante de los derechos ciudadanos.

³⁹ Véase artículos, 1º,4º,13º,27º, de la Ley Suprema

Por ello, se muestra como algo positivo, favorable para la autorrealización de los gobernados que adquieren seguridad sobre sus más preciados bienes jurídicos bajo la cobertura estatal.⁴⁰

⁴⁰ Ramírez Marín Juan, Op. Cit., pp. 19-20

CAPÍTULO III

DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN O DEL ENEMIGO

3.1 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y IUS FILÓSOFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En los últimos años, la doctrina del Derecho Penal dirige su mirada a ciertas regulaciones del Derecho Positivo que parecen diferenciarse del Derecho Penal general en virtud de determinadas características peculiares, las cuales motivarían o podrían motivar su agrupamiento e individualización como un particular corpus punitivo que podría identificarse con la denominación Derecho Penal del Enemigo.

Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho Penal del Enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho Penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho Penal que, en general, da lugar, formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales del Estado de Derecho.

La doctrina penal presta hoy cada vez una mayor atención a los diversos aspectos y problemas que plantearía ese “Derecho Penal del Enemigo” en cuanto concepto doctrinal y político-criminal que habría sido introducido con

ese carácter en el discurso penal teórico actual por Jakobs aunque de un modo muy difuso en 1985, y el cual ha sido desarrollado y perfilado con posterioridad por él mismo y por un sector de la doctrina alemana que le sigue o que parte de presupuestos y de planteamientos próximos a los de Jakobs.

En la doctrina, este Derecho Penal del Enemigo ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal. No obstante, parece reconocerse por todos la existencia real de un corpus legal contra enemigos en el Derecho Penal y Procesal Penal de la actualidad que, obviamente, es objeto de crítica y rechazo por la doctrina mayoritaria contraria al discurso doctrinal del Derecho Penal del Enemigo.

La expresión “Derecho Penal del Enemigo” suscita en cuanto se pronuncia determinados prejuicios motivados por la indudable carga ideológica y emocional del término “Enemigo”. Este término, al menos bajo el prisma de determinadas concepciones del mundo democráticas y, sobre todo, progresistas, induce ya desde el principio a un rechazo emocional, y no sin razón, cuando volvemos la mirada a la experiencia histórica y actual, y desde ella contemplamos el uso que se ha hecho y que aún se hace actualmente del Derecho Penal en determinados lugares.

La experiencia histórica demuestra con clara contundencia cómo los regímenes políticos totalitarios etiquetan y estigmatizan precisamente como “Enemigos” a los disidentes y a los discrepantes, y cómo aquéllos dictan leyes penales que, sin contenido alguno de justicia, establecen más bien dispositivos y

mecanismos de “guerra” contra los etiquetados como enemigos. Al respecto, sobran las palabras cuando se piensa, por ejemplo, en el proyecto de ley nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad, o en la denominada expresamente “Ley de represión de la masonería y el comunismo”, de 29 de marzo de 1941, promulgada en España por la dictadura fascista de Franco.

A la vista de estas reales experiencias, no debe parecer nada extraño que la carga emocional que conlleva la etiqueta de “Enemigo” predisponga ya a un rechazo de un Derecho Penal del Enemigo en sociedades que, como es el caso de las actuales sociedades occidentales, se configuran, al menos en un sentido formal, como democráticamente estructuradas y que están vertebradas por los valores de la libertad, de la tolerancia y de la igualdad.

Un debate y una indagación acerca de este denominado Derecho Penal del Enemigo, por consiguiente, no podría plantearse, ni tendría sentido, en relación con la legislación de un régimen totalitario. En los regímenes de este tipo, se puede decir que en realidad toda la legislación está prendida por una antorcha de guerra contra enemigos.

El debate sobre un Derecho Penal del Enemigo, pues, sólo puede plantearse y tiene sentido en relación con el Derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales y que depositan el poder en auténticos Estados de Derecho. Es evidente que en este contexto nada resuelve sobre el problema un rechazo puramente emocional,

históricamente fundado, de toda pretendida diferenciación de algunos miembros de la sociedad como “Enemigos”. De lo que se trata es de indagar sobre si en las sociedades democráticas existen realmente, es decir, objetivamente, de tipos de comportamiento antisocial de tales características que fueren a su diferenciación no sólo en el plano de la fenomenología social sino sobre todo en el modo de hacerles frente y de tratar a sus autores.

Si ello, en caso de ser afirmado, indica como adecuada una diferenciación entre un Derecho Penal específico de características especiales y con reglas diferentes de las del Derecho Penal ordinario, y en caso de que a esto se contestara también afirmativamente, si ese Derecho Penal especial podría legitimarse en el Estado de Derecho y en tal caso, cuáles serían sus límites y las reglas específicas por las que debiera regirse.

Claro que la respuesta a todas estas preguntas irá de la mano de la respuesta al interrogante que debe emerger ya en el punto inicial, y que no es otro que el relativo a la nada evidente cuestión de si realmente existen “Enemigos”, y en tal caso de que existan, el relativo a la delicada y peligrosa cuestión de la determinación tanto de quiénes podrían ser encuadrados en semejante status como de quiénes tendrían competencia para llevar a cabo semejante determinación.⁴¹

⁴¹ Gracia Martín, Luis, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN1695-0194, España, Universidad de Zaragoza, 2005, p. 2-12 disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>

Para Günther Jakobs sí hay individuos que tienen que ser diferenciados como enemigos, y esa diferencia se establece con respecto a los ciudadanos. Por esta razón individualizada y distingue a un Derecho Penal del Enemigo y lo contrapone al Derecho penal del Ciudadano.

El Derecho Penal del Ciudadano define y sanciona delitos, o infracciones de normas que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su status de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculados por el Derecho.

El delito de un ciudadano no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable, por ello, concluye Jakobs. El Estado moderno ve al autor de un hecho, no a un enemigo al que debe destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado, de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano y no como enemigo, a equilibrar el daño en la vigencia de la norma.

Diferentes de los ciudadanos que han cometido un hecho delictivo son los enemigos. Estos son los individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por

ello no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestra este déficit por medio de su comportamiento.

Las actividades de los enemigos no tienen lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son más bien la expresión y el exponente de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del Derecho y que está dedicada a actividades delictivas, éste es el caso de individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotraficantes, de tráfico de personas, y en general, de quienes llevan a cabo actividades típicas de la criminalidad organizada.

Los datos concretos que sirven de base a las regulaciones específicas del Derecho Penal del Enemigo son la habitualidad y la profesionalidad de sus actividades, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de tales organizaciones. Por otro lado, estas circunstancias fundamentarían respecto de los comportamientos de estos individuos un significado adicional de negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos establecidos en el modelo de convivencia.⁴²

Los Enemigos son individuos que se caracterizan, primero, porque rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción del orden, y segundo, a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para

⁴² Con más detalle en el apartado 3.7 de la presente investigación.

el orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, es decir su comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad.

La existencia de enemigos en el sentido descrito es un hecho real, y la falta de seguridad cognitiva existente con respecto a ellos, esto es, el peligro que los mismos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico, es un problema que no puede ser resuelto con el Derecho Penal ordinario (del ciudadano).

El Derecho Penal de Enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, mientras que el Derecho Penal de Ciudadanos respeta las esferas de libertad. Mediante el Derecho Penal del Enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir combate peligros, y, por ello, en él “La pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”.⁴³

La particular y distinta finalidad del Derecho Penal del Enemigo tiene que dar lugar también por fuerza, a una diferencia en sus principios constitutivos y en sus reglas operativas con respecto al Derecho penal del ciudadano. En concreto, en el Derecho Penal del Enemigo se renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho Penal del Ciudadano.

⁴³ El sujeto activo de la conducta se le define por el hecho de que pueda constituir un peligro para el bien jurídico, el Derecho Penal del Enemigo mediante la pena elimina las fuentes de peligro, el Derecho Penal del Ciudadano respeta las Garantías consagradas en la Constitución.

Para hacer frente a los enemigos se recurre en las sociedades modernas a regulaciones de características tales que permitirían identificarlas como típicas de un Derecho Penal del Enemigo. Una manifestación de éste está representada por aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Estos tipos toman como base los datos específicos de abandono permanente del Derecho y de amenaza permanente a los principios básicos de la sociedad.

Un signo especialmente relevante y significativo para la identificación del Derecho Penal del Enemigo, y a la vez profundamente sensible, es la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados. Así se pone en cuestión hasta la presunción de inocencia, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba. Se introducen medidas amplias de intervención de comunicaciones.⁴⁴

3.1.1 TRATADO FILÓSOFICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El Derecho Penal del Enemigo parece tener el aval de una sólida tradición filosófica, la cual es invocada como garantía antecedente de los fundamentos legitimadores actuales del Derecho Penal del Enemigo.

Juan Jacobo Rousseau, en principio parece reconocer como “Enemigos”, negándoles la condición de personas morales o de ciudadanos, por lo menos a

⁴⁴ Véase, artículo 16 Constitucional párrafo duodécimo.

determinados delincuentes, que al atacar el derecho social se convierten en rebeldes y traicionan a la patria y se les puede expulsar del pacto social.

“Todo malhechor”- dice Rousseau-, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra⁴⁵.

En sus fundamentos de Derecho Natural, Fichte formula la siguiente tesis: “Quien lesiona el contrato ciudadano en un punto donde en el contrato se contaba con su prudencia, sea voluntaria o por imprevisión, pierde estrictamente de ese modo, todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y queda completamente privado de derechos”.

También Kant hace afirmaciones que apuntan a considerar a algunos individuos como enemigos. Kant contrapone el estado de naturaleza, al estado de paz entre hombres que viven juntos o entre pueblos o Estados que se relacionan con otros. El estado de naturaleza es un estado de guerra en el cual existe una constante amenaza aun cuando no se hayan declarado las hostilidades.

⁴⁵ Gracia Martín Luis, Op. Cit., pp 12-13
Véase Rousseau, El Contrato social o principios de Derecho político, libro Segundo, cap V, Ed Tecnos, Madrid, reimpresión de 2000, p. 34

Un hombre o un pueblo puede privar de la seguridad necesaria, y con eso esta ocasionando una lesión. Si un vecino no da seguridad a otro, cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa seguridad, y por ello se le puede obligar a entrar en un Estado social-legal. Según Kant, la mera circunstancia de encontrarse un hombre en estado de naturaleza le convierte en enemigo, y ello es suficiente para legitimar la hostilidad contra él aun cuando no haya realizado una lesión de hecho.

Para Hobbes, los enemigos son individuos que se encuentran en el estado de naturaleza, en el cual la característica más importante, expresándola de acuerdo con la terminología moderna sería la falta de seguridad cognitiva.⁴⁶

Para Hobbes, el bien supremo del hombre es su propia existencia, y en el estado de naturaleza no está asegurada, sino en permanente peligro. La idea central de la teoría del Derecho Natural de Hobbes es la de constituir un orden verdadero en la tierra, que al menos, asegure la existencia de todos. Por esta razón, en el estado de naturaleza, faltando un poder superior que limite la libertad de los hombres, todos tienen derecho a todo.

La igualdad natural de todos los hombres y el derecho común de todos a todos, sin embargo, es la causa de que el estado de naturaleza sea uno de guerra de todos contra todos en que todos los hombres se muestran entre sí como enemigos. Por ello, la razón sugiere normas de paz, basándose en las cuales

⁴⁶ Los enemigos no ofrecen ninguna garantía de que respetarán el orden jurídico; su comportamiento no puede ser calculable, conforme a las expectativas de la sociedad.

los hombres pueden llegar a un acuerdo, es decir, a la constitución de la sociedad y del Estado.

Para Hobbes, el Estado y su Derecho, cumplen su cometido esencial si son capaces de crear un orden que garantice la existencia de los ciudadanos. El Estado cumple su función de protección, en primer término, mediante la promulgación de leyes civiles. El fin de las leyes civiles es limitar la libertad natural de los hombres para evitar que se hagan daño unos a otros, y para fomentar, por el contrario que se ayuden mutuamente y se unan contra los enemigos comunes, pues sólo de ese modo es posible la paz.

Los ciudadanos deben sentirse vinculados a ese deber de obediencia, aun cuando eventualmente puedan transgredir aquellas leyes civiles por causas que se encuentran ancladas en la propia naturaleza del hombre.

Las leyes civiles, y los castigos que ellas llevan anexos para el caso de trasgresión, sólo son aplicables a los ciudadanos. Hobbes distingue entre dos órdenes legales, que serían, respectivamente, el de las leyes civiles o del Estado y el de las leyes naturales. Hobbes entiende que, en principio, solamente son delito los hechos definidos como tales por la ley civil, que los castigos que ésta lleva anexos sólo se aplican a los ciudadanos, y que el delincuente, conserva su rol de ciudadano, esto es, queda dentro del Derecho aún a pesar de que haya transgredido la ley civil y de que haya sido castigado conforme a ésta.

Hobbes dice textualmente que “los castigos que están estipulados en la ley sólo son aplicables a los súbditos, no a los enemigos”. Hobbes tiene por enemigos a quienes mediante su renuncia al pacto general de obediencia revelan no estar dispuestos a observar las leyes de la naturaleza y, en la medida en que dicho pacto se deriva la obligación de observar todas y cada una de las leyes civiles.

Los Enemigos cometen crímenes contra el soberano, consistentes en dichos o hechos por los que un ciudadano o súbdito declara no tener ya la voluntad de obedecer al hombre o a la asamblea que ostenta el poder supremo del Estado, o bien realiza actos de hostilidad contra la actual organización del Estado.

Aquél que tiene garantías suficientes de que los demás observarán las leyes naturales para con él, y, no obstante, no está dispuesto a observarlas para con ellos, estará de hecho buscando la guerra, y no la paz y, consecuentemente, estará buscando la destrucción de su naturaleza por la violencia.

De lo anterior resulta, que el daño que produzca el Estado a un Enemigo, no puede ser calificado de castigo, sino más bien como actos legales de hostilidad por medio de los cuales el Estado puede imponer legalmente al enemigo todo el daño que le parezca oportuno, y esto porque al negar su sujeción a la ley, un individuo niega también el castigo que legalmente ha sido determinado, y, por lo tanto, sufrirá las consecuencias que se derivan de ser un Enemigo del Estado, es decir que estará a merced de la voluntad del representante.

En Hobbes encontramos ya la mayor parte de las reglas concretas que deben configurar al Derecho Penal del Enemigo y que, desarrolladas actualmente por los defensores de tal Derecho de excepción, parecen encontrar una plasmación positiva en determinadas regulaciones legales de nuestro tiempo.

Hobbes contabiliza entre los crímenes que caen en el ámbito del derecho de guerra contra los enemigos a hechos que suponen un claro adelantamiento de la punibilidad al estadio previo, es decir, hechos que sólo tienen el carácter de actos preparatorios.

Hobbes menciona no sólo a los actos contrarios a la ley fundamental, sino también a los consistentes en “hacer planes”, y a actos que muestran claramente los caracteres típicos de la provocación para la efectiva desobediencia al soberano.⁴⁷

En el caso de los enemigos está justificado el daño desproporcionado, ya que el mismo no es infligido por vía de castigo, sino por derecho de guerra. El castigo de ciudadanos inocentes es contrario a la ley de la naturaleza, pero no, lo es en el caso del enemigo.

⁴⁷ En la actualidad, se puede observar en el artículo 2 de la Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada.

Hobbes no menciona referencia alguna a la disminución de garantías procesales para los enemigos, pero ello tiene que ser una consecuencia necesaria si tenemos en cuenta que ésta es tal vez la característica más pronunciada del Derecho Penal del Enemigo en las concepciones actuales. Ello parece ser una consecuencia necesaria, pues el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una pena, sino la venganza, y sería discutible que para una venganza en estado de guerra fueran necesarias garantías.

El recorrido por la historia de las ideas políticas demuestra que se dispone de un aval histórico-filosófico como garantía de la existencia de un Derecho Penal dirigido contra aquellos que se encuentran fuera de la sociedad.

La idea de que en el caso de determinados delincuentes se trata en realidad como enemigos de la sociedad, perdura en el último tercio del siglo XIX y primero del XX.⁴⁸

3.2 GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Günther Jakobs describe el Derecho Penal del enemigo como aquella parte del ordenamiento jurídico- penal, en el que la pena no significa un reproche hacia la conducta de una persona, sino que actúa como un mecanismo de aseguramiento frente autores peligrosos. Mediante el Derecho Penal del Enemigo, el Estado no habla con sus habitantes, sino amenaza a sus

⁴⁸ Gracia Martín Luis, Op. Cit., pp.13-19.

Véase Hobbes, El Leviatán, capítulo XI pp. 79-85 Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

enemigos, el fundamento de esta clase de regulación se encontraría en la seguridad de las instituciones normativas para no convertirse en meros postulados teóricos.

Dicha seguridad en última instancia, debe ser garantizada por el Estado al gozar los ciudadanos de un derecho a la misma, el Derecho Penal ha ido avanzando en la atención de la opinión pública de lo que puede llamarse “Occidente” de un puesto más o menos oscuro en las entrañas del sistema jurídico, siempre algo alejado del debate público, a una posición de vanguardia en toda discusión de la actualidad jurídica, no hay problema social que no parezca requerir la intervención inmediata de las normas jurídico-penales para combatir conductas desviadas.⁴⁹

Existe una ruptura de la imagen unitaria del ciudadano: el sujeto que como persona en Derecho, podía aparecer bien como posible autor de una infracción criminal, bien como víctima de ésta, ahora se produce una dicotomización, por un lado los ciudadanos, los sujetos pasivos, por otro los delincuentes persistentes, definidos como los Enemigos.

Frente a este análisis se puede decir que no hay nada nuevo, sin embargo la contradicción interna entre el postulado de la ciudadanía (penal) global de todos los seres humanos y su efectiva categorización como extraños, ajenos a los valores básicos compartidos, nunca ha sido tan clara, de la exclusión fáctica se pasa a la exclusión normativa.

⁴⁹ Cancio Meliá Manuel- Gómez Jara Díez Carlos, Derecho Penal del Enemigo Volumen 1, Buenos Aires Argentina, Euros Editores S.R.L 2006 PP. XVII

Manuel A. Abanto Vázquez señala que Jakobs no empleaba una posición tan radical, aunque el contenido de esa idea ya estaba presente en su manual y en contribuciones anteriores a la hora de tratar los delitos de peligro y otros de punibilidad adelantada. En sus primeras menciones al enemigo afirmaba que un Derecho Penal del Enemigo debería tener legitimidad en un Derecho Penal de emergencia que rige excepcionalmente, y que ello sería más bien, signo de una falta de fortaleza del Estado de libertades.

El término Derecho Penal del Enemigo era usado para criticar a la doctrina tradicional, basada en la cual, mediante algunas figuras dogmáticas tratarían al ciudadano como un enemigo, Jakobs criticaba la teoría de los bienes jurídicos por tratar supuestamente al autor como enemigo del bien jurídico, como fuente de peligro.⁵⁰

En la situación actual y en la globalización se exige a la ciencia penal una mayor efectividad en la protección de bienes, una sociedad que esta consciente de los riesgos no tendría otra alternativa que construir un Derecho Penal cuyas reglas sean distintas a las del Derecho Penal del ciudadano, dirigidas a las “no personas” o sea a aquellas que se hayan apartadas del Derecho.

⁵⁰ Abanto Vázquez Manuel, El llamado Derecho Penal Del Enemigo, en Cancio Meliá- Gómez Jara Díez, Op. Cit., vol 1, pp. 1-3

La persona se juzga en virtud de lo que es o de lo que se cree que es; se le juzga sobre la base de su peligrosidad, que se estima además que le es inherente, más que por aquello que efectivamente ha cometido, ello puede causar además la paradoja de que, por ejemplo, “ el homicidio de una persona le interesaría al Derecho Penal, sobre todo, como un hecho de inseguridad social y de peligro, y no como la desaparición de una vida que es necesario preservar.”

A partir de la relevancia absoluta de la amenaza como criterio central para la intervención penal, se desestructura incluso la relación entre los ciudadanos: existe el riesgo de imponerse socialmente una lógica de la enemistad. El ciudadano es concebido más como un menor de edad para el Estado, ya que no puede diferenciar lo que es bueno o malo; de esa diferenciación lo desea preservar el Estado mediante la amenaza de castigo frente a otros “los enemigos”. El “otro” es siempre un enemigo potencial, así no el ciudadano que es libre y capaz de respetar el orden jurídico, es a la peligrosidad de la persona a la que entonces, y más allá de toda discusión abierta, lleva a la limitación de las instituciones jurídicas.

Se trata desde un punto de vista general de la consolidación paulatina del paradigma de la prevención como dominante en el Derecho Penal. Del castigo como represión nace la reacción diferenciada como prevención: de la represión del injusto a la prevención del peligro.

Se contraponen al Derecho Penal del Enemigo un Derecho Penal del Ciudadano, el ciudadano es portador de una esfera de derechos que se ve amenazada, de manera general, por un Derecho Penal del Enemigo: el problema de la anticipación, la desestructuración de la lógica dogmática de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo penal, es apenas un ejemplo de la actuación de este modelo de Derecho Penal.

La realización del principio de libertad se coloca en el centro de la tensión entre un Derecho Penal del Enemigo y un Derecho Penal del Ciudadano. Este modelo de Derecho Penal, considera de manera general al ciudadano como un sujeto de derechos con una órbita privada que no puede ser invadida. El delincuente juzgado dentro del contrato social: es aquel juzgado en el marco general de los derechos y garantías establecidas para su juzgamiento, tanto a nivel constitucional como con los instrumentos internacionales.

Anteriormente se concebía al criminal como un quebrantador de normas, como el extraño, la tradición moderna con fundamentos en los Derechos Humanos y del Derecho Penal y Procesal permite ver al criminal como partícipe del contrato social.⁵¹

⁵¹ Aponte Alejandro, Derecho Penal del Enemigo vs. Derecho Penal del Ciudadano, en Cancio Meliá-Gómez Jara Díez, Op. Cit., vol 1, pp. 169-172

En el Derecho Penal del Enemigo existe un modelo político-criminal que antepone la seguridad de la colectividad a las garantías. Es necesario preguntarse acerca de su legitimidad y compatibilidad con el Derecho Penal del hecho, propio del Estado de Derecho, la lógica consecuencia de este planteamiento será argumentar si el derecho a la seguridad es realmente tal, o si la seguridad es sólo un aspecto dependiente de la garantía de los derechos de las personas frente al Estado y frente a terceros.

Es necesario aclarar si una intervención más incisiva del Derecho Penal realmente aporta seguridad o inseguridad. Si concedemos a la seguridad un estatuto autónomo, posiblemente pisemos terreno firme para defender la idea de que un recrudecimiento del Derecho Penal es legítimo en la medida en que ello sea necesario para proteger el derecho a la seguridad de los que no delinquen. Si por el contrario, entendemos que de lo que se trata realmente es de proteger bienes jurídicos, bajo la consideración de que cualquier ciudadano puede en un momento dado delinquir, la idea de la seguridad no puede ponerse al servicio de una merma de garantías en ningún caso, porque lo que se está introduciendo es inseguridad.

La idea de la “seguridad” que justifica el recrudecimiento punitivo es en parte real y en parte simbólica, en parte objetiva, en parte subjetiva, difícil de delimitar. La “inseguridad” que puede conllevar se transforma en inseguridad jurídica a través, por ejemplo, de la indeterminación en la tipificación de las conductas, la indefinición de los bienes jurídicos protegidos, el adelantamiento

de la punibilidad mediante los delitos de peligro, o en general, de la relajación de las garantías en busca de la presunta eficacia.

Se trata de un detrimento de la libertad basado en una lógica del Estado preventivo, que utiliza un modo de actuar proactivo frente a los riesgos, y no como sería propio del Estado de Derecho, delimitando reactivamente de acuerdo con determinados principios y garantías.

Dichos principios, en particular el principio de proporcionalidad, se ve desbordado por el pensamiento preventivo de la seguridad, en el que no resulta decisiva la ponderación de bienes jurídicos, sino únicamente la obtención del fin perseguido. Esto desemboca en último término, como puede verse en el ámbito del Derecho Penal de extranjeros, en medidas restrictivas de derechos basadas en programas que no son determinados.

Los mecanismos discriminatorios en la administración de los Derechos Fundamentales a favor de ciudadanos “respetables” y a costa de los excluidos (inmigrantes, marginados etc.), condicionan una reducción de la seguridad jurídica, que alimenta el sentimiento de inseguridad en los ciudadanos.

El Derecho Penal del Enemigo, pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras fuentes de peligro, a quienes hay que neutralizar a cualquier precio, se trata a estas personas como individuos peligrosos a los que el Derecho Penal despersonaliza parcialmente, en el marco de lo necesario para combatir

determinado tipo de delincuencia (como la delincuencia económica, el terrorismo, la delincuencia organizada, la delincuencia sexual), o en general todos los delitos que son considerados graves.

Frente a este Derecho Penal, cabe preguntarse si la correspondiente modernización representa realmente una evolución, o más bien, una lamentable involución. Al preguntarse si el Derecho Penal del Enemigo es legítimo, la respuesta debe ser negativa, porque en el Estado de Derecho se debe respetar la dignidad humana, y al Estado que trata a todos como sus enemigos no se le puede considerar como estado Democrático, ya que en un auténtico Estado Democrático las garantías constitucionales son respetadas por todos los órganos de gobierno.

Una de las principales características principales del Derecho Penal del Enemigo es su adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamental prospectiva, un incremento notable de las penas, y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales.

El principal teórico del concepto de Derecho Penal del Enemigo, Jakobs, lo explica al subrayar que el Derecho Penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el “enemigo”, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se combate por su peligrosidad.

Ningún contexto normativo, es tal por sí mismo, sino sólo es real cuando determina a grandes rasgos a la sociedad, quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona.

La expansión y modernización del Derecho Penal y el Derecho Penal del enemigo deben diferenciarse, en principio, adecuadamente, porque mientras que aquella se centra sobre todo en el ámbito del Derecho Penal Económico, este último afecta principalmente a la criminalidad organizada y al terrorismo.

Sin embargo, tampoco son fenómenos que quepa tratar aisladamente, porque ambos comparten determinadas tendencias de la política criminal contemporánea, por ejemplo la búsqueda de la seguridad. El primer segmento está avalado, con carácter general, por la protección de bienes jurídicos con base constitucional, y el problema reside en trazar los límites de compatibilidad de los delitos que son considerados de gran peligro con el principio de proporcionalidad. El segundo segmento traspasa los límites constitucionales y se elabora un Derecho Penal incompatible con las garantías constitucionales.

El fenómeno de la expansión se inserta claramente en un marco general de restricción, o en la mejor de las situaciones en la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho Penal, y ello debido a una pluralidad de circunstancias que conectan, como se ha dicho, con la naturaleza de los bienes

jurídicos que conectan, como se ha dicho, con la naturaleza de los bienes jurídicos que pretenden ser protegidos.

Esta expansión es consecuencia del nacimiento de un nuevo Derecho Penal, dirigido a proteger nuevos bienes jurídicos que son característicos de la sociedad postindustrial, las exigencias de intervención penal procedentes de una sociedad caracterizada modernamente como sociedad de riesgos, esta sociedad se caracteriza por varias peculiaridades, entre las que destacan el extraordinario incremento de las interconexiones causales, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal se reemplaza por una forma de comportamientos anónima y estandarizada.

El fenómeno de la expansión/modernización del Derecho Penal puede caracterizarse por tres grandes características: la administrativización, la globalización, y la progresiva reconstrucción del paradigma liberal.

La regulación de nuevos ámbitos precisa juicios de valor eminentemente normativos, y por ello se recurre a reglamentar los sectores de riesgos socialmente más significativos; lo cual tiene como consecuencia la utilización de leyes penales en blanco, este fenómeno que puede globalmente denominarse administrativización del Derecho Penal, se caracteriza por la combinación como la introducción de nuevos objetos de protección, la anticipación de las fronteras de la protección penal, y la transición del modelo

de delito de lesión de bienes individuales, al modelo de delito de peligro de bienes supraindividuales.

El concepto de riesgo permitido juega un papel regulador básico en la dogmática penal del Derecho Penal del Enemigo, como figura jurídica que permitiría reputar, conforme a Derecho, acciones que comportan un peligro de lesión para bienes jurídicos, siempre que el nivel de riesgo se mantenga dentro de unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y control necesarios para disminuir justamente el peligro de aparición de resultados lesivos.⁵²

El fenómeno de la expansión del Derecho Penal ha provocado, en algunos países, la aparición del Derecho Penal del Enemigo, como apunta Cancio Meliá, con esta expresión pretende designarse a determinados sectores legislativos que normalmente tienen por objeto la delincuencia organizada, la delincuencia sexual, o el terrorismo, entre otras materias.

El Derecho Penal del Enemigo se caracteriza por tratar al delincuente no como un miembro de la colectividad, sino como un sujeto que ha ido apartándose de la senda del Derecho, hasta convertirse en un enemigo de la sociedad.

⁵² Demetrio Crespo Eduardo, El Derecho Penal del Enemigo, sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho Penal del Enemigo” y la idea de seguridad, en Cancio Meliá- Gómez Jara Díez, Op. Cit., vol 1, pp. 479-502

Frente al “Enemigo”, el Derecho Penal “de la normalidad”, que aquél ha abandonado de forma duradera, se mostraría completamente insuficiente e ineficaz. Para el Derecho Penal del Enemigo, éste debe ser neutralizado, como permanente fuente de peligro para la sociedad, a cualquier costo.

En el marco del Congreso de los penalistas alemanes, celebrado entre el 16 y el 19 de febrero de 1985, en Alemania, Günther Jakobs presentó una ponencia en la que daba a conocer su postura sobre la existencia de un Derecho Penal diferente al común, que es aplicado al ciudadano que respeta el orden jurídico.

En un principio Jakobs considera que el Derecho Penal del Enemigo no tiene cabida en el Derecho Penal de un Estado de libertades, ya que en dicha clase de Estado, sólo cabría referirse, de un modo legítimo, a un “Derecho Penal de Ciudadanos”.⁵³

En el Derecho Penal del Enemigo, la pasa a ser un simple instrumento de corroboración de la legítima expectativa cognitiva que los ciudadanos tienen de que tales enemigos no cometerán delitos en el futuro.

Jakobs destaca que en los últimos años, después de los hechos ocurridos en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, se habría producido una creciente

⁵³ Gómez Martín Víctor, Sobre la Distinción Entre Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo, en la Concepción de G. Jakobs, en Cancio Meliá - Gómez Jara Díez, Op. Cit., vol 1, pp. 1003-1007

incorporación a la Legislación Penal de algunos países occidentales, de lo que él denomina “Legislación penal del enemigo”.⁵⁴

El llamado Derecho Penal del enemigo, llamó la atención de los tratadistas de la teoría del Estado moderno, surge una pregunta de difícil respuesta ¿Que hacer con aquellas personas que no aceptan el contrato social, quedando al margen de las reglas sociales? El Derecho Penal del enemigo nos dice que aquellos que no cumplen con ciertos requisitos que el Estado considera como mínimos no pueden ser tratados como ciudadanos sino como enemigos.

Para poder ser considerado ciudadano por parte del sistema jurídico, el mismo exige el cumplimiento de ciertos deberes o cargas irrenunciables; quien no los cumpla no puede ser considerado como ciudadano, no se trata de definir a todo delincuente como enemigo, sino que hay personas que deben ser excluidas del trato normal que el Estado dispensa a sus ciudadanos, con sus principios y garantías.

La mayoría de los penalistas se han colocado en una posición radicalmente contraria al desarrollo de un Derecho Penal del Enemigo en los términos de Günther Jakobs, se puede percibir una generalizada posición de beligerancia contra las consecuencias que para el Estado Democrático puede acarrear este proyecto del autor alemán.

⁵⁴ Ibidem, pp. 1008-1012

Sin embargo podemos observar como la mayoría de los Estados formulan disposiciones normativas que van diseñadas para ciertos grupos que no observan las conductas establecidas para los ciudadanos.

El enemigo no puede ser castigado con una pena, pero sí se le puede castigar con una medida de seguridad, no debe ser castigado de acuerdo con su culpabilidad, sino de acuerdo con su peligrosidad, las medidas contra el enemigo no miran hacia el pasado, sino hacia el futuro, no es un derecho penal retrospectivo, sino prospectivo, el enemigo no es sujeto de Derecho, pero sí objeto de coacción.

El ciudadano incluso después de delinquir continúa con su estatus de persona; el enemigo pierde ese estatus, porque lo importante para el Derecho Penal del enemigo es su peligrosidad, el Derecho Penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma; el Derecho Penal del Enemigo combate preponderantemente los peligros, el Derecho Penal del Enemigo debe adelantar el ámbito de protección de la norma, anticipando la tutela penal.⁵⁵

Jesús Silva Sánchez, en su obra titulada La expansión del Derecho Penal se coloca en la misma posición respecto a Cancio Meliá, al expresar que lo que caracteriza al enemigo es el abandono duradero del Derecho, y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta.

⁵⁵ Feijoo Sánchez Bernardo, El Derecho Penal del Enemigo y el Estado Democrático de Derecho, en Cancio Meliá - Gómez Jara Díez, Op. Cit., Vol 1, pp. 799-801,

El Derecho Penal del Enemigo, es ante todo el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos.

Este autor, distingue tres velocidades del Derecho Penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho Penal, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción.

El citado autor se pregunta si puede admitirse una “tercera velocidad” del Derecho Penal, en la que el Derecho Penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales.

El mencionado jurista afirma que existe un Derecho Penal de la “tercera velocidad”, ya que lo que caracteriza a este Derecho Penal es la privación de la libertad personal con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho Penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado inevitable.

La “tercera velocidad” del Derecho Penal, guarda según el autor en cita una estrecha relación con el denominado “Derecho Penal del Enemigo”, que se contrapone al de los ciudadanos. Para Silva Sánchez, al igual que para Cancio

Meliá, lo que caracteriza al enemigo es el abandono duradero del Derecho y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta.⁵⁶

El tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalización delictiva y, finalmente la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en este tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad, a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo.

El Derecho del “Enemigo” sería entonces ante todo el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos. Ello aunque tales medidas se mostraran en ocasiones bajo la apariencia formal de penas. Expresado de otro modo, no habría un Derecho Penal, en sentido estricto de “Enemigos”.

El ámbito de los “Enemigos”, caracterizado por la ausencia de la “seguridad cognitiva mínima” de las conductas muestra además en algunos casos una dimensión adicional, complementaria, de negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos del modelo de convivencia.

⁵⁶ Silva Sánchez Jesús María, La Expansión del Derecho Penal, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2006, pp.183-186

Constatada la existencia de un Derecho Penal de tales características, la discusión fundamental versa sobre si es legítimo y su legitimidad se basa en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiaridad y eficacia en un marco de emergencia.⁵⁷

3.3 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y DEL CIUDADANO

Günther Jakobs distingue entre un Derecho Penal del Enemigo, y por otro el supuesto normal en sociedades tranquilas, el Derecho Penal del Ciudadano. Desde su perspectiva, éste último sirve para subrayar el significado de las normas.

En cambio, desde su punto de vista, en el Derecho Penal del Enemigo la persona competente a la que se contradice se ve sustituida por un individuo peligroso, contra el cual hay que proceder en términos de aseguramiento.

El Derecho Penal del Enemigo combate peligros, el Derecho Penal del Ciudadano mantiene la vigencia de la norma. Desde su perspectiva, lo característico del Derecho Penal del Enemigo estaría, entre otras cosas, en el amplio adelantamiento de la punibilidad. Debido a su peligrosidad, los enemigos son combatidos ya en el estadio previo a las lesiones, mientras que en el trato con los ciudadanos se puede aguardar a que el hecho en cuanto suceso externo tenga efectos perturbadores.

⁵⁷ Ibidem, pp. 185-187

Si se intenta clasificar los sistemas jurídico-penales existentes con ayuda de la dicotomía Derecho Penal del Ciudadano/Derecho Penal del Enemigo, rápidamente se advierte que resulta imposible asignar con claridad un ordenamiento a uno u otro grupo. Al menos en el ámbito jurídico europeo no existe un sistema de Derecho Penal orientado exclusivamente hacia un combate efectivo de determinados peligros. Sin embargo tampoco puede encontrarse la imagen ideal de un Derecho Penal del Ciudadano. Ya en el ámbito de los tipos que amenazan la pena de los delitos más cotidianos, la dimensión del marco penal muestra que también se trata de una defensa frente a riesgos mediante la intimidación.

El propio Jakobs califica su división como la descripción de dos tipos ideales que difícilmente podrán encontrarse realizados en estado puro. Que no existan formas “puras” del Derecho Penal del Ciudadano o del Enemigo no es razón para declarar que esta diferenciación es superflua. Para un análisis con intereses de sociología jurídica, es decir, descriptivo, tiene pleno sentido hacer referencia a tipos ideales.

La concepción del tipo ideal desarrollada por Max Weber indica su utilidad para un procedimiento descriptivo: en cuanto más unívoco y con contornos más claros aun cuando sea un tipo ideal, también será útil para clasificar procesos reales.

En este ámbito, un sistema orientado hacia el Derecho Penal del Enemigo se caracteriza por una amplia cobertura de criminalización que persigue el fin de

amenazar conductas potencialmente peligrosas, también cuando se produzca en un momento temporal muy anterior a una acción que lesione bienes individuales o de la colectividad. Un Derecho Penal del Ciudadano, en cambio, se centra en la punición de modalidades de conducta que lesionan bienes o al menos los ponen en concreto peligro.

La dimensión de los marcos penales previstos en un Derecho Penal del Ciudadano, que considera al autor por principio como persona, es moderada. En cambio, en un Derecho Penal del Enemigo, el autor no es reconocido como miembro de la comunidad. De acuerdo con esta imagen del autor, no hay que tener en cuenta que pueda ser integrado en la comunidad después de sufrir la pena. Por ello, ya las amenazas de pena de la ley pueden claramente ser más intensas.

Un sistema que haya que asignar al tipo “Derecho Penal del Enemigo” mide las consecuencias jurídicas con base en la dimensión de la peligrosidad del autor. No existen límites absolutos para la extensión de las penas, en caso de que se haya constatado la peligrosidad lo único decisivo es un aseguramiento efectivo. En cambio, los parámetros propios del Derecho Penal del Ciudadano exigen una medición de la pena con base en el principio del Derecho Penal del hecho. La medida de la pena se determina de acuerdo con el injusto realizado y la culpabilidad del autor.

En el Derecho Penal del Enemigo cabe la defensa frente a riesgos sin límite alguno, es decir, cuando existe el correspondiente pronóstico, también han de preverse las medidas preventivas sin condena jurídico-penal (así, por ejemplo, la detención preventiva de las personas). En cambio, en un Derecho Penal del Ciudadano, la imposición de consecuencias jurídicas limitadoras de la libertad queda vinculada a una previa constatación judicial de culpabilidad.

Un sistema de Derecho Penal del Enemigo trata a los autores como objeto del proceso. La participación activa sólo se prevé cuando ésta puede contribuir al fin de averiguar si el autor es un enemigo. En un Derecho Penal del Ciudadano, los imputados y acusados, ostentan el estatus de un sujeto del proceso, y tienen derechos procesales. Estos derechos existen también en el caso de que no sirvan a la averiguación óptima de la verdad, sino que su ejercicio puede conducir a dificultar la averiguación de los hechos (así, por ejemplo, la prohibición de valorar la prueba cuando la declaración de familiares tiene lugar sin que hayan sido instruidos acerca de su derecho a guardar silencio).

Es posible mostrar evoluciones político-criminales que pueden ser interpretadas como un cambio de orientación del sistema jurídico-penal hacia el tipo “Derecho Penal del Enemigo”.

En cambio, en parte la actual evolución político-criminal se aleja en algunos ámbitos del polo opuesto de un Derecho Penal del Ciudadano. No sólo en la legislación, sino también en la jurisprudencia de los tribunales superiores aumentan las tendencias punitivas. La disposición a mostrar comprensión por

el infractor y tener en cuenta de modo correspondiente las circunstancias atenuantes descende.

Las necesidades de aseguramiento de la colectividad se consideran más importantes. La tendencia de la legislación de crear nuevos delitos que penalizan un comportamiento considerado peligroso en el ámbito previo a una lesión de un bien jurídico ha sido descrita en muchas ocasiones en la bibliografía más reciente, por ejemplo las informaciones en los medios de comunicación sobre los intentos de adultos de encontrar niños en los chats de Internet para contactos sexuales motivaron al legislador a introducir nuevos tipos penales.

Ahora incurre en responsabilidad criminal quien influye mediante escritos en un niño con la intención de motivarle a la realización de conductas sexuales. Este tipo muestra una anticipación especialmente amplia de la punibilidad que amenaza de pena una toma de contacto objetivamente de relevancia únicamente por las intenciones perseguidas para un momento posterior.

El Derecho Penal del Enemigo tal y como lo esboza Jakobs, presupone un claro objetivo teleológico- racional: han de combatirse determinados peligros que emanan de determinados sujetos, y deben combatirse efectivamente. Algunas líneas de evolución típicas de la presente época no cuadran con esta

imagen concretamente, aquéllas pertenecen al ámbito de las “normas penales para la protección de sentimientos y tabúes”.⁵⁸

El punto de partida de las propuestas de endurecimiento de las sanciones con frecuencia viene dado por infracciones criminales especialmente terribles, por ejemplo en la mayoría de los casos de homicidios con connotaciones sexuales cometidos sobre víctimas jóvenes acerca de los cuales se informa la prensa. Con carácter general cabe percibir la tendencia de que el legislador penal aborda sobre todo temas en los cuales una dura respuesta encuentra aprobación en los medios de comunicación y en la población y con ello se aseguran los votos.

Como ejemplo más claro del debilitamiento de actitudes comprensivas frente a determinados grupos de autores de hechos delictivos y del incremento de necesidades de aseguramiento de la colectividad ha de mencionarse la ampliación de la custodia de seguridad (arraigo). Esto significa que el tiempo transcurrido bajo custodia de seguridad no se considera cumplimiento de una pena criminal, sino que sirve exclusivamente para el aseguramiento de la colectividad frente a personas peligrosas.

Ya la mera existencia de la institución de custodia de seguridad, que es una medida cuya fundamentación es exclusivamente preventiva, significa una irrupción de un pensamiento propio del Derecho Penal del Enemigo en un sistema de Derecho Penal del Ciudadano.

⁵⁸ Véase Tatjana Hörnle, Dimensiones Descriptivas y Normativas del Concepto Derecho Penal del Enemigo, en Cancio Meliá Manuel- Gómez Jara Díez Carlos, Derecho Penal del Enemigo volumen 2, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, pp. 51-66

El enemigo es un individuo que en una medida no sólo casual, es decir, en todo caso de modo presumiblemente duradero, se ha apartado del Derecho, en su actitud (delitos sexuales), en su vida económica (criminalidad económica), o, sobre todo, mediante su integración en una organización (terrorismo, criminalidad organizada). Después que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona.

En el caso normal del delito, la pena es una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente: la pena es contradicción, esto resulta evidente- e inflige dolor, y este dolor se mide de tal modo que la cimentación cognitiva de la norma quebrantada no sufra por el hecho cometido. Tanto la contradicción como el dolor se preconfiguran en el plano de la dogmática jurídico-penal en el concepto de culpabilidad.

Para la pena adecuada a la culpabilidad, bastará con que el hecho se conciba con carácter general, a causa de la pena, como empresa fracasada; en particular, no se trata de intimidar a otros sujetos que pudieran tender a cometer el hecho; pues esta tendencia, por regla general, no es responsabilidad del autor. Dicho sea de paso que esto se veía de forma distinta en la época de la ilustración: los criminales se concebían como una horda unida, de modo que la punición de cada uno de los individuos debía servir para intimidar a la horda en su conjunto.

La transposición del modelo análogo a la indemnización, no es suficiente en el caso de adversarios de principio, por actitud, y también activos, es decir, entre otros en el caso de los terroristas; pues con completa independencia de la respuesta a la cuestión hasta ahora, casi nunca planteada, de cual es la situación de la culpabilidad al menos de aquel terrorista que haya sido socializado en una cultura hostil a la de aquí, en el caso de todo terrorista como en el caso de cualquier enemigo, también hay que compensar un déficit de seguridad cognitiva.

Suceda esto como sucediere, desde luego no será en un discurso libre, sino cambiando al propio terrorista, o, más bien, sus circunstancias vitales, en orden de alcanzar los objetivos correspondientes a través de coacción y la aplicación de coacción para cambiar la vida de otro es incompatible por definición, en la medida en que se haga uso de la coacción, con su reconocimiento como persona.

Desde el punto de vista práctico, el elemento que estará en primer plano es el aseguramiento frente al autor, bien mediante una custodia de seguridad identificada como tal, bien mediante una pena que garantice su aseguramiento, es decir, una pena privativa de libertad correspondientemente extensa. Esto último, junto con la pura intimidación, es una de las razones de las elevadas penas que se prevén para la fundación de una asociación terrorista; estas penas no son susceptibles de ser explicadas en función de aquello que ya ha tenido lugar (se ha afectado la seguridad pública, pero no se ha iniciado hasta el momento lesión alguna), sino sólo a través del peligro existente.

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 de Estado de Derecho, pero también para ocultar la diferencia frente al Derecho Penal del Ciudadano.

El Derecho Penal del Ciudadano, garantía del ordenamiento jurídico, se transmuta en riesgos frente a terceros. La situación procesal se corresponde con lo anterior, el imputado por un lado, en el caso básico de un proceso penal conforme a las exigencias del Estado de Derecho, es “sujeto procesal”, persona que participa; es esto precisamente lo que distingue al proceso reformado del proceso inquisitorio.⁵⁹

Por otra parte, frente a ese lado personal, de sujeto procesal, aparece en múltiples formas la nuda coacción, sobre todo en la prisión preventiva; al igual que la custodia de seguridad, ésta tampoco reconoce al imputado como persona, sino que frente a él se agota en una coacción física. Y no porque el imputado deba asistir al proceso, sino porque es obligado a ello mediante su encarcelamiento. Esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho (ésta no oculta pruebas ni huye), sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el curso ordenado del proceso.

⁵⁹ El proceso inquisitorial es característico de los regímenes absolutistas anteriores a la revolución francesa. El juez ejerce el poder que le ha sido transmitido por el monarca sin limitación alguna. Véase Gómez Lara Cipriano, *Teoría General del Proceso*, novena edición, México, Oxford, 1995, pp.53

En el Derecho Penal del Enemigo la pena no es una respuesta al pasado, al hecho cometido por el delincuente, sino un mecanismo de aseguramiento frente a hechos futuros, y el hecho tipificado no es el fundamento del castigo, sino la “ocasión” para neutralizar a un sujeto peligroso. Por esta razón, el Derecho Penal del Enemigo recurre al adelantamiento de la punibilidad, a penas muy elevadas y a la reducción o incluso eliminación de determinadas garantías procesales.

Tras los tipos penales del Derecho Penal del Enemigo, esto es, los tipos relacionados con la delincuencia en materia sexual, de drogas, delincuencia económica y la criminalidad organizada, está presente una ideología de la seguridad que conduce a un aumento progresivo de la demanda social de seguridad. Por una parte, este discurso de la seguridad se debe a la aparición de nuevos riesgos y al conocimiento de los riesgos ya existentes, los cuales provienen tanto de actividades peligrosas como de sujetos peligrosos, dispuestos a delinquir (dimensión objetiva), pero por otra parte, el discurso de la seguridad también se nutre de un aumento de la sensibilidad frente al riesgo, y de una cierta percepción exagerada de este último por parte de los ciudadanos (dimensión subjetiva).

En este contexto, la sociedad se ve a sí misma como víctima potencial, no como autor potencial de delitos, así que exige cada vez más seguridad y eficacia del Derecho Penal, sin tener en cuenta consideraciones de proporcionalidad. Así pues, el discurso de la seguridad propone resolver la

ponderación entre libertad y seguridad a favor de esta última y propugna la progresiva conversión de lo imprevisible e incontrolable en “riesgo”.

Al Derecho Penal se le pide que intervenga antes de que se produzca la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos individuales. El Derecho Penal del Enemigo responde a las demandas de seguridad y tipifica comportamientos que están más allá del peligro real para bienes jurídicos.⁶⁰

3.4 EROSIÓN DE GARANTÍAS INDIVIDUALES

Los atentados a las Torres Gemelas y al pentágono del 11 de septiembre de 2001 han supuesto un momento de importancia notable en la historia mundial, y, obviamente, en la historia estadounidense. El episodio de la zona cero se ha distinguido, en primer lugar, por el carácter fuertemente simbólico de los objetivos inmediatamente afectados.

La acción de los terroristas se ha dirigido de hecho contra dos de los lugares más representativos del sistema sobre el que se funda la vida socio-institucional de la potencia americana: la economía capitalista, por un lado, en su profunda vinculación con lógicas y sistemas de explotación de tipo neocolonialista, en el plano internacional, y el aparato militar de inteligencia, cuya infalibilidad nunca había sido cuestionada.

⁶⁰ Jakobs Günther, Pastor Muñoz Nuria, Derecho Penal del Enemigo y Reflexiones Sobre el Fenómeno de la Criminalización, en Cancio Meliá Manuel- Gómez Jara Díez Carlos, Op. Cit., vol 2, pp. 111-530

Los atentados de la zona cero han demostrado a toda la opinión pública mundial, a través del recurso del uso simbólico de la violencia, el grado de vulnerabilidad del sistema estadounidense, con consecuencias que han interesado además tanto al mundo occidental como al oriental.

Es conocida la reacción bélica a este acto de terrorismo, y que ha representado la principal, si no la única respuesta ofrecida en el plano internacional, por la administración de Bush a dichos atentados.

Lo que se ha mantenido en silencio ha sido la reacción de carácter autoritario-represivo que los eventos del 11 de septiembre han precipitado en el ordenamiento estadounidense, en primer lugar, pero también, bajo algunos aspectos, también en el ordenamiento europeo.

La nueva forma de terrorismo que se discute de matriz islámica, pero de características y extensión internacionales, ha revelado, en otros términos la vulnerabilidad de los sistemas político-institucionales occidentales bajo el aspecto de su propia caracterización.

La necesidad de llevar a cabo una respuesta eficaz, de carácter preventivo y, al mismo tiempo, represivo, frente al nuevo fenómeno del terrorismo internacional, ha inducido de hecho a gran parte de los ordenamientos occidentales, a atenuar los estándares de garantías tradicionalmente asegurados a los ciudadanos, y a sus libertades individuales frente a injerencias indebidas de los

poderes públicos en la esfera privada, en nombre de instancias de defensa social y de la exigencia de hipereficiencia de la lucha contra la criminalidad.

En medio de esta creciente necesidad de seguridad frente a peligros reales, se ha atribuido sin duda un papel central al Derecho Penal, motivado también por la incapacidad de los legisladores nacionales para recurrir, en lo posible, a políticas sociales de control social de diferente signo.

Esta sobrecarga de lo penal con respecto a otras ramas del ordenamiento, si bien por un lado induce a confiar en este instrumento, expectativas, destinadas al fracaso aunque sólo sea porque las grandes resoluciones son siempre el fruto de intervenciones coordinadas en el sistema en su conjunto, nunca de un solo sector, por el otro determina cambios tal vez irreversibles en la estructura de las finalidades y en los principios paradigmáticos del propio Derecho Penal.

Un análisis breve de los ordenamientos estadounidenses, con referencia a la legislación en materia de terrorismo internacional adoptada después del 11 de septiembre, ayudará a esclarecer los términos del problema, desde el momento en que las modificaciones legislativas realizadas responden a modelos axiológicos de signo distinto, así como a dos concepciones de la función y de los límites del Derecho Penal notablemente diferentes.

Dos semanas después del atentado en la zona cero, el senado estadounidense aprobó, con un solo voto en contra, La ley Patriota del 26 de octubre de 2001; la ley lejos de realizar un ponderado balance del conflicto, aparece ordenada a

conseguir unívocamente la seguridad nacional, a costa de una sensible reducción de libertad y de las garantías constitucionales, tradicionalmente reconocidos a los ciudadanos americanos, y a los residentes legales en los Estados Unidos, aunque no puedan obtener la ciudadanía.

En particular, dicha ley amplía la posibilidad, para las fuerzas de policía, de proceder a interceptar llamadas telefónicas, a registros en el interior de las habitaciones privadas u oficinas en ausencia de notificación a su propietario, a la incautación en bibliotecas, bancos, escuelas, etc.

Los aspectos de emergencia de la regulación de la Ley Patriota se muestran en toda su excepcionalidad y peligrosidad para el Estado de Derecho, ya desde el aspecto, meramente formal, del procedimiento seguido para su aprobación.

El borrador de la Ley Patriota fue presentado por el gobierno al congreso el 25 de septiembre, tras el requerimiento expreso de que la aprobación tuviera lugar antes de que finalizara la semana siguiente. Frente a las observaciones críticas sobre la posible constitucionalidad que fueron puestas de manifiesto por la comisión de justicia del senado y en el mismo día (10 de octubre de 2001) en el que la comisión de justicia de la cámara había transmitido al senado un proyecto alternativo, se solicitó la aprobación inmediata del texto legal, aduciendo la necesidad de hacer frente a ataques terroristas.

La regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, constituye notoriamente un sector delicado bajo el aspecto axiológico, en la medida en que la ponderación, que está en la base, entre la eficacia de la actividad de los órganos instructores, dirigida a la identificación de los responsables y a la represión del crimen, por un lado, y la tutela de los ciudadanos frente a injerencias externas en la esfera más íntima de la vida individual, por el otro, representa un nudo crucial del conflicto libertad contra seguridad.

Las Leyes Patriotas estadounidenses dictan una regulación fuertemente restrictiva de las libertades y de las garantías de la esfera individual y de la privacidad del ciudadano y que, en su orientación unívoca a la eficiencia de la acción represiva y, por tanto, en su exclusiva tendencia a la consecución de la seguridad.

Estos cambios legislativos, introducidos después del evento ocurrido el 11 de septiembre de 2001, determinan de manera evidente una sensible restricción de las libertades individuales y, en particular del derecho a la privacidad, no sólo de los extranjeros, sino de los mismos ciudadanos estadounidenses, en nombre de la seguridad colectiva.

La tendencia del legislador estadounidense a resolver el conflicto entre libertad y seguridad a la luz de la preeminencia del segundo valor sobre el primero, hasta el punto de negar la tutela de los derechos más elementales del hombre, reconocidos de manera unánime por la comunidad internacional, se pone de

manifiesto en mayor medida, en relación con el trato de los extranjeros sospechosos de pertenecer a organizaciones terroristas.

En esta perspectiva el Derecho Penal reniega de sus postulados garantistas y objetivistas de origen ilustrado-liberal, como los principios de materialidad, culpabilidad, lesividad y legalidad estricta, en nombre de una concepción inequívocamente socialdefensiva de la pena.

El doble régimen instaurado por la Ley Patriota estadounidense determina una violación del principio de igualdad, la duplicidad de regulaciones, en relación con la nacionalidad del sujeto sometido a las mismas, determina la existencia de un doble estándar, es decir, de un criterio diferente, con arreglo a la ponderación entre exigencias de prevención y represión de los crímenes con finalidad terrorista, en el nombre de una mayor efectividad de la acción penal marcada por unos amplificadores de seguridad.

La sección 412 de la Ley Patriota autoriza a detener a cada extranjero respecto del cual se tengan motivos razonables para considerarlo involucrado en actividades terroristas, o en cualquier caso, en una actividad que ponga en peligro la seguridad de los Estados Unidos, sin tener que imputarle ningún delito por un máximo de siete días, transcurridos los cuales, sobre la base de la sola imputación, se lleva a cabo el procedimiento para su expulsión del territorio estadounidense.

Incluso cuando no existan los presupuestos para la expulsión, el gobierno está legitimado en cualquier caso para mantener al extranjero en estado de detención, por su supuesta peligrosidad, por períodos máximos de seis meses, al término de cada uno de los cuales, el mismo gobierno procederá a una nueva certificación.⁶¹

3.5 LOS INDESEADOS COMO ENEMIGOS

Buena parte de la discusión jurídico-penal de la última década ha tenido como punto de partida dos distinciones esenciales, cuyo planteamiento se debe a la obra de Jakobs. La primera de contenido político criminal, es la que distingue entre un Derecho Penal de ciudadanos y un Derecho Penal de enemigos. La segunda de contenido iusfilosòfico y, luego, dogmático, es la que distingue entre personas y no personas para el Derecho Penal.

Una y otra distinción no se superponen por el contrario, en teoría sería posible su combinación, dando lugar a un Derecho Penal de Ciudadanos para personas y un Derecho Penal de Ciudadanos para no personas.

La clasificación anterior puede producir confusión, así podría parecer inconcebible la existencia de un “Derecho de ciudadanos para no personas” y de un “Derecho de enemigos para personas”.

⁶¹ Manna Adelmo, Erosión de Las Garantías Individuales en nombre de la Eficacia de la Acción de Lucha contra el Terrorismo, en Cancio Meliá- Gómez Jara Díez, Op. Cit., Vol 2, pp. 257-272

Así las cosas, el primero de los sujetos sería no-persona a efectos de la no imputación de responsabilidad. El segundo, en cambio, sería no-persona a los efectos de la inaplicación de ciertos principios tuitivos, en particular, algunas garantías político-criminales materiales y procesales.

Con todo, lo más importante es que, en realidad, ninguna de las supuestas “no-personas” antes mencionadas es considerada, realmente, en términos absolutos, “no-persona” para el Derecho. Ello vale, desde luego, para el caso del inimputable. Como se ha dicho, el inimputable es reputado no-persona en el sentido de que no se le construye como destinatario de obligaciones jurídicas. Pero se le considera, obviamente, persona, en el sentido de que las reacciones fácticas (cognitivas) a las que es sometido se enmarcan con claridad en las garantías del Estado de Derecho.

Existe un Derecho Penal de Ciudadanos para no personas. Este sería el Derecho de las medidas de seguridad para inimputables que, con variantes en unos u otros ordenamientos, no puede afirmarse que deje de ser derecho de ciudadanos. Por lo demás, al inimputable se le considera persona en el sentido de que se le aplican, de modo absoluto, las normas jurídicas que protegen a las personas.

En cuanto al caso del imputable peligroso, que se califique como “enemigo”, lo que por cierto resulta, como mínimo, un exceso verbal, en absoluto implica que se le niegue el status de persona. Es verdad que en algunas se ha referido al “enemigo” como “no-persona”. Pero más allá de las palabras, ni su concepción

ni ninguna otra concepción teórica contemporánea de algo así como un Derecho Penal de los enemigos trata al delincuente, sea de la clase que sea, como una absoluta no-persona. En el trato con él no se prescinde, ni mucho menos, de todas las garantías del Estado de Derecho. No se le trata como a un animal peligroso. Y ello tampoco sucede en ninguna regulación legal que supuestamente responda a tal modelo. Más allá del nominalismo, en estos casos se produce sólo un adelantamiento de la intervención, la no reducción de pena en términos correspondientes y la limitación de garantías procesales.

Es decir se trata de una cierta reducción mayor o menor del status civitatis, pero no de una exclusión del status personae. Por lo demás, al supuesto enemigo (imputable peligroso) le alcanza también de modo pleno la protección que el Derecho dispensa a las personas frente a otros terceros. La enemistad no es, pues “absoluta”.

Las supuestas “no-personas” en las que se ha centrado la discusión en los últimos años, y en particular las “no-personas-enemigos”, son tratadas, en términos generales, como personas. Al menos en dos sentidos: en el sentido de que no se les excluye de modo absoluto, ni mucho menos de las garantías del Estado de Derecho; y en el sentido de que les alcanza de modo pleno, pese a su supuesto carácter de no-personas, la protección que el Derecho dispensa a las personas.

Se viene considerando excluidos a aquellos sujetos que, por su propia situación desventajosa en el seno de una sociedad, no reciben los beneficios

del crecimiento y el progreso económico de ésta. La noción de exclusión nació, de hecho, asociada a la marginalidad y la pobreza. Por ello, caben formas de exclusión que no implican la consideración del excluido como enemigo, ni como “no persona”; aunque ciertamente reducen drásticamente, en su caso, la materialidad de la condición de ciudadano o de persona.⁶²

3.5.1 LEYES DE NÜREMBERG

Como ejemplo del Derecho Penal del Enemigo, a continuación se citarán algunas leyes que son claramente dirigidas a un sector o nacionalidad específica.

3.5.1.1 LEYES DE NÜREMBERG COMO EJEMPLO DE LEYES EXCEPCIONALES CONTRA EL ENEMIGO

En la primera mitad del siglo XX, los totalitarismos nazi y bolchevique usaron el Derecho Penal para justificar, con dudosa “legalidad”, la eliminación física de centenares de miles de sus “enemigos”. Los judíos y los no arios eran en general, enemigos del nazismo. Los burgueses y los contrarrevolucionarios eran los enemigos de Lenin y de Stalin.

La Ley Para La Protección de la sangre alemana y del honor alemán, es claro ejemplo de una ley dirigida contra las no personas no-ciudadanos, ya que para el parlamento alemán de 1935, los judíos no ofrecen ninguna seguridad cognitiva, y atentan contra la pureza de la sangre alemana.

⁶² Silva Sánchez Jesús María, Los Indeseados Como Enemigos, en Cancio Meliá- Gómez Jara Díez, Op. Cit., Vol 2 pp. 985-989

En la primera sección de la Ley Para La Protección de la sangre alemana, se establecía que los matrimonios entre judíos y ciudadanos de sangre alemana o afín quedaban estrictamente prohibidos. Los matrimonios efectuados en contravención a esta ley serían nulos.

En la segunda sección se prohibía el contacto físico entre judíos y nacionales de sangre alemana o afín.

En la tercera sección, se prohibía a los empleadores judíos emplear mujeres de sangre alemana como sirvientes domésticos, o emplearlos en cualquier otro trabajo que pudiera denigrar el honor de los alemanes.

En la cuarta sección se prohibía expresamente a los judíos desplegar banderas del Reich y utilizar los colores nacionales.⁶³

3.5.1.2 LEY DE CIUDADANÍA DEL REICH

Artículo 1

Sujeto del Estado es una persona que pertenece a la unión protectora del Reich Alemán y que por lo tanto tiene obligaciones particulares hacia el Reich. El status de sujeto se adquiere en acuerdo con las estipulaciones de la Ley de Ciudadanía del Reich y el Estado.

⁶³ http://es.geoCit.ies.com/las_leyes_de_nuremberg.htm, pp. 1-3

Artículo 2

Ciudadano del Reich es aquel sujeto que sólo es de sangre alemana o afín y que, a través de su conducta, ha demostrado que está deseoso y apto para servir lealmente al pueblo alemán y al Reich.

Sólo el ciudadano del Reich goza de completos derechos políticos de acuerdo a la disposición de las leyes.

Artículo 3

El Ministro interior del Reich, conjuntamente con el Diputado delegado del Führer, promulgará los decretos administrativos y legales necesarios para llevar a cabo y suplementar esta ley.⁶⁴

3.5.1.3 LEY DE CIUDADANÍA DEL REICH: PRIMERA REGULACIÓN

Sobre la base del artículo III de la Ley de Ciudadanía del Reich del 15 de Septiembre de 1935, lo siguiente es decretado.

Artículo 1

Hasta que las regulaciones subsiguientes sean promulgadas con relación a los documentos de ciudadanía, aquellos que poseían el derecho a votar en las elecciones al parlamento en el momento en que la Ley de Ciudadanía entró en vigor, poseerán los derechos de ciudadanos del Reich. Lo mismo ocurre para

⁶⁴ Ibidem, pp. 3-4

aquellos a los cuales el Ministro del interior del Reich, en asociación con el diputado delegado del Führer, les ha dado ciudadanía preliminar.

Artículo 2

Las regulaciones en el artículo 1 son también válidas para los sujetos del Reich de sangre judía mezclada.

Un individuo de sangre judía mezclada es aquel que descende de uno o dos abuelos que eran racialmente judíos completos, a menos que él o ella no se cuente como judío de acuerdo al Artículo 4, Párrafo 2. Un abuelo será considerado judío si él o ella pertenece a la comunidad religiosa judía.

Artículo 3

Sólo los ciudadanos del Reich, como portadores de derechos políticos completos, ejercen el derecho de votar en asuntos políticos o tener puestos públicos. El Ministro del Interior del Reich, o cualquier agencia delegada, podrán hacer excepciones durante el período de transición con relación a la ocupación de puestos públicos. Los asuntos de las organizaciones religiosas no serán afectados.

Artículo 4

Un judío no puede ser ciudadano del Reich. No tiene derecho a votar en asuntos políticos y no puede ocupar puestos públicos.

Artículo 5

Judío es el que desciende de al menos tres abuelos que son racialmente judíos completos. Judío es también el que desciende de dos padres completamente judíos si: Pertenece a la comunidad religiosa judía al día en que esta ley es promulgada, o se une después a la comunidad.

Artículo 6

Los requerimientos para la pureza de la sangre establecidos en la Ley de Reich, no cubiertos en el artículo 5, no serán afectados.

Cualquier otro requerimiento para la pureza de la sangre, no cubierto en el artículo 5, sólo podrá ser establecido por el Ministro del interior del Reich y el Diputado delegado del Führer.

Si cualquier petición ha sido hecha, queda nula al 1 de enero de 1936, si no han sido solicitadas por el Ministro del Interior del Reich en acuerdo con el diputado delegado del Führer.⁶⁵

Artículo 7

El Führer y Canciller del Reich podrá eximir a cualquiera de las regulaciones de estos decretos administrativos.

Berlín, 14 de noviembre de 1935.

El Führer y Canciller del Reich, Adolf Hitler.

El Ministro del Interior del Reich, Frick.

El Diputado del Führer, Rudoph Hess, Ministro sin Cartera.

⁶⁵ Ibidem, pp. 4-5

Antes de la segunda guerra mundial, todo ciudadano alemán debía poseer un documento válidamente emitido conocido como árbol familiar de linaje ario. Este documento era obligatorio para cualquier individuo que deseara unirse a cualquier organización del Partido, la administración pública o cualquier otra oficina gubernamental.

3.5.1.4 DECRETO POLICIAL CONCERNIENTE A LA IDENTIFICACIÓN DE LOS JUDÍOS DEL 1 DE SEPTIEMBRE DE 1941.

Párrafo I

A los judíos de seis años se les prohíbe mostrarse en público sin la estrella judía. La Estrella judía consiste en una estrella de seis puntas de tela amarilla con bordes negros, equivalente en tamaño a la palma de la mano.

Párrafo II

Se prohíbe a los judíos abandonar su área de residencia sin portar sobre su persona el permiso escrito de la policía local.⁶⁶

3.5.2 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DE LA ANTIGUA URRS

La Versión contemporánea del Derecho Penal del Enemigo surge en los Estados Democráticos de Derecho, que en diversos ordenamientos jurídico penales muestran una doble orientación dirigida por un lado a los delincuentes habituales y por el otro una orientación dirigida contra aquellos que se

⁶⁶ Ibidem. p. 6

consideran enemigos públicos, que atentan contra la seguridad interna del Estado.

El Derecho Penal del Enemigo elaborado por la ex Unión Soviética, después de la victoria de los bolcheviques, y que perduró hasta finales del siglo XX, teniendo como punto culminante un proyecto elaborado por una comisión presidida por N.V. Krylenko.

Tras la victoria de la revolución comunista el veinticuatro de noviembre de 1917 y el veintidós de marzo de 1918 se dictaron decretos que mantenían vigente la legislación zarista, en lo que no se oponía a la conciencia socialista revolucionaria del Derecho.⁶⁷

El 30 de noviembre de 1918 fue prohibida la aplicación de la legislación imperial, inaugurándose un período de total arbitrariedad. Los jueces sólo debían orientarse “por la idea del Derecho Socialista”. La realización de este tipo de justicia penal, en gran medida fue delegada a las “Comisiones Extraordinarias”, a las cuales concernía reprimir “la contrarrevolución, la especulación y el sabotaje”.

Este limitado arbitrio sufrió relativas limitaciones con la promulgación de un elenco de principios destinados a servir de criterio en materia penal. Esas normas fueron promulgadas el 12 de diciembre de 1919. llevando por título “Principios fundamentales de Derecho Penal de la Unión de Repúblicas

⁶⁷ Luisi Luíz, Un Derecho Penal del Enemigo: El Derecho Penal Soviético, en Cancio Meliá- Gómez Jara Díez Op. Cit., vol 2, pp. 233-237

Socialistas Soviéticas”. Los referidos “principios” contenían únicamente normas de la parte general del Derecho Penal y estaban compuestos por una introducción y ocho secciones, a saber: 1) sobre el Derecho Penal; 2) sobre justicia penal; 3) sobre los delitos y las penas; 4) sobre las etapas de ejecución del delito; 5) sobre la coparticipación; 6) sobre las clases de penas; 7) sobre las condenas condicionales; 8) sobre el área de eficacia del Derecho Penal. También se encontraba en estas normas una definición de delito en su art. 5º, según el cual “el delito es una violación del orden de las relaciones sociales protegidas por el Derecho Penal”.

No existen delitos de la parte especial, en lo concerniente a las sanciones, se enumeran a título de ejemplo, cerca de 15 tipos diferentes. Dentro de éstas, las privativas de libertad, los trabajos forzados sin privación de libertad y la declaración de ser enemigo de la revolución y del pueblo.

En este período de 1919 a 1922 el Derecho Penal fue básicamente instrumento de lucha contra los opositores del comunismo, esto es, contra los “enemigos” del régimen. En este sentido es aclarador el texto publicado en el periódico oficial *Lazis*: “nosotros no guerreamos con las personas; nosotros lo que pretendemos es aniquilar la burguesía como clase. Lo que nos interesa en lo concerniente al delincuente es su clase, el origen social, su cultura, etc, son estas cuestiones las que deciden la suerte del imputado”.

El 1º de Junio de 1922 empieza la vigencia del primer código penal soviético. En su art. 6º el delito es definido como “toda acción u omisión socialmente dañina que amenaza los principios del gobierno soviético, y su ordenamiento jurídico, fundado en el poder de los obreros y de los campesinos, hasta la aparición del comunismo”. Prevé penas privativas de libertad, multa, exilio, trabajos forzados, entre otros. También está prevista la internación de enfermos mentales y menores en establecimientos para su tratamiento.

La pena de muerte no está en el elenco de las penas y tampoco está prevista para ningún delito en la parte especial. Todavía en el art. 33 queda dispuesto que “para los procesos en tramitación en las Comisiones Extraordinarias, mientras no haya revocación por el Comité Ejecutivo Central Pan Ruso, será aplicado el fusilamiento para los delitos en los cuales esté prevista la pena máxima”.

La parte especial del código de 1922 comienza con los crímenes contra el Estado e inclusive constan en su elenco crímenes contra la propiedad. En noviembre de 1926 es editado un nuevo código penal, que entró en vigencia el 1º de enero de 1927.

Repitiendo la posición del código anterior, disponía la nueva ley penal en su artículo 16 que “cuando algún hecho no estuviera expresamente previsto en el presente código, el fundamento y la extensión de su responsabilidad se determinará por los artículos relativos de naturaleza análoga”. Sin duda, se trata de la consagración de la analogía.

Las sanciones penales llamadas de medidas de defensa social son correccionales y médicas. Entre las correccionales están previstas la pena privativa de libertad, internación en campos de trabajo correccionales en sitios distantes de Rusia.

Está tipificada la pérdida de la ciudadanía de la República Federada y al mismo tiempo de la URSS, y la expulsión obligatoria de su territorio, en caso de ser declarado enemigo de los trabajadores, esta pena sólo podría ser impuesta por plazo ilimitado. En el texto original del código de 1926 estaba previsto en el artículo 27.b, una agravante así redactada: “la realización de un delito por una persona que, de cualquier modo, en el pasado tuviera o tenía relaciones con las clases explotadoras del trabajo ajeno”. También preveía una atenuante en el artículo 48.b, según el cual la pena sería disminuida cuando el crimen fuera cometido por “operarios o aldeanos dedicados al trabajo”.

Tales disposiciones fueron revocadas en febrero de 1927, pero la agravante fue puesta en vigencia de nuevo por la ley de 20 de marzo de 1930, conocida como ley de “represión de clase”.

En la parte especial está prevista expresamente la pena de muerte, pero teniendo siempre como alternativa las sanciones privativas de libertad o “la declaración de enemigo de los trabajadores” u otras medidas de defensa social de carácter correccional.⁶⁸

⁶⁸ Ibidem, pp. 237-241

Es cierto que el Derecho Penal Soviético, tiene como objetivo principal los enemigos de la clase trabajadora y del Estado soviético. El delito desde el punto de vista de los bolcheviques es cualquier acto que atente contra la clase obrera y la construcción del modelo socialista.

El Comité Ejecutivo Central Pan-Ruso el 28 de octubre de 1928, sostuvo que el principio fundamental era el de la justicia de clase, y que el fin es formar una organización que sea lo suficientemente flexible para atender las necesidades de la política social.

En esta perspectiva los revolucionarios más radicales se manifestaron de forma insatisfecha con la legislación penal que estaba vigente, y en nombre de la pureza ideológica, liderados por el referido N. V. Krylenko, que era fiscal, quisieron hacer del Derecho Penal un arma mucho más discrecional al servicio de la clase operaria, de la que ya se configuraba en los códigos de 1922 y 1926.

Poco tiempo después de la entrada en vigencia del código de 1926, N. V. Krylenko ya postulaba su sustitución, debido a su eclecticismo y al mantenimiento de una serie de reglas características del Derecho Penal burgués. Teniendo como compañero al iusfilósofo E.S. Pashukanes, promovió una campaña buscando acabar con los relictos de la jurisprudencia capitalista y construir un Derecho Penal rigurosamente obediente al pensamiento marxista.

Intentando alcanzar el objetivo antes señalado, el 10 de Junio de 1930 fue publicado un proyecto de Código Penal, que establecería un catálogo de delitos más extensos que los anteriores códigos; se establecieron medidas coactivas a todos aquellos que se opusieran al movimiento de la lucha de clase.

En la introducción se afirma, buscando justificar la necesidad de un nuevo Código Penal, que los códigos de 1922 y 1926 no consiguieron “librarse de las formas jurídicas heredadas de la burguesía”.

El proyecto pretende superar la presencia burguesa en la legislación penal por un código adecuado para servir “en la lucha del proletariado para la construcción del socialismo durante el período transitorio, y mientras no fuera eliminada la oposición de las clases depuestas”.

Para colmar tales propósitos, el proyecto pretende suprimir la proporcionalidad de la pena a la gravedad del hecho, y tener en la peligrosidad social el único fundamento de la responsabilidad penal. Prescinde de una parte especial, como está presente en los códigos burgueses, y también en los códigos rusos de 1922 y 1926, limitándose a prever un elenco “orientador” y meramente ejemplificativo de los crímenes más peligrosos para los autores, de los cuales se hace necesaria la “efectiva exclusión de la sociedad, con medidas eliminatorias de clase”.⁶⁹

⁶⁹ Ibidem, pp. 242-243

En la sección 1ª del proyecto están dispuestos los “Principios Generales”. En ellos se establece como fin de la política penal del proletariado, en el período de transición del capitalismo al comunismo, la defensa de la dictadura del proletariado y las formas socialistas de vida contra cualquier enemigo de clase y contra las infracciones cometidas por integrantes “inestables del propio ambiente de los trabajadores”.

Estos objetivos son obtenidos a través de medidas de carácter eliminatorio para los enemigos de clase y para los que no integran ninguna clase, y con el uso de medidas coactivas-educativas para los trabajadores y campesinos.

En el artículo 2º son definidas como socialmente peligrosas las acciones u omisiones que amenazan la estabilidad de la dictadura del proletariado y, aun, las que obstaculizan la consolidación y el desarrollo de la organización socialista en formación.

En el artículo 3ero se diferencian las acciones socialmente peligrosas en acciones particularmente peligrosas y en acciones menos peligrosas. Las primeras constituyen atentados contra la dictadura del proletariado y las conquistas de la revolución, y que atenten contra las condiciones fundamentales de la vida colectiva, de la administración del Estado y de la construcción socialista.

La segunda sección prevé en el primer capítulo los delitos particularmente peligrosos, y en el segundo capítulo las sanciones para dichos delitos, es decir: las medidas eliminatorias de clase. Los llamados delitos particularmente peligrosos se dividen en: a) contrarrevolucionarios; b) contra el ordenamiento público; c) contra la economía; d) contra el trabajo; e) contra obligaciones profesionales; f) contra la persona; g) contra el patrimonio.

Los delitos contrarrevolucionarios están previstos en diez incisos del art. 22, son equiparados también a estos delitos cerca de otros once, dispuestos en once incisos del art. 23.

Los delitos contrarrevolucionarios se caracterizan por ser conductas dirigidas “conscientemente” y objetivamente aptas para destruir o perjudicar a la dictadura del proletariado y dañar la construcción socialista.

Entre los crímenes equiparados a los delitos contrarrevolucionarios han de referirse los de organización de bandas armadas, o de participar en los atentados por ellas organizados en agresiones con el objetivo de apoderarse de bienes patrimoniales ajenos. Y el contrabando cometido sistemáticamente o que haya causado al Estado un daño de considerable valor.

Son once los delitos particularmente peligrosos contra el ordenamiento público, entre ellos, el de amenaza de homicidio o de destrucción de patrimonio contra un funcionario o un trabajador público en razón de la actividad laboral o de su función pública. Y el de organización y dirección de sectas religiosas fanáticas

que imponen mutilaciones físicas o que procedan de modo evidentemente inmoral respecto de los miembros de esas sectas.⁷⁰

Los delitos particularmente peligrosos contra la economía son, entre otros, los que “Lesionan la construcción socialista del proletariado a través de la violación de la política económica, en variados aspectos”.

En el elenco de los delitos contra la vida y dignidad de la persona, particularmente peligrosos, están el homicidio, la inducción al suicidio o la tentativa de suicidio con el uso de medio cruel o cualquier otro, o violación por violencia física o amenaza, o aprovechando una situación de debilidad de la víctima, la relación sexual con personas que no alcanzaran la madurez social, y la corrupción de menores.

Dentro de los delitos particularmente peligrosos contra el patrimonio figura el abigeato, si es cometido sistemáticamente. La usura también está prevista, siendo definida como “percibir sistemáticamente del dinero o de bienes patrimoniales pignorados, intereses mayores que los concedidos por la ley”.

Los crímenes que representan “relictos de la vida tradicional” son cinco. Siendo delitos particularmente peligrosos implican la explotación de los pobres por parte de “grupos de la población económicamente más fuertes y que son consecuencia de formas de la vida tradicional aún no erradicadas y de tradiciones nacionales, costumbres y prejuicios religiosos”. Son ejemplo de

⁷⁰ Ibidem, pp. 244-246

estos crímenes el de asalto armado a una tribu, raza, familia o persona motivada por el odio racial o por venganza de sangre. El de instigación al odio racial o venganza de sangre por elementos de la población privilegiada o por religiosos con intención de aumentar su influencia.

Están previstas como sanciones para los delitos particularmente peligrosos; las medidas eliminatorias de clase; a) el fusilamiento y la declaración de fuera de la ley; b) el encarcelamiento; c) la segregación en campos de concentración para trabajos correccionales en una localidad remota con el sucesivo domicilio obligatorio en una localidad determinada después de cumplida la medida en el campo de concentración; d) el destierro con trabajos forzados o sin trabajos forzados; e) la confiscación del patrimonio.

El fusilamiento, prevé el proyecto, es una medida excepcional de defensa vigente mientras no fuera abolida por el Comité Central de la URSS, y solamente se aplica a los crímenes contrarrevolucionarios y los equiparados a éstos.

La declaración de fuera de la Ley se conmina en los mismos casos en que es aplicable el fusilamiento a los acusados rebeldes. La persona declarada fuera de la ley, si fuera apresada, tras ser identificada y sin intervención judicial.

El encarcelamiento tiene la duración de cinco años, y una vez cumplido puede ser impuesto al acusado el domicilio obligatorio en una determinada localidad.

La segregación en campo de concentración en localidad remota tiene una duración de tres años, pero en las hipótesis de que la peligrosidad sea acentuada, la reclusión en el campo de concentración podrá extenderse hasta cinco años. Esta sanción causa la pérdida de los derechos políticos y del derecho a ser investido en cargos de responsabilidad; el derecho a grados honoríficos, condecoraciones y otras distinciones.

Tras haber cumplido el plazo de segregación en el campo de concentración con trabajos correccionales, el condenado es obligado a residir en un domicilio ubicado en localidad remota específicamente designada por el plazo de cinco años.

El destierro con o sin trabajos forzados consiste en el domicilio obligatorio del condenado en localidad remota de la Unión Soviética, vedada la locomoción más allá de los límites de la localidad sin la debida autorización. El plazo de duración del destierro es de cinco años; en caso de que estén implicados también los trabajos forzados, corresponderá a las autoridades del territorio del destierro determinar cuáles serán esos trabajos.

La confiscación del patrimonio es aplicable como medida autónoma y como medida accesoria para cualquier delito particularmente peligroso. Consiste en la expropiación sin indemnización del patrimonio del sentenciado.

Si los delitos particularmente peligrosos son cometidos con abuso en el ejercicio de una determinada actividad o profesión, el juez podrá prohibir al condenado el ejercicio de dicha actividad o profesión por cinco años, contados a partir del término del cumplimiento de la medida de segregación en campo de concentración.

En la tercera sección están previstos los delitos menos peligrosos; en su 2º capítulo están fijadas las medidas de reacción coactivo-educativas. Los delitos menos peligrosos se caracterizan por trastornar el ordenamiento socialista y las condiciones de vida colectivas, son contra el trabajo, la economía, contra los deberes profesionales, contra el patrimonio y contra la persona.

Alrededor de diecinueve delitos se prevén como menos peligrosos contra el orden público; entre ellos el de falsificación y uso ilegal de documentos que puedan ofrecer ventajas o derechos, la comunicación de noticias falsas a los órganos que supervisan el registro de actos del estado civil, el alzamiento de la bandera de la URSS sin tener el derecho de usar esa bandera.

En relación a los delitos menos peligrosos contra la economía están tipificados cerca de dieciséis. Dentro de éstos, el de violación de las reglas establecidas para el comercio entre las instituciones y establecimientos soviéticos, el arbitrario aumento de precios de los objetos de gran consumo.

Los crímenes contra el trabajo son seis. Entre ellos, el hecho de que el empleador impida el desarrollo de las actividades de las organizaciones profesionales para la defensa del trabajo y para el perfeccionamiento del nivel cultural y político de los trabajadores, el desconocimiento del pago establecido por mandato judicial.⁷¹

Los delitos de servicios menos peligrosos, es decir, contra los deberes profesionales, en número son once, son acciones u omisiones de funcionarios que constituyen violaciones de sus obligaciones, o en el uso ilegal de la situación funcional, siempre que tengan, o pudieran tener, como consecuencia un perjuicio efectivo para los intereses del Estado soviético, para la colectividad operaria y campesina.

Los delitos menos peligrosos para la vida y dignidad personal de los ciudadanos están previstos en catorce situaciones. Dentro de ellos el homicidio por imprudencia, la riña en estado de embriaguez, el homicidio provocado por violencia u ofensa grave por parte de víctima; la difamación, la injuria.

⁷¹ Ibidem, pp. 247-248

Son delitos patrimoniales menos peligrosos dentro de los siete previstos, la apropiación indebida, el hurto, la recepción, la usura, salvo si no se caracterizaren como particularmente peligrosos.

Dentro de los delitos menos peligrosos que representan la supervivencia de la vida tradicional están el de bigamia y poligamia cuando haya ley que las prohíba: impedir a una mujer que tenga edad para casarse contraer matrimonio conforme a su propia voluntad.

En la parte final del proyecto se consagra el principio de territorialidad, disponiendo que el código penal tendrá vigencia tanto respecto de los nacionales como de los extranjeros que cometieron delitos en el territorio ruso.⁷²

En el Código Penal Ruso de 1960 persiste el Derecho Penal del Enemigo, pues el disidente político tiene que ser eliminado de la sociedad. El fusilamiento sigue presente en diversos crímenes contra el Estado, tales como la traición a la patria, el espionaje, el terrorismo y el bandolerismo.

Con lo anterior se puede identificar la existencia de un Derecho Penal dirigido contra los enemigos del Estado, en el caso del Estado Socialista de la antigua URSS, sus principales enemigos eran todos aquellos que se oponían al régimen socialista de producción.

⁷² Ibidem, pp. 249-250

3.6 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO EXPRESIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

El aspecto que se intenta remarcar es que la *hostis iudicatio* representa la señal del denominado “estado de excepción”, desde hace tiempo debatido en el ámbito de la doctrina constitucionalista: la exclusión de algunos sujetos del circuito de la comunicación es un indicio de la presencia de una situación de estado de excepción en el ordenamiento.

Bajo este prisma, el Derecho Penal del Enemigo, planteado en contraposición al Derecho Penal del Ciudadano, constituye la formalización, a nivel estructura mínima garantizada de la sociedad, del Estado de emergencia.

El Derecho Penal del Enemigo debe encuadrarse, por tanto, en el marco del problema del Estado de excepción: en concreto, las cuestiones suscitadas por la suspensión provisional de las garantías constitucionales que directamente inciden en los derechos de los ciudadanos.

En particular, éste emerge como una manifestación e implementación del principio de auto conservación del ordenamiento, consecuencia del principio de necesidad: dado que el “Derecho Penal del Enemigo” disciplina de hecho de manera estable y mediante determinadas situaciones marcadas por el “Estado de excepción”, éste expresa el denominado Derecho Penal del Enemigo, esto es, la legislación destinada a afrontar la emergencia.

Es decir, al igual que el Estado de excepción se justifica sobre la base del principio de necesidad, el Derecho Penal del Enemigo, que desciende del Estado de excepción, se justifica sobre la base del principio de auto conservación de la sociedad (también éste de nivel constitucional, aunque no esté previsto expresamente), o bien, de acuerdo con el Derecho del Estado a su conservación.

Ningún modelo constitucional puede admitir la posibilidad que resulte minada su supervivencia o la de sus ciudadanos; así como la aplicación de los principios constitucionales no pueden invocarse en situaciones en las que la misma podría significar desaparición del ordenamiento que contempla el propio "sistema legal" de principios. De tal modo que subsistiría, una obligación constitucional de salvaguarda de las instituciones legales, en el supuesto de una agresión que no se pueda afrontar de otra manera, que se perseguirá con cualquier medio aunque no sea formalmente consentido, pero sí sustancialmente legítimo.

El problema de la introducción de un régimen especial o del Derecho Penal del Enemigo no se puede resolver simplemente con la etiqueta de inconstitucional, o "antidemocrática"; en realidad, la cuestión fundamental sería la de establecer si este régimen especial está destinado, sustancialmente, a proteger las instituciones constitucionales y democráticas de agresiones externas o internas, y si se encuentra justificado por una situación de necesidad de la que dimana un peligro imposible de afrontar de otra manera.

En concreto, el Derecho Penal del Enemigo comporta la introducción de nuevos tipos delictivos relacionados, a menudo “simbólicamente” con el Estado de excepción y con la agravación de las penas de los delitos ya existentes.

Vienen incriminadas conductas de complicidad marginales o incomprensibles; se recurre al esquema del delito de asociación y de tipos contruidos de manera diversa según la técnica de la consumación anticipada, hasta incluso la mera sospecha de acciones subversivas o actos preparatorios.

Se hace uso de coeficientes puramente subjetivos en la connotación del desvalor del tipo delictivo, hasta poner en el centro de la personalidad del reo, su subjetividad subversiva, su historial, su postura política, ideológica, los orígenes ambientales, llegándose a la incriminación de verdaderos y propios “tipos de autor”.

Desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal, se asiste a una ampliación de los poderes de investigación, previsiones de limitación de las garantías individuales y, en concreto, la suspensión del habeas corpus.

Se introducen derogaciones a los principios constitucionales de inviolabilidad de la persona, de prohibición del arresto ilegítimo de derecho a la defensa, y de las garantías procesales; se les otorga a las autoridades de policía amplios poderes de investigación, algunas situaciones la detención por tiempo indeterminado sin proceso y, en todo caso, la reducción o, incluso, la exclusión

del control jurisdiccional sobre los actos adoptados durante la limitación de la libertad.

El proceso tiende a convertirse en un instrumento de definición del reo, más que de prueba del hecho: no se trata tanto de constatar si aquél ha cometido el delito, sino si es un enemigo, un terrorista, un criminal no recuperable; o bien si es un “amigo”.

Se incrementan los poderes de investigación con respecto a las entidades bancarias, sociedades bancarias, sociedades financieras, gestores de telecomunicaciones; se consiente, así un amplio acceso a los datos personales, incluso sin saberlo el interesado, a través de interceptaciones de comunicaciones, derogándose el principio de la tutela de la privacidad y con la superación del secreto de la correspondencia y del secreto bancario; además, se prevén poderes de embargo de bienes.

Sobre todo, la limitación de las garantías constitucionales, en muchas ocasiones, perjudica a sujetos que no están directamente implicados en actividades terroristas, sobre la base de simples sospechas.

De modo que el régimen ordinario de derechos parece, pues, propio de la “normalidad”, no del Estado de excepción, que de manera tan frecuente no consiente ni siquiera una apariencia de respeto de las garantías formales de la Constitución.⁷³

⁷³ Cornacchia Luigi, *La Moderna Hostis Iudicatio, Entre Norma y Estado de Excepción*, en Cancio Meliá-Gómez Jara Díez, *Op. Cit.*, Volumen 1 pp. 420-427

3.7 DIFERENCIA ENTRE EL ENEMIGO INTERNO Y EL ENEMIGO EXTERNO

En la práctica política, la calificación de contrario como “enemigo” sirve para justificar cualquier forma de medidas represivas, desde sanciones económicas hasta la guerra interna o externa. En la España de Franco, se denominaba enemigo a quien permitía comunicar públicamente una oposición al régimen franquista o quien exigía derechos fundamentales.

Para tener un concepto más amplio del Derecho Penal del Enemigo debe distinguirse entre enemigos internos y externos. El enemigo externo amenaza lo propio desde fuera de la propia sociedad, aparece así especialmente, en la guerra clásica entre Estados. El enemigo aquí es el contrario en la guerra, quien con motivo de su estatus, concede determinados derechos y con quien, incluso, se pueden cerrar acuerdos de paz y amnistía.

La declaración de contrario, esto es la exposición y caracterización del enemigo, deviene de la situación de guerra. El enemigo es aquel ser humano que se encuentra en una situación de confrontación bélica con otra persona o con un grupo de personas. Sin embargo, cuando cesa la confrontación bélica, los enemigos se pueden convertir en amigos, o pueden establecer algún tipo de alianza. El enemigo externo puede también tener precisamente algún derecho; en cualquier caso, posee determinados derechos mínimos, garantizados por la internacionalización de los derechos humanos.

Muy diferente resulta la cuestión relativa al enemigo interno, él es un “desviado” en su propia sociedad. Enemigo es aquél que no quiere vincular a una comunidad su existencia como individuo y no quiere integrarse en ésta; aquél que no quiere o no puede acatar los valores sociales fundamentales dominantes. El problema se suscita cuando se produce una desviación respecto de los valores fundamentales de una determinada sociedad de tal magnitud que justifica la exclusión del que se desvía de dichos valores.

El aspecto de la amenaza tratándose de enemigos internos ocupa un papel predominante, la negación del otro que amenaza la identidad y la existencia propia es un criterio constitutivo para el enemigo. Enemigo es aquel ser humano que puede cuestionar el sentido cultural-espiritual, normativo del grupo social, el enemigo interno es el que se cuestiona y pone en predicamento los valores fundamentales de una sociedad. En esos términos el enemigo interno nunca podrá tener ningún derecho.

Si bien al concepto de enemigo externo no se le puede negar una cierta legitimidad, la del enemigo interno sólo sirve a la desacreditación del contrario y a la justificación de la forma de proceder propia, sin proporcionar una fundamentación material para la exclusión del otro.

La falta de contornos se ve acompañada de la exageración: la sobredimensión de la amenaza aparente, junto con la negación simultánea de las características buenas, desfiguran la realidad y hacen que la confrontación sea inevitable.

El enemigo interno es un autor que por tendencia se hace miembro de una organización criminal, se puede citar como ejemplo el caso de los terroristas que niegan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y pretenden destruirlo.

El enemigo interno no puede ser tratado como persona, y por lo tanto no puede disfrutar de los beneficios del Derecho Penal del Ciudadano. Con la exageración de la peligrosidad del enemigo interno y del peligro que amenaza con él, se incrementa la despersonalización jurídica, y ello debido a que la reacción contra el enemigo depende sobre todo de lo que se teme de él.⁷⁴

⁷⁴ Kai Ambos, Derecho Penal del Enemigo, en Cancio Meliá- Gómez Jara Díez, Op. Cit., Vol 1, pp. 127-142

3.8 EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de diversas maneras. Rara es la ocasión que se escucha hablar a los penalistas de reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un Derecho Penal Mínimo.

En un Estado que crea leyes penales continuamente, donde los gobernados tienen la Idea de que los problemas se solucionan con nuevas leyes penales o agravando las existentes, no se viven los mejores tiempos para la libertad.

La expresión Derecho Penal Mínimo engloba propuestas diversas cuyo denominador común es una vocación restrictiva del Derecho Penal, pero sin que exista una coincidencia total en cuanto al alcance exacto de las mismas. El punto de partida de la orientación minimizadora ha venido siendo la estimación de la radical inutilidad de la pena, cuya función sería la reproducción de las relaciones de dominio preexistentes, recayendo sobre subalternas.

El Derecho Penal mínimo es conocido como aquel que respeta las garantías consagradas constitucionalmente, o de estricta legalidad. Algunos autores consideran que el Derecho Penal Mínimo respeta las garantías en la ley.⁷⁵

⁷⁵ Silva Sánchez Jesús María, Op. Cit., pp. 1-4

En la mayoría de las legislaciones existentes se han introducido nuevos tipos penales así como una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción o reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho Procesal Penal.

La creación de nuevos bienes jurídico-penales; ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término de expansión del Derecho Penal.

El legislador busca una solución a los problemas sociales, creando nuevas leyes penales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública). Pero la existencia de una demanda social constituye un punto de partida real, de modo que la propuesta que acabe acogéndose en cuanto a la configuración del Derecho Penal no habría de eludir el darle a la misma una respuesta también real.

Las propuestas de mayor movimiento de la ley y orden se dirigen básicamente a reclamar una reacción legal, judicial y policial más contundente contra los fenómenos de delincuencia de masas, de criminalidad patrimonial y callejera.

La escisión social característica de los debates clásicos sobre el Derecho Penal ha sido sustituida por una coincidencia general, o casi general, sobre las virtudes del Derecho Penal como instrumento de protección efectiva de los ciudadanos.

Ni las premisas ideológicas ni los requerimientos del movimiento de la ley y el orden, han desaparecido: al contrario, se han integrado en ese nuevo consenso social sobre el papel del Derecho Penal.

El Derecho Penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos importantes, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, a la aparición de nuevos bienes jurídicos, de nuevos intereses, o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes, ya al aumento del valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho Penal.

Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídicos son distintas; por un lado cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas: podría citarse de ejemplo las instituciones económicas del crédito o de la inversión.

Por otro lado, debe aludirse el deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que empiezan a manifestarse como bienes escasos,

atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, la menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente.⁷⁶

3.8.1 LA APARICIÓN DE NUEVOS RIESGOS

La sociedad actual aparece caracterizada básicamente por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos que facilitan el existir del hombre. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas, de entre ellas, la que es conveniente mencionar es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural. Ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas provienen de decisiones que otros ciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos.

El progreso técnico da lugar, en el ámbito de la delincuencia dolosa tradicional, a la adopción de nuevas técnicas como instrumento que le permita producir resultados especialmente lesivos; asimismo, surgen modalidades delictivas dolosas que se proyectan sobre los espacios abiertos por la tecnología.

La criminalidad asociada a los medios informáticos es, seguramente, el mejor ejemplo de tal evolución. En esta medida, es innegable por lo demás la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad

⁷⁶ Ibidem, pp. 4-12

organizada, que operan a nivel internacional, y constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos y los Estados.⁷⁷

3.8.2 LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA INSEGURIDAD

La sociedad postindustrial es, además de la sociedad del riesgo tecnológico, una sociedad con otros caracteres individualizadores, que convergen en su caracterización como una sociedad de marcada inseguridad. Debe significarse que el empleo de medios técnicos, la comercialización de productos o la utilización de sustancias cuyos posibles efectos nocivos no se conocen de modo seguro y, en todo caso, se manifestarán tiempo después de la realización de la conducta, introducen un importante factor de incertidumbre en la vida social.

De cualquier manera, más importante que tales aspectos objetivos es seguramente la dimensión subjetiva de dicho modelo de configuración social; desde esta última perspectiva, nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la inseguridad, o como la sociedad del miedo.

La solución a la inseguridad parece encontrarse en el Derecho Penal, ya que el Derecho Penal debe atender a las demandas de protección que la sociedad clama. Al plantearse estas demandas no importa si se modifican las garantías clásicas del Estado de Derecho.⁷⁸

⁷⁷ Ibidem, pp. 13-15

⁷⁸ Silva Sánchez Jesús María, Op. Cit., pp. 15-32

CAPÍTULO IV

EL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN EN LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE JUNIO DE 2008 Y LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

4.1 REFORMAS CONSTITUCIONALES DE JUNIO DE 2008-2009

El Derecho Penal del Enemigo, no es un concepto novedoso, sin embargo ha resurgido con mayor fuerza en algunos ordenamientos alrededor del mundo, ya sea en países de Europa como España, Francia, Italia y Alemania o en nuestro Continente, desde Estados Unidos pasando por Latinoamérica en Colombia, Venezuela, Perú, Argentina, Chile, hasta llegar a México.

En el caso de México, ya se empezaba a reflejar de una forma incipiente la implantación del Derecho Penal del Enemigo, en la legislación secundaria, cuando se firmó la Convención de Las Naciones Unidas Sobre Estupefacientes y Psicotrópicos, en Viena Austria en 1988.

Siguiendo las pautas de dicha convención nacieron algunas figuras jurídicas en materia penal y otras se agravaron, lo anterior dio nacimiento a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada a fines de 1996.⁷⁹

⁷⁹ García García Guadalupe Leticia, La Legislación Mexicana En Torno a la Delincuencia Organizada, ensayo disponible en http://www.insyde.org.mx/images/garcía_garcía.pdf

Desde 1996 en la legislación secundaria mexicana ya se esbozaba el Derecho Penal del Enemigo, ya que la principal finalidad de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en México tiene como principal misión el combate a la criminalidad organizada.

La legislación en cita tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada.

Se establece un concepto de delincuencia organizada, y se señalan conductas que tienen como finalidad atentar contra las instituciones establecidas por el Estado Mexicano, por citar algunas Terrorismo, Acopió y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, corrupción de personas, etc.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en México establece reglas en materia de pruebas, prescripción, y en general todo el proceso que deberá realizarse en contra de los que cometan actos que se relacionen con la criminalidad organizada.

Desde hace más de diez años en México ya existía el Derecho Penal del Enemigo, cuyo actual precursor es Günter Jakobs, quien inició la presente corriente en Alemania a mediados de los años 80's, por medio de la ley que privilegiaba el interés del Estado y su supervivencia por encima del interés individual, se inspira en las corrientes contractualistas de Thomas Hobbes y Rousseau.

Rebasaría por mucho las aspiraciones del presente trabajo la profundización de esas cuestiones filosóficas, pero lo importante es que se retoma el concepto de que el hombre se encuentra en un estado de naturaleza salvaje de guerra y de hostilidad, y es necesario que sobreviva, que deje de ser parte de ese estado natural, en el que no se garantiza la supervivencia de nadie.

El Estado mediante la creación de leyes civiles cumple su fin de protección a los miembros de la comunidad, al establecer que dichas leyes limitarán la libertad natural de los hombres, y con ello se logrará la supervivencia de la comunidad.

En el contrato social se puede reconocer un principio del Derecho Penal del Enemigo, ya que les niega la condición de personas a determinados individuos, que atacan el derecho social, por ese hecho y por lograr el bienestar de las personas, la paz y seguridad social.

Aquellos individuos que no ofrecen garantías de comportamiento social por su abierto e incluso permanente enfrentamiento con el orden jurídico, no pueden ser tratados como ciudadanos, sino como enemigos, por lo que se les debe aplicar un Derecho distinto de los que prestan fidelidad al orden jurídico.⁸⁰

⁸⁰ Silva Sánchez Jesús María, Op. Cit., pp. 183-184

Al existir una falta de seguridad cognitiva por parte del Estado se crean tipos penales que castigan la intencionalidad previa del delincuente; por ejemplo la amenaza de terrorismo.

En el Derecho Penal del Enemigo, la imposición de la pena se eleva de modo desproporcionado en relación al hecho cometido y para agravar la pena se sigue un criterio de un Derecho Penal de autor y no de hecho.

En el Derecho Penal del Enemigo existe una clara disminución de garantías dentro de un proceso penal que incluso pueden llegar a ser suprimidas, se cuestiona la presunción de inocencia, se reducen las condiciones de exigibilidad para que la autoridad aporte pruebas contra el infractor-enemigo.

En el Derecho Penal del Enemigo se duplican los plazos en las detenciones policiales mientras se investiga el delito, se amplía y se justifica en exceso la prisión preventiva, y en algunos casos se reivindica el uso de la tortura, procurando tintes de legalidad, ya que se sigue la idea que aquél que delinquiró gravemente por delitos relacionados al narcotráfico, secuestro, terrorismo.

Nos encontramos ante la existencia de diversos Derechos Penales, a saber, un Derecho Penal del Ciudadano, que se caracteriza por el mantenimiento de la vigencia de la norma, y un Derecho Penal para enemigos que se orienta a combatir peligros.

El artículo 16 de la Constitución Federal, establece que la autoridad judicial, a petición de parte y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.⁸¹

El anterior párrafo de la Constitución Federal, muestra cómo se ha elevado a grado constitucional una medida cautelar como el arraigo, que de ser infundada violaría las garantías de seguridad jurídica que la misma Constitución reconoce a todas las personas. Lo anterior puede considerarse como un retroceso en materia de garantías Constitucionales dentro de un proceso penal.

El mismo artículo 16 de la Constitución en comento establece un concepto de delincuencia organizada que debería ser propio de una legislación secundaria, para así evitar problemas de constitucionalidad, al establecer que por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

⁸¹ Ibidem, pp. 185
Cfr. Artículo 16 de la Constitución Federal Vigente

Para G. Jakobs el enemigo es un individuo que mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo duradero y no sólo de manera incidental. Podemos darnos cuenta como en la Constitución Federal se establece un concepto de lucha contra los actuales enemigos del Estado, que son todos aquéllos que pertenezcan a una organización criminal.

El párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución en comento, dispone que 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.

Una de las características del Derecho Penal del Enemigo es la reducción de garantías jurídico-procesales de todos aquellos individuos que no proporcionan ninguna fidelidad al orden jurídico establecido; como puede constatarse el párrafo noveno de la Ley Suprema, establece un plazo diferente tratándose de delincuencia organizada, para así poder integrar una averiguación con más elementos para los no-ciudadanos.

El mismo artículo en comento en su párrafo décimo segundo establece que exclusivamente la autoridad Judicial Federal, a petición de la autoridad que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad Federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas

legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración.

El Derecho Penal del Enemigo en todo el mundo, limita la intervención de las comunicaciones privadas, en aras de la seguridad nacional, para así adelantarse a los hechos antes de que se produzcan.

El artículo 18 de la Constitución Federal, en su párrafo segundo establece las bases sobre las que deberá trabajar el sistema penitenciario en México con la finalidad de reinsertar al sentenciado a la sociedad, este precepto Constitucional otorga a los sentenciados el derecho de purgar su pena en el centro penitenciario más cercano a su domicilio; sin embargo en materia de delincuencia organizada no se concede tal derecho.

Con lo anterior se puede distinguir que a los ciudadanos que se han apartado un poco del orden jurídico si se les puede reinsertar a la sociedad, pero no sucede lo mismo con aquellos que pertenecen a una organización criminal, ya que lo importante es lograr su neutralización y en algunos casos su aniquilamiento, y en realidad no importa su reinserción a la sociedad.

Para los enemigos se destinan centros especiales para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada; de igual manera se les restringen las comunicaciones privadas y se les imponen medidas de vigilancia especiales debido a su peligrosidad.

El artículo 19 de la Ley suprema indica que 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. En materia de delincuencia organizada el juez podrá ordenar la prisión de forma oficiosa, con ello violando el principio de presunción de inocencia que debe tener todo presunto responsable.

El artículo 20 de la Constitución Federal muestra las características del proceso penal y establece principios generales, pero también a nivel constitucional nos encontramos ante una reserva de datos del acusador, cuando se trata de delincuencia organizada, y se establecen beneficios procesales a los delatores en materia de delincuencia organizada que se encuentren en una averiguación. También dicho numeral restringe el principio de publicidad en materia penal al señalar que se podrá restringir por razones de seguridad nacional o cuando se ponga en revelación información importante de la investigación contra algún miembro de la delincuencia organizada.

El artículo 22 de la Constitución Federal vigente en México crea a nivel Constitucional un nuevo régimen en el caso de los bienes asegurados mostrando una inclusión más del Derecho Penal del Enemigo en la ley fundamental, ya que por un lado existe la presunción de inocencia a favor de los imputados de cualquier delito y por otro lado se da la inversión de la carga de la prueba a todas las personas que se consideren afectadas por la confiscación de bienes tratándose de delincuencia organizada.

En un Estado Democrático o que se dice serlo, se ha perseguido el principio “Del que afirma esta obligado a probar” por consiguiente si a una persona se le acusa de un delito se le tendrá que probar que lo cometió en un juicio seguido ante los tribunales establecidos, sin embargo en el caso de los enemigos son ellos los que tienen que probar su inocencia.

En el artículo 73 de la ley suprema, se observa como el Congreso General puede establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deben imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada. Es tanta la importancia que el Estado Mexicano le da al combate contra la delincuencia organizada, que puede vulnerar la autonomía de la que gozan los Estados, tratándose de delincuencia organizada.

El Congreso General puede legislar en materia de datos personales, lo cual puede volverse delicado, ya que alegando el interés y a la seguridad Nacional, el Estado puede acceder a datos de las personas, argumentando que se trata de delincuencia organizada.

La implantación del Derecho Penal del Enemigo en México resulta innegable, ya que reduce de forma considerable garantías jurídico procesales de todos aquellos que no ofrecen ninguna seguridad cognitiva, G. Jakobs en su teoría del Derecho Penal del Enemigo, hace alusión al enemigo, siendo un individuo que no respeta al Estado ni a sus instituciones, y por lo tanto debe neutralizarse para que no altere el orden social establecido.⁸²

⁸² Cfr. Artículos 18, 19, 20, 22, 73 de la Constitución Federal Vigente

Sergio Moccia afirma, que es la promesa de la seguridad en la sociedad civil en lo que se funda el pacto social, es decir la atribución al Soberano y, por tanto, a la autoridad de los nacientes Estados de Derecho del poder monopolístico de gobernar los conflictos a través del ejercicio de la fuerza legal.⁸³

El concepto de seguridad pública viene a coincidir con el de seguridad interior de la Nación, los Estados modernos, y en particular el Estado Social de Derecho se han legitimado para gobernar la seguridad interior en el gobierno represivo-preventivo de los conflictos. El Estado Social de Derecho se distingue por el intento de resolver los conflictos también de manera preventiva.

En el caso particular de México, se reducen garantías procesales por razones de seguridad nacional, sin establecer detalladamente qué es lo que se entiende por seguridad nacional, dando con ello abusos de autoridad, lo cual es peligroso para todos los gobernados que se encuentren en una situación en la que no esta probada su responsabilidad penal.

⁸³ Véase Sergio Moccia en Cancio Meliá Manue l- Gómez Jara Diez Carlos, Op. Cit., Vol 2, pp.299-320

Günther Jakobs distingue entre un Derecho Penal del Enemigo, y por otro el supuesto normal en sociedades tranquilas, el Derecho Penal del Ciudadano. Desde su perspectiva en sociedades tranquilas; el Derecho penal del Ciudadano.

4.2 LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

A continuación se presenta un cuadro comparativo de los principales artículos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el cual pone de manifiesto aquéllos en los que se percibe un claro Derecho Penal del Enemigo.

ART.	CONTENIDO LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MODERNO (ORDINARIO) QUE SON VIOLADOS	CONTENIDO CÓDIGO PENAL FEDERAL	DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO (CPF) Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO (LFCDO)	ADOPCIÓN DEL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN
1º.	La presente ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución... por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada	Principio de Igualdad en la Aplicación de las Leyes Art. 13 Constitucional: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales..."			Se establece un nuevo Derecho Penal, se establecen formas distintas de investigación (infiltración agentes, intervención de comunicaciones, etc.), de persecución (incluyendo a la SHCP), de prescripción para la acción penal y para ejecución de las penas, de carga de la prueba, etc. Se crea una ley

					paralela con normas y reglas especiales cuyo fin es extremar la represión contra los enemigos del capitalismo dominante.
2º.	Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada	Principio de seguridad jurídica.	<p>Terrorismo arts 139 al 139 ter, delitos contra la salud arts 194 y 195, falsificación o alteración de moneda arts 234, 236, 237, operaciones con recursos de procedencia ilícita, arts 400, 424 bis, acopio y tráfico de armas, previsto en los arts 83 bis y 84 de la LFAFE, tráfico de indocumentados art.138 de la LGP.</p> <p>Tráfico de órganos, arts. 461,462 y 462 bis de la LGS.</p> <p>Corrupción de personas art. 201, pornografía art. 202, turismo sexual art.203 y 203 bis, lenocinio art. 204, asalto art. 286 y 287, secuestro art.366, tráfico de menores art. 366 ter, robo de vehículos art. 376 y 377. Trata de personas arts. 5 y 6 de la</p>	Una de las características del Derecho Penal del Enemigo es el adelantamiento notable de la punibilidad, o sea la tipificación de hechos antecedentes o incluso solamente preparatorios, a la lesión del bien jurídico, en otras palabras la criminalización en el estado previo a la lesión del bien jurídico tutelado.	Se encarcelará por un delito que no se manifestó ni siquiera en tentativa. En un Derecho Penal material, donde debe castigarse el hecho, se castiga sólo la intención. El solo hecho de acordar o planear es castigado. Según este tipo penal, además del delito por el cual se juzgue, se juzgará por delincuencia organizada; las penas mencionadas en esta ley, se aumentarán a las del primer delito. Es un tipo a todas luces desproporcionado, justificado sólo por la exigencia de control social en determinados rubros, esto es, en el narcotráfico, con el fin de proteger el sistema de producción dominante.

			Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.		
4º.	...se decomisarán los objetos, instrumentos o productos del delito... si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.	<p>Principio del No Interés Fiscal: El que tiene a su cargo la seguridad jurídica no debe tener interés en verla ofendida para beneficiarse.</p> <p>Principio de inocencia: Debe presumirse que todo hombre es inocente mientras no se pruebe y declare que es culpable.</p> <p>Carga de la Prueba: Art, 248 del CPPDF: “El que afirma está obligado a probar...”.</p>		<p>En el Derecho Penal del Enemigo se reducen las garantías jurídico procesales, imponiendo al enemigo la obligación de demostrar su inocencia.</p> <p>Se ha creado un régimen de extinción de dominio, que es la pérdida de los derechos de propiedad sin compensación alguna.</p>	<p>Se reforma el Art. 22 Constitucional el 3 de julio de 1996 (“Tampoco se considerará confiscación...)</p> <p>Inversión de la carga de la prueba.</p>
6º.	Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas... se duplicarán...	<p>Art. 101 CPF: “La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley...”.</p> <p>Principio de la Exacta Aplicación de la Ley.</p> <p>Principio de igualdad en la aplicación de las leyes.</p>		El Derecho Penal del Enemigo mide las consecuencias jurídicas con base en la dimensión de la peligrosidad del autor.	Se extraen del Código Penal determinados delitos para darles características especiales.

9º.	“Cuando el M. P. de la Federación investigue actividades de miembros de la delincuencia organizada relacionadas con el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, deberá realizar su investigación en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público...”	Artículo 21 Constitucional: “...La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...” Principio de Exacta aplicación de la ley.		Frente al enemigo se permite la utilización de medidas que van más allá de lo permitido por las normas constitucionales.	A pesar de que el Art. 21 Constitucional indica que la persecución de los delitos corresponde exclusivamente al Ministerio Público en carácter de representante de la sociedad, aquí se habla de la intervención de una institución cuyas funciones deben ser fiscales únicamente.
ART.	CONTENIDO	PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MODERNO (ORDINARIO) QUE SON VIOLADOS			ADOPCIÓN DEL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN
11º.	...el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes.				Se legitima la infiltración de agentes a mafias, grupos de estudiantes, sindicales, etc., donde frecuentemente fungen como grupos de choque. Se induce al delito para después reprimir por ello. En cuanto a los agentes, se les garantiza impunidad respecto de los delitos y tropelías que cometan en el cumplimiento de su misión.

12º.	Se autorizan hasta 80 días de arraigo en el lugar, para integrar la averiguación previa, esto con vigilancia de la autoridad.	Principio de Inocencia. Art. 133 Bis C.F.P.P.: “El arraigo domiciliario... se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable.		Como ejemplo más claro del debilitamiento de actitudes frente a determinados grupos de autores de hechos delictivos y del incremento de necesidades de aseguramiento de la colectividad ha de mencionarse la ampliación de la custodia de seguridad.	La figura del arraigo, a pesar de estar regulada en las leyes adjetivas, carecía de fundamento constitucional. En todo caso, si existe orden de aprehensión, lo que procede es la prisión preventiva. No debe darse tratamiento especial dependiendo del delito.
13º.	No se concederá valor probatorio a las actuaciones si solicitado el acceso a ellas el M.P. las haya negado.	Principio de certeza jurídica En términos de la ley de Amparo, procede Amparo Directo “Cuando no se le muestren algunos documentos o piezas de autos de manera que no pueda alegar sobre ellos” (Art. 159-VIII).		En el Derecho Penal del Enemigo se reduce el acceso a la información, dificultando a los defensores elaborar una adecuada defensa	El M.P. tiene el poder para negar una prueba que pueda servir a la defensa.
14º.	Se reserva la identidad de quien acusa hasta el ejercicio de la acción penal.	Principio de seguridad jurídica: Principio de Inaceptabilidad de la Acusación Secreta: Art. 128 C.F.P.P.: “Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el M.P.F., se procederá de inmediato de la siguiente forma:		Tanto a nivel Constitucional como el la LFCDO existe una reserva de datos del acusador. Lo anterior contradice el artículo 14 Constitucional, que establece la garantía de audiencia. Los no-ciudadanos no gozan de las	Se oculta la identidad del acusador durante toda la Averiguación Previa.

		II. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante...”		garantías de las que gozan los delincuentes que se han desviado un poco del orden jurídico, pero, pueden enmendarse.	
ART.	CONTENIDO	PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MODERNO (ORDINARIO) QUE SON VIOLADOS			ADOPCIÓN DEL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN
16º.	Se permite la intervención de comunicaciones	<p>Derecho a la privacidad.</p> <p>Garantía de Legalidad: Nadie puede ser molestado en sus derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales.</p> <p>Principio de Seguridad Jurídica: En este caso existe una orden de intervención de comunicaciones, pero la persona involucrada nunca se entera.</p>		<p>No es tarea sencilla identificar respecto del Derecho Procesal Penal una tendencia definida en dirección al tipo ideal del Derecho Penal del Enemigo, bien en dirección al tipo ideal del Derecho Penal del Ciudadano. El Derecho Penal del Enemigo adopta medidas diferentes para el combate efectivo, la intervención de las comunicaciones es una de estas medidas para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada.</p>	<p>El artículo 16 Constitucional autoriza la intervención de comunicaciones privadas.</p> <p>Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán las solicitudes de medidas cautelares.</p>

21º.	Si se descubren delitos diversos en la intervención de comunicaciones... se hará constar en el acta			Este precepto es contrario a lo establecido por los artículos 14, 16 de la Constitución. El Derecho Penal del Ciudadano es respetuoso de la garantía de audiencia, sin embargo para hacer frente a los riesgos es permitido vulnerar las garantías del Estado de Derecho.	No menciona qué acción se tomará además de levantar el acta, pero es lógico y entendible que se iniciará la persecución de tales delitos. Se trata simplemente de encontrar causas para encarcelar a determinada persona, sea el delito que sea.
29º y 30º	Sólo por indicios puede una persona ser sujeto de aseguramiento de sus bienes. Se invierte la carga de la prueba	Principio del no interés fiscal Principio de Inocencia Principio de Legalidad Principio de la carga de la prueba: Art, 248 del CPPDF: "El que afirma está obligado a probar..."		Jakobs menciona que el Derecho Penal del Enemigo pueden acabar desapareciendo todos los límites inherentes a un Estado democrático de Derecho, especialmente cuando se combaten riesgos.	Basta la presunción para el aseguramiento de bienes... No es posible que cualquiera pueda afirmar y el "sospechoso" deba comprobar la proveniencia lícita, sobre todo si para ello cuenta con la efectividad del control inmobiliario de nuestro país.
35º y 36º.	Se permiten negociaciones con colaboradores que denuncien a implicados en la delincuencia organizada... se les podrán reducir las penas.	Art. 529 C.F.P.P.: "...Será deber del M:P: practicar todas las diligencias conducentes a fin de que las sentencias sean estrictamente cumplidas..."		En el Derecho Penal del Enemigo el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. Estos artículos	Se permiten negociaciones con detenidos para obtener negociaciones a cambio de penas más benévolas, cuando en la Constitución se habla de igualdad

		<p>Principio de igualdad en la aplicación de la ley.</p> <p>Principio de Imparcialidad de la ley.</p> <p>Principio Exacta Aplicación de la Ley.</p> <p>Principio de proporcionalidad de las penas respecto al delito: No puede pensarse en penas mayores para unas personas y menores para otras cuando el delito cometido haya sido el mismo.</p>		<p>ejemplifican lo anterior.</p>	<p>e imparcialidad de la ley. Con los preceptos comentados, sin respetar estos principios, se están usando la oportunidad y conveniencia. Si el MP debe actuar de oficio, debe ejercitar acción penal cuando así convenga, no negociarla. En México esto no se permite en la Constitución, tampoco se prohíbe, pero doctrinariamente el ejercicio de la acción penal y la cantidad de la pena no están a disposición del M.P. Con este sistema se está favoreciendo la impunidad de los delatores.</p>
37º.	Se permite ofrecer recompensas	<p>Artículo 21 Constitucional: "...La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público..."</p>		<p>Los ciudadanos que presten fidelidad al orden jurídico, y ayuden al Estado en su lucha contra el Enemigo, podrán ser recompensados, al mismo tiempo colaboran para mantener la vigencia de la norma.</p>	<p>La investigación de los delitos corresponde a la policía a cargo del M.P. Con esta medida su función se está desvirtuando; ya no es investigar, sino pagar para que los ciudadanos investiguen.</p>
38º.	Iniciación de la Averiguación previa con base en delaciones anónimas	<p>Principio de la inaceptabilidad de la acusación secreta</p> <p>Principio de Legalidad</p>		<p>Los no-ciudadanos, no tienen derecho a que se les concedan las garantías de</p>	<p>Aplicación de un régimen inquisitorio. La existencia de una denuncia, acusación o querrela requiere</p>

		<p>Principio de seguridad jurídica: Art. 16 Constitucional: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito..."</p>		<p>seguridad jurídica, que desde la Constitución de 1857 de origen liberal individualista, el Estado reconoce a los gobernados.</p> <p>Esta es una de las características del denominado Derecho Penal de tercera velocidad que suprime los principios del Derecho Penal Democrático.</p>	<p>forzosamente la identificación de la persona que las realiza. Este artículo en particular es una flagrante violación a los derechos humanos. Cualquier persona, con una simple llamada telefónica al M.P., puede causar muchos problemas a gente inocente. La Constitución, al establecer la existencia de una denuncia para que pueda iniciarse la averiguación excluye los casos de delación anónima.</p>
ART.	CONTENIDO	PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MODERNO (ORDINARIO) QUE SON VIOLADOS			ADOPCIÓN DEL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN
41º.	...únicamente es necesario probar la vinculación de un nuevo procesado a esta organización, para poder ser sentenciado por el delito de delincuencia organizada.	<p>Principio de Legalidad.</p> <p>Principio de Seguridad Jurídica.</p> <p>Principio de la exacta Aplicación de la Ley.</p>		<p>Este artículo transgrede la garantía de audiencia plasmada en el artículo 14 constitucional, ya que usando un criterio previo se elimina la posibilidad de</p>	<p>Según el principio de legalidad, una sentencia no puede dictarse sino al final de un juicio. Aquí se rompe completamente con este principio, además de que se usa la analogía,</p>

				que se puedan ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga.	ya no entre leyes, sino entre personas para aplicar la misma ley, aún cuando en el caso de una de ellas no se haya seguido el juicio correspondiente. No se va a comprobar un delito, sino un nexo, para proceder a dictar sentencia.
42º.	Protección para los colaboradores, cuando éstos se encuentren en reclusión	Principio de igualdad en la Aplicación de la ley. Principio de la exacta Aplicación de la Ley.		A los no-ciudadanos que demuestren un arrepentimiento por su conducta y hayan pertenecido a una organización criminal se les separara de los enemigos que no mostraron ningún respeto por el orden jurídico y sus instituciones.	Existen preferencias y desigualdad en las condiciones de ejecución de la sentencia. Se da un trato preferencial
43º y 44º	No se otorgarán beneficios de libertad, a menos que colaboren con la autoridad	Principio de igualdad en la Aplicación de la ley. Principio de la exacta Aplicación de la Ley.			Existen preferencias y desigualdad en las condiciones de ejecución de la sentencia. ⁸⁴

⁸⁴ García García Guadalupe Leticia, Op. Cit., pp. 141-146

45º	<p>Los sentenciados por los delitos a que se refiere esta ley no tendrán el derecho a compurgar sus penas en el centro penitenciario más cercano a su domicilio.</p> <p>A los sentenciados por delitos de delincuencia organizada se les pondrá vigilancia especial, y se les restringirán las comunicaciones</p>	<p>No existe la prevención general positiva, ni la prevención especial positiva</p>		<p>El Derecho penal del ciudadano es respetuoso de los beneficios de la libertad provisional bajo caución, no ocurre lo mismo en el Derecho Penal del Enemigo, ya que a los no ciudadanos se les excluye de cualquier beneficio, salvo que muestren un arrepentimiento de su conducta y apoyen al Estado delatando a los que desempeñen funciones de dirección en la organización criminal. El ciudadano que se ha apartado un poco del derecho, podrá purgar su pena en el centro penitenciario más cercano a su domicilio, a fin de propiciar su reinserción a la sociedad.</p> <p>Pero en el caso de los enemigos no importa su reinserción a la sociedad sino su neutralización</p>	<p>Existe la prevención especial negativa por medio de la segregación o neutralización del delincuente.</p>

				<p>por cualquier medio para que no siga atentando contra el Estado ni sus instituciones.</p> <p>Este artículo tiene su fundamento constitucional en el artículo 18 párrafo noveno.</p>	
--	--	--	--	--	--

CAPÍTULO V

LOS TRIBUNALES DE CONTROL Y EL ACUERDO 75/2008 DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

A continuación se presenta el desarrollo de las características orgánicas del Consejo de la Judicatura Federal, a fin de establecer la competencia que éste tiene en cuanto a la creación de nuevos tribunales y más específicamente de tribunales especiales.

5.1 FACULTADES Y ATRIBUCIONES DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

En el presente apartado se analizan las diversas facultades que la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación otorgan al Consejo de La Judicatura Federal, y su relación con la formulación de acuerdos de observancia general.

5.1.1 FACULTADES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

El artículo 100 de la Constitución Federal establece que el Consejo de la Judicatura Federal es un órgano del Poder Judicial de la Federación con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones.

La Ley Suprema establece que el Consejo de la Judicatura Federal se integrará⁸⁴ por siete miembros, uno de los cuales será el Presidente de la Suprema Corte, quien también lo será del Consejo; tres Consejeros designados por el pleno de la Corte; dos Consejeros designados por el Senado, y uno por el Presidente de la República.

El Consejo funcionará en pleno o en comisiones. El Pleno resolverá sobre la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, así como los demás asuntos que la ley determine.

El numeral 68 de la LOPJF, menciona que la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Electoral, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal, en los términos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es importante mencionar que el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal deberá integrarse con los siete Consejeros, pero bastará la presencia de cinco de ellos para que pueda funcionar.⁸⁵

El Consejo de la Judicatura Federal contará con aquellas comisiones permanentes o transitorias de composición variable que determine el Pleno del mismo, debiendo existir las de administración, de carrera judicial, disciplina, creación de nuevos órganos y la de adscripción. Cada Comisión se formará por

⁸⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2009, LOP.JF, arts.68,74

tres miembros: uno de entre los provenientes del Poder Judicial y los otros dos de entre los designados por el Ejecutivo y el Senado.

El pleno tiene bajo su encargo, además de dar las bases de organización y funcionamiento de los órganos auxiliares, coordinarlo y supervisarlos, esto es explicable pues permite un adecuado sistema de organización administrativa y de toma de decisiones.

Los órganos auxiliares tienen autonomía técnica, pero dependencia jerárquica del Consejo, el Consejo determina quién los dirige a través de la propuesta presidencial al Pleno del Consejo, la autorización de su plantilla, organigrama y presupuesto.

Las atribuciones administrativas del Consejo de la Judicatura Federal pueden clasificarse ya sea de índole externa o interna, según estén dirigidas a la propia organización administrativa del Consejo, o bien afecten a los órganos jurisdiccionales bajo su custodia y vigilancia administrativa.⁸⁶

⁸⁶ Melgar Adalid Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1994. pp. 120-121

5.1.2 LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

El artículo 100 de la Ley Suprema en su párrafo octavo concede al Consejo de la Judicatura Federal la facultad de emitir acuerdos generales, y la LOPJF le fijó también, la de dictar reglamentos. El Consejo deberá expedir, según lo establece la LOPJF, sus reglamentos interiores en materias como carrera judicial, escalafón, régimen disciplinario y administración, así como los acuerdos generales necesarios para el adecuado ejercicio de sus atribuciones.

Existen algunos cuestionamientos en torno a la naturaleza jurídica de que el CJF emita reglamentos. La ley así lo dispone, aun cuando la Constitución se refiera a acuerdos generales. La facultad reglamentaria entendida como la de autorregular su actividad interna esta confiada a todos los poderes.

Con independencia del debate sobre la llamada facultad reglamentaria, el Consejo puede mediante reglamentos, acuerdos generales, dar cauce a disposiciones administrativas de carácter general vinculadas con sus atribuciones. Esa potestad tiene analogía con las facultades de la SCJN y del Congreso de la Unión de dictar medidas para organizarse y que no obstante su carácter general, abstracto e impersonal, no son leyes; pero aun cuando se les denomine genéricamente como reglamentos, no se equiparan ni tienen nada que ver con la facultad que le confiere la Constitución al presidente de la República de ejecutar las leyes expedidas por el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

El paralelismo que existe sobre la potestad reglamentaria entre el Congreso, la SCJN y ahora el CJF se expresa también en la habilitación que las leyes les han conferido a estos órganos para darse su propia normatividad orgánica y funcional, y al mismo tiempo impedir que sea el Poder Ejecutivo el que realice la norma.

Conforme al principio de que la función y las correcciones disciplinarias corresponden al Poder Judicial y no a órganos ajenos, la ley faculta al Consejo para dictar reglamentos y acuerdos generales en materia disciplinaria que sirvan, dentro del marco legal, para la investigación y determinación de responsabilidades y sanciones a los servidores públicos del Poder Judicial excepto de quienes integran la SCJN. Estas facultades son de carácter cuasi-jurisdiccional y constituyen uno de los tres pilares de la actividad del Consejo: administración, disciplina y vigilancia.

5.1.2 ATRIBUCIONES JURISDICCIONALES, CUASI-JURISDICCIONALES DEL CJF

La Constitución confirió al CJF ciertas atribuciones que tienen carácter jurisdiccional, y otras cuasi-jurisdiccionales o disciplinarias. Algunas de ellas son dudosamente administrativas, como la autorización a los secretarios de los tribunales de circuito y juzgados de distrito para desempeñar las funciones de los magistrados y jueces en sus ausencias temporales y facultarlos para designar secretarios interinos.

Una atribución de carácter estrictamente jurisdiccional es la relativa a la resolución de conflictos de trabajo entre el PJF y sus servidores públicos.

La atribución de mayor relevancia en el aspecto disciplinario es la de investigar y determinar las sanciones de los servidores públicos y empleados del propio Consejo, así como de los tribunales y juzgados.

El Consejo tiene, por otra parte, la atribución de suspender en sus cargos a los magistrados y jueces federales y, a solicitud de la autoridad judicial, conocer el procedimiento penal en contra de ellos. Esta suspensión es requisito previo e indispensable para su aprehensión o enjuiciamiento.

5.1.4 LA FACULTAD DE DESIGNACIÓN

Una de las facultades más importantes del CJF es nombrar a jueces de distrito y magistrados de circuito, y designar también, según la Ley, a los funcionarios del Poder Judicial que son electos por insaculación para fungir como Consejeros de la Judicatura Federal.

El Consejo nombra también, a propuesta de su presidente, a los funcionarios que ejecutan las decisiones del Consejo, es decir a los secretarios ejecutivos a los que se refiere la ley. Se trata de los del Pleno y carrera judicial, de administración y de disciplina; así como a los que ha creado: el de adscripción, de creación de nuevos órganos y de vigilancia.⁸⁷

⁸⁷ Ibidem, pp. 125-133

5.1.5 ORGANIZACIÓN TERRITORIAL Y POR MATERIA DE CIRCUITOS Y DISTRITOS

La Constitución General de la República confiere al Consejo de la Judicatura la atribución de terminar el número, división de circuitos, competencia territorial y especialización por materia de los tribunales colegiados y unitarios de circuito y de los juzgados de distrito.

La LOPJF reprodujo la prevención constitucional de conferirle al Consejo, la atribución de determinar la composición territorial y por materia, además estableció una nueva distribución de competencias de los juzgados de distrito. Nuestro país siguió en materia de organización territorial de las jurisdicciones los ejemplos de Estados Unidos de Norteamérica, España.

El Consejo puede establecer el número y especialización por materia de los tribunales colegiados y unitarios en cada circuito, y además de todo ello los límites territoriales de los juzgados de distrito en los diversos circuitos. El Consejo puede además cambiar la residencia de los tribunales de circuito y de los juzgados de distrito.⁸⁸

⁸⁸ Ibidem, 138-139

5.2 CREACIÓN DE LOS JUZGADOS FEDERALES PENALES ESPECIALIZADOS

EL ACUERDO 75/2008 DEL CJF, QUE CREA LOS JUZGADOS FEDERALES PENALES ESPECIALIZADOS EN CATEOS, ARRAIGOS E INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES Y SUS DIVERSAS REFORMAS.

El cinco de enero de 2009 a las ocho horas entró en vigor el acuerdo 75/2008, que crea los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, dichos juzgados fueron creados a la luz de las reformas constitucionales de Junio de 2008, fundamentando su actuación en el artículo 16 Constitucional que establece que los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán en forma inmediata, y por cualquier medio las solicitudes por parte de la autoridad investigadora, de medidas cautelares y providencias precautorias.

En un principio el número de los tribunales creados fue de seis, sin embargo el 15 de Junio de 2009 salió publicado en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo General 23/2009 que creó el juzgado Séptimo Federal Penal Especializado en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, la creación de este nuevo órgano jurisdiccional obedeció a la necesidad de mitigar la carga de trabajo de los originalmente seis Juzgados Especializados.

Posteriormente se expide el Acuerdo General 24/2009, que modifica los artículos tercero y séptimo del Acuerdo General 75/2008, estableciendo que cada Juzgado contaría con cinco secretarios, asimismo estableció una jornada de trabajo de veinticuatro por cuarenta y ocho horas de descanso, a tres de los

Juzgados Especializados. Los restantes cuatro laborarían turnos de veinticuatro por setenta y dos horas de descanso.

El miércoles 17 de Junio de 2009 se dio a conocer en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo General 25/2009 que reformó en forma sustancial el Acuerdo General 75/2008, que creó los Juzgados Federales Penales Especializados.

El primero de Junio de 2009 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por el que se expide la Ley de la Policía Federal, que le otorga la atribución de solicitar por escrito ante el Juez de Control la autorización para la intervención de comunicaciones privadas para la investigación de los delitos que se relacionen con la delincuencia organizada.⁸⁹

La reforma al artículo 16 Constitucional publicada en el diario oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho, determinó la existencia de jueces cuya principal misión es la de resolver en forma inmediata, las solicitudes de medidas cautelares, que solicite la autoridad federal competente.

Cabe señalar que en un inicio sólo podían solicitar las medidas cautelares a los jueces de control, el Ministerio Público de la Federación, y el Centro de Investigación y Seguridad Nacional. Sin embargo, con la expedición de la Ley de la Policía Federal, que regula la organización y funcionamiento de esa corporación como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Seguridad Pública, en su numeral octavo, le otorgan como atribución solicitar

⁸⁹ La ley de la Policía Federal en su artículo 8º, establece que la policía Federal podrá solicitar la autorización para intervenir comunicaciones al juez de control, asimismo podrá solicitar que las concesionarias en materia de telecomunicaciones aporten información necesaria a la investigación.

al juez de control la autorización, para requerir a los concesionarios en materia de telecomunicaciones la información con que cuenten para la investigación en materia de delincuencia organizada.

Para la solicitud y resolución de las medidas cautelares, la autoridad investigadora a nivel federal deberá apegarse a lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, la Ley de Seguridad Nacional y la Ley de la Policía Federal.

A continuación se hacen los comentarios correspondientes a cada uno de los Artículos componentes del Acuerdo 75/2008.

5.3 Acuerdo General 75/ 2008 del pleno del consejo de la judicatura Federal, por el que se crean juzgados Federales Penales Especializados en cateos, Arraigos e intervención de comunicaciones.

TEXTO	COMENTARIO
<p style="text-align: center;">CONSIDERANDOS</p> <p>Primero. En términos de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo segundo; segundo; 100, párrafos primero y octavo, de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 68 y 81, fracción II, de la Ley orgánica del poder judicial de la federación, el Consejo de la Judicatura Federal es el encargado de la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial de los tribunales de circuito y juzgados de distrito, con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones; además esta facultado para expedir acuerdos generales que permitan el adecuado ejercicio de sus funciones;</p>	<p>Art. 94, párrafo séptimo: “El pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales...”</p> <p>Según este artículo constitucional el Consejo de la Judicatura está facultado para expedir Acuerdos Generales, sin embargo se considera que esto no implica necesariamente que esté facultado para la creación de Tribunales Especiales en materia penal ya que ello va en contra de lo establecido en el Art. 13 Constitucional que a letra dice: “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales”</p>
<p>Segundo.-Los artículos 94, párrafo sexto, de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos;81, fracciones IV, VI y XXIV de la Ley Orgánica del Poder judicial de la Federación establecen que son atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal determinar el número, límites territoriales y, en su caso, especialización de los jueces de Distrito y dictar las disposiciones necesarias para regular el turno de los asuntos de su competencia, cuando en un mismo lugar haya varios de ellos.</p>	<p>Los preceptos señalados en este considerando establecen atribuciones al consejo de la judicatura para determinar el número y límites territoriales de los circuitos en que se divide el territorio de la República y la especialización de los juzgados de distrito y competencia de los tribunales de circuito, cuando en un mismo lugar haya varios de ellos, pero en dichos preceptos no se establecen las atribuciones de los juzgados federales penales especializados en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones, ni su ubicación.</p>

<p>Tercero.-Las reformas a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, y 22 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos han cambiado radicalmente el sistema de justicia penal, modificaciones de tal magnitud que impactan de manera directa la estructura, presupuesto y organización del poder judicial de la federación.</p>	<p>Se ha constitucionalizado el llamado Derecho Penal del Enemigo, que se dirige al combate de individuos que el Estado considera peligrosos.</p>
<p>Cuarto.- Es indiscutible que, para concretar los objetivos de las reformas constitucionales de manera integral, la ley secundaria deberá reglamentar su aplicación, actividad que incumbe directamente a los órganos de amenazas a la seguridad nacional, implementación que se hace necesaria para cumplir con la reforma constitucional al sistema penal acusatorio y con el Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Legalidad y la Justicia, expedido el veintiuno de agosto de dos mil ocho, en cuyo punto XXXVIII, se asumió el compromiso de establecer Juzgados Especializados que se encarguen de responder ágil y oportunamente las solicitudes de órdenes de cateo, órdenes de arraigo y autorizaciones para la intervención de comunicaciones;</p>	<p>Para que una autoridad pueda, sin violar el artículo 16 constitucional, causar molestia a una persona, se requiere entre otras condiciones, que obre no sólo de acuerdo con una ley, que es la fundamentación del procedimiento, sino en el caso concreto hacia el cual va encaminada su actuación se encuentren los extremos previstos o contenidos en aquélla que es la motivación del procedimiento. No se ha expedido la ley secundaria que establezca las facultades y atribuciones de los tribunales de control, por lo tanto su actuación queda fuera de los principios fundamentales contenidos en el artículo 16 constitucional.</p>
<p>QUINTO.- El nuevo texto del artículo 16 constitucional determina que deben existir jueces que resuelvan, entre otras, 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;</p>	<p>La autorización del juez podrá darse por medios distintos al escrito formal, de manera que pueda expedirse con rapidez, para ello el ministerio público federal tendrá acceso al sistema electrónico, por medio de este podrá solicitar la petición de las medidas cautelares.</p>

<p>SEXTO.- La creación de Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones implica, aún antes de la expedición de la norma secundaria, un avance importante en la implementación de las reformas, que coadyuvará a satisfacer las cargas de trabajo que deberán enfrentarse, acatar los tiempos en que deba resolverse, así como a definir y especializar los mecanismos que resulten indispensables para la puesta en marcha de esas reformas; lo que permitirá a los Jueces Federales Penales adelantarse para que estén en condiciones de enfrentar con excelencia, profesionalismo, eficacia y oportunidad, todas y cada una de las actividades que ya exige la moderna función judicial penal.</p>	<p>La creación de los Juzgados Federales Penales Especializados tiene por objetivo el resolver de forma inmediata las solicitudes de medidas cautelares solicitadas por el Ministerio Público Federal para evitar que los miembros pertenecientes a una organización en materia de delincuencia organizada se sustraigan a la acción de la justicia.</p>
<p>SÉPTIMO.- Ante estas circunstancias, el Consejo de la Judicatura Federal estima conveniente la creación de “Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones”, cuya competencia debe acotarse, en un primer momento, al conocimiento de solo determinados asuntos, con independencia de que gradualmente se vayan ampliando sus facultades, conforme a su ámbito competencial establecido en la Constitución, al conocimiento y resolución de las providencias precautorias y demás técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, debiendo atender en su caso, a la legislación secundaria aplicable, una vez que se expidan las reformas conducentes.</p> <p>En consecuencia, con fundamento en los artículos constitucionales y legales antes invocados, el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal expide el siguiente</p>	<p>En el Derecho Penal del Enemigo cabe la defensa frente a riesgos sin límite alguno, es decir cuando existe el correspondiente pronóstico. También han de preverse medidas preventivas sin condena jurídico-penal.</p>
<p style="text-align: center;">ACUERDO</p> <p>CAPÍTULO I De los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones. Artículo 1. Se crean seis órganos jurisdiccionales denominados “Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones”. Jueves 4 de diciembre de 2008 DIARIO</p>	<p>Una de las características del Derecho Penal del Enemigo, es que se legitima como un Derecho Penal de emergencia. Los preceptos a él correspondientes son separados del Derecho Penal de Ciudadanos. La creación de los Juzgados Federales Penales Especializados en cateos, arraigos, intervención</p>

OFICIAL (Primera Sección)	de comunicaciones, corresponde a una situación de emergencia.
Artículo 2. La residencia de los Juzgados a que se refiere este acuerdo general, será la Ciudad de México, Distrito Federal, en las instalaciones que determine el Consejo de la Judicatura Federal.	El artículo 81 de la LOPJF en su fracción XX, establece como facultad del Consejo de la Judicatura Federal, la de cambiar de residencia a los tribunales de circuito y la de los juzgados de distrito.
Artículo 3. Cada Juzgado Federal Penal Especializado contará, al menos, con cuatro secretarios y con el personal administrativo que determine el Consejo de la Judicatura Federal, atendiendo a las necesidades del servicio.	El acuerdo General 24/2009 del 15/06/09 modifica este artículo, el nuevo texto establece que cada Juzgado Federal Penal Especializado contará, al menos, con cinco secretarios y con el personal administrativo que determine el Consejo de la Judicatura Federal, atendiendo a las necesidades del servicio.
Artículo 4. Los Jueces Federales Penales que sean adscritos a los órganos jurisdiccionales a que se refiere este acuerdo, serán designados por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, a propuesta de la Comisión de Adscripción.	El artículo 118 de la LOPJF establece que corresponde al Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, asignar la competencia territorial y el órgano en que deban ejercer sus funciones los magistrados de circuito y jueces de distrito, asimismo le corresponde, readscribir a los magistrados de circuito y jueces de distrito a una competencia territorial o a un órgano de materia distinta.
<p>CAPÍTULO II</p> <p>De la competencia y funcionamiento de los Jueces Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones.</p> <p>Artículo 5. Los Jueces Federales Penales Especializados serán competentes para conocer y resolver las peticiones que, en toda la República, solicite el Ministerio Público de la Federación en la etapa de averiguación previa que se refieran a:</p> <p>I. Cateo;</p> <p>II. Arraigo; e</p> <p>III. Intervención de comunicación.</p> <p>De igual forma serán competentes para</p>	<p>En el Derecho Penal del Enemigo se renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho Penal de la normalidad. Estos principios y reglas propios del Derecho Penal del Enemigo vendrían impuestos por el significado de las circunstancias fácticas que caracterizan la actividad y la posición del enemigo frente a la sociedad.</p> <p>Las fracciones a y b de este</p>

<p>conocer de las solicitudes siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) De la intervención de comunicaciones que sean formuladas por el Centro de Investigación y Seguridad Nacional y por la Policía Federal, en los términos de la ley de la materia; y b) De la autorización que pida la policía Federal para solicitar por escrito a los concesionarios, permisionarios, operadoras telefónicas y todas aquellas comercializadoras de servicios en materia de telecomunicaciones, de sistemas de comunicación vía satélite, la información con que cuenten, así como la georreferenciación de los equipos de comunicación móvil en tiempo real, de acuerdo a la ley que la rige. 	<p>artículo fueron adicionadas al texto original del Acuerdo 75/2008, por medio del Acuerdo General 25/2009 del 17 de junio de 2009 del pleno del Consejo de la Judicatura Federal</p>
<p>Artículo 6. Para la solicitud y resolución de las medidas previstas en este acuerdo general, así como los plazos a observar y el procedimiento en general, incluida la verificación de su ejecución, se estará a lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley de Seguridad Nacional y la Ley de la Policía Federal.</p>	<p>Lo dispuesto en las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales y los preceptos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, cumplen con los criterios que establece el Derecho Penal del Enemigo, en virtud de que se considera la anticipación de la punibilidad, el aumento de la prescripción penal y la supresión de garantías procesales. El Acuerdo General 25/2009 modifica la última parte de este precepto al incluir La Ley de la Policía Federal</p>
<p>Artículo 7. Con el objeto de que el Ministerio Público de la Federación, la Policía Federal y el Centro de Investigación y Seguridad Nacional, tengan la posibilidad de acudir en cualquier momento ante los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e intervención de comunicaciones, estos órganos funcionarán de la siguiente forma: Tres de ellos laborarán turnos de veinticuatro horas por cuarenta y ocho horas de descanso, con inicio de la jornada a las ocho horas. Durante las primeras doce horas, recibirán y</p>	<p>El Acuerdo General 25/2009 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal del 17 de Junio de 2009 reforma casi en su totalidad este precepto, al detallar la jornada laboral de los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e intervención de Comunicaciones.</p>

<p>resolverán las solicitudes; y en las otras doce, sólo resolverán las mismas.</p> <p>Cuatro de dichos órganos, laborarán turnos de veinticuatro por setenta y dos horas de descanso, con inicio de jornada a las veinte horas. Durante las primeras doce horas resolverán las solicitudes; y en las otras doce, sólo resolverán las mismas.</p> <p>Cada turno de los dos grupos de órganos, deberán iniciar con una diferencia de doce horas.</p> <p>Con independencia del turno a que se alude en los párrafos anteriores, cada Juzgador Federal Penal Especializado designará un secretario, el cual tendrá un horario fijo de Lunes a Viernes de 9:00 a 19:00 horas, con la finalidad de que se desahogue de forma expedita todas las peticiones y requerimientos que se refieran al trámite de los asuntos ya resueltos por el Juzgado Federal Penal de que se trate.</p>	
<p>Artículo 8. En caso de sustitución de un Juez Federal Penal Especializado, éste deberá ser suplido de acuerdo con el horario que le corresponda, con la finalidad de impedir que se interrumpa la continuidad del funcionamiento de los Juzgados Federales Penales Especializados.</p>	<p>La sustitución deberá efectuarse de manera pronta, para evitar que no se pueda expedir la orden solicitada por no encontrarse disponible el titular de dicho órgano jurisdiccional.</p>
<p>Artículo 9. El cambio de turno de los Jueces Federales Penales Especializados, deberá coordinarse con el objeto de que siempre se cumpla de manera eficiente con la alta función para la que fueron creados los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones.</p>	
<p>CAPITULO III De la Solicitud de Cateo, Arraigo o Intervención de Comunicaciones. Artículo 10. El Ministerio Público de la Federación, el Centro de Investigación y Seguridad Nacional y la Policía Federal podrán solicitar, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, conforme a la ley que corresponda, el cateo, arraigo o intervención de comunicaciones al Juez Federal Penal Especializado en turno. Artículo 10 bis. La policía Federal, por</p>	<p>El Ministerio Público de la Federación, el Centro de Investigación y Seguridad Nacional, la Policía Federal, al solicitar una orden de Cateo, Arraigo, intervención de comunicaciones deberán apegarse a lo establecido en el Código Federal de Procedimientos Penales, a la Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada, a</p>

<p>conducto de su Comisionado General, podrá solicitar al Juez Federal Penal Especializado en turno, la autorización para requerir por escrito a los concesionarios, permisionarios, operadoras telefónicas y todas aquellas comercializadoras de servicios en materia de telecomunicaciones, de sistemas de comunicación vía satélite, la información con que cuenten y la georreferenciación de los equipos de comunicación móvil en tiempo real.</p>	<p>la Ley de la Policía Federal según corresponda.</p>
<p>Artículo 11. La solicitud deberá presentarse a través del sistema informático que permita hacer llegar, por medios electrónicos, todos esos pedimentos al Juzgado Federal Penal Especializado en turno. De igual manera, las pruebas o datos que el solicitante estime necesarias para sustentar la procedencia de la medida cautelar, tales como documentos digitalizados, fotografías, videos u otras análogas, podrán ser transmitidas mediante el uso de medios electrónicos, con las garantías de seguridad, certeza y confidencialidad que el sistema informático en comento ofrece.</p>	<p>Nos encontramos frente a un crecimiento y modernización del Derecho Penal, los partidarios de esta corriente propician la ampliación de las facultades de investigación, de los cuerpos policiales.</p>
<p>CAPÍTULO IV</p> <p>De la Resolución a la Solicitud de Cateo, Arraigo o Intervención de Comunicaciones.</p> <p>Artículo 12. El Juez Federal Penal Especializado deberá resolver, antes de que termine su turno, sobre la procedencia del cateo, arraigo o intervención de comunicaciones que le hayan sido solicitados. En el expediente que se forme para el trámite del pedimento de que se trate, se integrará versión escrita de la determinación emitida por el Juzgador Federal Penal Especializado, la constancia de su notificación y en su caso, los informes que el solicitante haga llegar.</p>	<p>En el Derecho Penal del Enemigo, es evidente la restricción de garantías procesales. Se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba.</p>
<p>Artículo 13. Tan luego se firme y autorice la resolución que conceda o niegue el cateo, arraigo, intervención de comunicaciones o la solicitud a que se refiere el artículo 10 bis de este acuerdo, deberá incorporarse al sistema electrónico con la finalidad de que, además del juez que la dictó, sólo esté disponible para el personal autorizado por la Procuraduría</p>	<p>La resolución deberá estar sólo disponible para el personal autorizado por la Procuraduría General de la República y por el Director General del Centro de Investigación y Seguridad Nacional, y el Comisionado</p>

<p>General de la República, por el Director General del Centro de Investigación y Seguridad Nacional , y por el Comisionado General de la Policía Federal, quienes podrán obtener copia electrónica inmodificable para realizar la impresión correspondiente .</p>	<p>General de la Policía Federal.</p>
<p>Artículo 14. En caso de que un juez de Distrito, que conozca de un proceso penal federal, requiera copia certificada de una resolución que conceda o niegue una medida cautelar que se encuentre relacionada con esa causa penal, el Juez Federal Penal Especializado que la haya emitido formará un testimonio de la resolución que enviará al juez requirente.</p>	<p>El Juzgador Penal Especializado tiene la obligación de formar un testimonio de la resolución que conceda o niegue una medida cautelar, y enviarla al Juez Federal Penal que necesite una copia de dicha resolución.</p>
<p>Artículo 15. El conocimiento de los recursos interpuestos en contra de las resoluciones que, en términos del presente acuerdo general, emitan los Jueces Federales Penales Especializados, corresponderá a los Tribunales Unitarios en Materia Penal del Primer Circuito. Con el objeto de que el Tribunal de Alzada cuente con la información suficiente para substanciar los recursos que se interpongan, el Juez Federal Penal Especializado deberá remitirle conforme a la legislación aplicable, el expediente a que alude el artículo 12 de este acuerdo general, así como en formato electrónico todas las constancias que por ese medio haya presentado la autoridad ministerial.</p>	<p>El superior jerárquico de los Jueces Federales Penales, Especializados, será el tribunal unitario en materia penal del primer circuito.</p>
<p>CAPÍTULO V Del Acceso al Sistema Electrónico. Artículo 16. Para acceder al sistema electrónico a que se refiere este acuerdo general se requiere de una firma digital. Los Agentes del Ministerio Público de la Federación, el Director General del Centro de Investigación y Seguridad Nacional las</p>	<p>Una de las principales finalidades del sistema electrónico es buscar la celeridad en la averiguación previa, evitando demoras innecesarias. La firma electrónica podría utilizarse de forma indebida, si no se</p>

<p>personas autorizadas por éste, que por razón de su función deban ingresar al sistema, podrán obtener esta firma previo trámite ante el Consejo de la Judicatura Federal.</p> <p>La firma digital permitirá a la representación social federal al Centro de Investigación y Seguridad Nacional y a la Policía Federal, certificar la autenticidad de los documentos que remita a los Juzgados Federales Penales Especializados a través del sistema electrónico, en el entendido que serán copia fiel de los que obren en la averiguación previa o en el expediente del que emana la solicitud, y en un apartado de observaciones se deberá especificar, de cada constancia que se envíe, si la copia electrónica se reprodujo de un documento original, copia certificada o copia simple.</p>	<p>garantiza la confiabilidad de la persona que la utiliza.</p>
<p>Artículo 17. Las circunstancias no previstas en este acuerdo general serán resueltas por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.</p>	<p>El Pleno del Consejo de la Judicatura Federal se integrará con siete consejeros, pero bastará la presencia de cinco para funcionar, y puede resolver sobre las circunstancias que se presentaren y no estén reguladas por el Acuerdo General 75/2008, algunas de estas circunstancias podrían ser las que se encuentran en el artículo 81 de la LOPJF.</p>

5.4 FACULTADES Y ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE CONTROL

Diversos Juzgadores en materia penal, llegaron a algunas conclusiones sobre la reforma en materia penal; sobre todo sobre la actuación de los jueces de control, la constitucionalización del arraigo, es de suma importancia revisar las posturas más importantes de algunos jueces y magistrados del Poder Judicial de La Federación, sobre aspectos de la política criminal actual del Estado Mexicano en la lucha contra la delincuencia organizada, y como en algunos casos puede violentarse las garantías consagradas en la Constitución.

Durante el año de 2008 se llevó a cabo el Congreso Nacional de Juzgadores del Poder Judicial de la Federación sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal. Este congreso se realizó durante los meses de septiembre (Tuxtla Gutiérrez, Chis.), octubre (Distrito Federal) y noviembre (Monterrey, N.L.). En este congreso, los juzgadores llegaron a conclusiones importantes respecto de las reformas y su implementación. A continuación se transcriben algunas de estas conclusiones:

Subtema: Examen de la ley actual al tenor de los lineamientos constitucionales

Mesa 1

Ponencia eje:

Magdo. Jorge Ojeda Velásquez

Juez Gildardo Galinzoga Esparza

Jueza María de Lourdes Lozano Mendoza

Magdo. Rafael Zamudio Arias

Magdo. Arturo Mejía Ponce de León

Moderador: Magdo. Héctor Lara Gonzáles
Secretario: Lic. David Calderón Blanc

Conclusiones

En la sesión vespertina, analizaron el subtema c) Examen de la ley actual al tenor de los lineamientos constitucionales; en la mesa de trabajo I, fungió como ponente eje el Magistrado Jorge Ojeda Velásquez y escuchamos las ponencias, en ese orden, de los señores jueces Gildardo Galinzoga Esparza y María de Lourdes Lozano Mendoza, así como de los señores Magistrados Rafael Zamudio Arias y Arturo Mejía Ponce de León.

Ante el gran número de congresistas participantes, es difícil llegar a conclusiones definitivas y concretas, sobre todo si consideramos que todas las aportaciones son valiosas, tanto de los ponentes como de los que no lo fueron. En esencia, de la Mesa de Trabajo en la que fungí como moderador, advertí los puntos siguientes:

- 1) La reforma constitucional en materia de delincuencia organizada tendrá una aplicación integral en cuanto sea emitida la ley secundaria respectiva, en términos del artículo 6º transitorio de la reforma citada....
- 2) La reforma constitucional en materia penal, en tratándose de delincuencia organizada, es una reacción estatal para abatir la criminalidad organizada, creando un derecho de excepción con disminución de garantías individuales; pese a ello, las personas

procesadas por tal ilícito no deben ser vistos como enemigos, sino como seres humanos, y por tanto deberán respetárseles los derechos fundamentales que les asisten y que no están limitados constitucionalmente.

- 3) Se ha federalizado el delito de delincuencia organizada; sin embargo, las legislaciones locales, a través de la figura de asociación delictuosa, desde un punto de vista material podrán sancionar a grupos de tres o más personas organizadas para cometer alguno de los delitos no previstos en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
- 4) Con la reforma constitucional se otorga a las autoridades carcelarias la posibilidad de prohibir visitas familiares a los procesados y sentenciados de delincuencia organizada, lo cual atenta contra lo dispuesto en los tratados internacionales que México ha suscrito, como el de Reglas Mínimas sobre Readaptación Social de sentenciados de 1955 y la Declaración Universal de Derechos Humanos. En este punto, resultó controvertido el tema concerniente a si se debe optar por un derecho supranacional o por un derecho interno.
- 5) Es correcto otorgar beneficios, como el de disminución de sanciones, a quienes siendo miembros de delincuencia organizada aporten datos para la investigación del delito.

- 6) Con relación al arraigo, se llegó a la conclusión de que no basta para su otorgamiento la afirmación ministerial de que se está investigando un delito de delincuencia organizada, sino que deberá probarlo en un mínimo razonable.
- 7) La potestad de un Juez de decretar una orden de arraigo en materia de delincuencia organizada debe estar sustentada en datos de carácter objetivo, pues esa facultad no debe identificarse con arbitrariedad, ya que no debe pasarse por alto la exagerada temporalidad de cuarenta y hasta ochenta días que son concedidos al Ministerio Público para integrar la indagatoria.
- 8) Se propuso que la fase de juicio en el proceso penal la instruyan juzgados colegiados.
- 9) También se propuso la regulación, orgánica o reglamentariamente, de una adecuada coordinación entre autoridades jurisdiccionales y autoridades carcelarias, a fin de cumplir cabalmente con el principio de publicidad en la audiencia y evitar así los obstáculos que surgen por cuestiones administrativas, sin detrimento de las medidas necesarias para mantener la seguridad en las prisiones.
- 10) Que dentro del término de setenta y dos horas, en la ley secundaria se establezcan a favor del inculcado el término de veinticuatro horas para que tenga conocimiento del expediente o registro.

- 11) Que como medio para combatir el crimen organizado, es importante también encontrar mecanismos para abatir el narcomenudeo, que es el último eslabón de la cadena delictiva. Fue controvertida en la Mesa de trabajo, la propuesta de que para tales efectos se sancionará la posesión para consumo personal, incluyendo tanto el caso de adictos como de no adictos; y que se regulará el principio de oportunidad, que hace valer el Ministerio Público, al no consignar a los compradores de droga para su consumo personal.
- 12) Respecto al delito de delincuencia organizada, aun cuando es de resultado anticipado, su prueba es latente cuando los sujetos sí concretan los delitos para cuya ejecución se organizaron.
- 13) Los sujetos activos del delito, al margen del rol que jueguen dentro de la organización, intervienen en la delincuencia organizada como autores, y ya será en los delitos cometidos en donde pueda haber diversos grados de participación. Este punto es muy debatible.

MESA 1
SUBTEMA A)
NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL JUEZ DE CONTROL
SUBTEMA F)

COMPARACIÓN DE LA ACTUACIÓN DEL JUEZ DE DISTRITO EN LOS JUICIOS DE AMPARO EN MATERIA PENAL Y LA NATURALEZA DEL JUEZ DE CONTROL

**PONENCIA EJE:
MAGISTRADO MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ**

A partir de la lectura teleológica de la reforma constitucional penal que nos ocupa se plantea la reforma integral al sistema de justicia penal. Entre otros aspectos, entraña la división en las funciones de los jueces, donde los objetivos fundamentales consisten en establecer un sistema acusatorio a partir de un debido proceso y que particularmente resulte eficaz en cuanto a la delincuencia organizada.

En cuanto al Juez de control a que se refiere el párrafo décimo tercero del artículo 16 constitucional, su función es ajena a la de un juez de instrucción y su actuar es garante del sistema de justicia, pues en el caso le corresponde vigilar el cumplimiento de las formalidades en la aplicación rápida, motivada y fundada de las medidas provisionales; asimismo, en calificar y validar la detención de un inculpado en situación de flagrancia; en pronunciar las determinaciones de reserva y desistimiento del ejercicio de la acción penal; en sustanciar la audiencia preliminar a que se refiere el artículo 16 constitucional; a tramitar el llamado juicio abreviado; en suma, al resguardo de los derechos fundamentales a través de la protección de los llamados derechos humanos.

De este modo se sostiene que corresponde al Juez de control la función de vigilar el debido proceso en la etapa de investigación; mientras que en la

etapa intermedia le atañe la valoración de los actos realizados en la indagatoria a partir de un sistema de control vertical, donde debe resguardar el equilibrio entre los intervinientes, sobre todo en el desahogo de la prueba anticipada, sin embargo su actividad se encuentra limitada, sobre todo a la realización de dichas medidas precautorias, por lo que es necesario ampliar su ámbito de facultades fundamentales en cuanto a la facultad de recepción de pruebas.

PONENCIA EJE:

MAGISTRADO PEDRO ELÍAS SOTO LARA

Al Juez de control le corresponde la trascendente función de vigilar la legalidad en la investigación, lo que dará mayor sustento a esta etapa del procedimiento cuando con posterioridad intervenga el Juez de amparo. Después de realizar diversas consideraciones generales en torno a la reforma constitucional que nos ocupa, se establece que su objetivo se dirigió a un diseño correcto de los derechos fundamentales tanto del inculpado como de la víctima, como es el caso de definir la función del Juez de control tendente a vigilar que los actos en la etapa de investigación se apeguen a derecho. Sin embargo esto último presenta ciertas insuficiencias, por lo que es necesario darle mayor intervención, claro está sin que por ello invada funciones del Ministerio Público o bien del Juez de amparo, básicamente en lo que corresponde a las llamadas técnicas de investigación, donde debe vigilar la legalidad de las funciones del Ministerio

Público a partir del respeto al principio de legalidad que rige el procedimiento.

COMENTARIOS DEL JUEZ ROBERTO ANTONIO DOMÍNGUEZ MUÑOZ

Después de puntualizar diversos aspectos que a manera de antecedentes incidieron en la reforma al nuevo sistema de justicia penal, se planteó la necesidad de que el legislador secundario despeje la incertidumbre en cuanto a las medidas y técnicas de investigación que como materia de actuación le corresponde al Juez de control en términos del párrafo décimo tercero del artículo 16 constitucional; asimismo en cuanto al régimen especial que opera para la delincuencia organizada y los delitos graves, es necesario el registro fidedigno de comunicaciones y precisar los medios que deben utilizarse en la investigación, donde deben aprovecharse los avances tecnológicos para resolver con prontitud las solicitudes planteadas. También es importante la actuación del Consejo de la Judicatura Federal en torno a la selección del personal capacitado para realizar tales funciones. Finalmente se propone que existan Jueces de control distribuidos en diversos circuitos judiciales y preponderantes donde existan Centros Federales de Reclusión.

COMENTARIOS DE LA MAGISTRADA MARTHA MARÍA DEL CARMEN HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

A partir de un análisis funcional y crítico, así como de derecho comparado, se establece que la figura del Juez de control llega a destiempo en nuestro sistema jurídico, el cual, además, sustenta como principio anómalo el castigo de los culpables y no la protección de los inocentes.

El Juez de control es distinto al Juez de instrucción, no sustituye al Ministerio Público en la investigación, y entre sus funciones se encuentra la de resolver la reserva o el desistimiento de la acción penal, así como el resguardo de los derechos del inculcado, víctima y testigos; asimismo, el de resolver impugnaciones contra actos del Ministerio Público.

Es necesario implementar el entrenamiento del Juez de control a partir de la racionalidad de las nuevas normas, sobre todo ante la falta de madurez en el desarrollo académico; también es importante la realización de una campaña tendente a lograr el conocimiento generalizado de las funciones del Juez de Control; todo ello a través de un principio de autocrítica y con la finalidad de hacer compatible dicho modelo garantista con el respeto de los derechos fundamentales.

COMENTARIOS DEL JUEZ GERMÁN MARTÍNEZ CISNEROS

La figura del Juez de Control corresponde a un sistema garantista y acusatorio, donde sus rasgos esenciales consisten en poner límites a la actuación del órgano investigador, en preparar los actos para la realización

del juicio oral y en avalar las decisiones de las partes en la realización de soluciones alternativas.

Se plantea la necesidad de una formación integral de juzgadores, incluso con mayor conocimiento sobre aspectos de criminalística, con la finalidad de tener un mayor control sobre las pruebas obtenidas en la investigación, lo cual requiere un cambio de actitud, a partir de la generación de ciertas condiciones como son las de capacitación, de monitoreo en su actuación, mediante la adecuación tanto burocrática como de infraestructura.

COMENTARIOS DEL MAGISTRADO CECILIO SILVÁN OLÁN

La aplicación de la reforma que nos ocupa hace relevante análisis de la función de sus operadores, de lo que se deduce que el concepto de jurisdicción hace inmanente la idea de control, por lo que en este sentido existe una judicialización de la investigación.

La competencia de los Jueces de Control debe establecerse por la importancia de los actos del Ministerio Público y para garantizar la legalidad de éstos, por lo que debe limitarse la carga de trabajo de esos jueces a fin de que su actividad sea eficiente; y si bien no existe fundamento constitucional es posible crear Jueces de legalidad, quienes se encargarían del pronunciamiento del auto de vinculación a proceso en la llamada etapa intermedia y a preparar el asunto para la audiencia del juicio oral.

COMENTARIOS DEL MAGISTRADO MARCO ANTONIO ARROYO MONTERO

La función del Juez de Control consiste en vigilar que durante la etapa de investigación se respeten los derechos fundamentales de las víctimas y de los indiciados, donde sus criterios de actuación están enmarcados a partir de la apariencia del buen derecho, del peligro en la demora de su decisión y en el riesgo de la sociedad.

El arraigo debe realizarse en el lugar donde el inculcado debe ser juzgado; en cuanto a la prisión preventiva, es importante el resarcimiento de los daños ocasionados, atender a la magnitud de las penas y al riesgo de continuar en la realización de conductas ilícitas, motivo por el cual se propone la creación de una base de datos a fin de que el Juez de control tenga mayores elementos para el conocimiento de las características y antecedentes del inculcado.

COMENTARIOS DE LA JUEZA ISABEL ILIANA REYES MUÑIZ

El Juez de Control interviene para salvaguardar la legalidad de los actos realizados por el Ministerio Público en la etapa de investigación; garantiza la adecuada impartición de justicia mediante al aplicación del principio de presunción de inocencia, entre otros, y en la aplicación de las medidas de aseguramiento, a fin de que éstas se apeguen a las reglas de un debido proceso.

COMENTARIOS DEL MAGISTRADO JORGE MARIO PARDO REBOLLEDO

Las facultades del Juez de Control por una parte están establecidas de manera explícita en la norma constitucional, como es el caso de la autorización de las medidas precautorias; sin embargo, es necesario delimitar los alcances de las llamadas técnicas de investigación. Además, en referencia a las legislaciones existentes en diversos Estados de la República, se hace cargo de la llamada audiencia preliminar; también está facultado para recibir la prueba anticipada para sentenciar en el juicio abreviado y para realizar una valoración de la prueba distinta a la que realiza en la llamada audiencia del juicio oral, a fin de dictar una orden de aprehensión o un auto de vinculación a proceso; también debe pronunciarse en torno a la reserva de la investigación como una limitante al principio de publicidad.

Sin embargo, dicho juzgador también debe tener injerencia en la aplicación de justicia alternativa, en el dictado de la orden de reaprehensión, en avalar la detención de un inculpado, en la suspensión del procedimiento, en la admisión de pruebas a desahogarse en la audiencia del juicio oral, en depurar los vicios de los medios de prueba y a determinar al tribunal competente para la celebración de la audiencia del juicio oral. No obstante, existen retos adicionales que atañen al funcionamiento de los Jueces de Control, tales como su especialización, la incorporación de nuevas

tecnologías, las cualidades específicas de su actuación, el turno de asuntos y su distribución por circuitos, amén del impacto presupuestal que todo ello acarrearía.

COMENTARIOS DE LA JUEZA MARÍA DEL ROSARIO PARADA RUIZ

Las facultades del Juez de Control responden al sistema acusatorio y oral, donde no se encarga de resolver controversias sino de vigilar la legalidad de los actos de investigación y de la aplicación de medidas cautelares, en donde es necesario que atienda al contenido de convenciones y tratados internacionales en tutela a los grupos vulnerables y desde una perspectiva de género, fundamentalmente salvaguardando los derechos de la mujer.

COMENTARIOS DE LA MAGISTRADA SARA OLIMPIA REYES GARCÍA

La actuación del Juez de Control se vincula al respeto a las garantías individuales, con la finalidad de superar anomalías y evitar la realización de daños irreparables en el ejercicio del poder durante la etapa de la investigación; su función se constituye como un control de calidad en el ejercicio del poder, donde es relevante un correcto perfil de quien ostenta el cargo de Juez de Control.

Ahora bien, a partir de las exposiciones de los ponentes, a manera de conclusiones se destacan los siguientes planteamientos que de manera común se derivan de ellas:

- a) La figura del Juez de Control es immanente a un sistema acusatorio y su función consiste básicamente en salvaguardar y en su caso validar las actuaciones del Ministerio Público durante la etapa de investigación.
- b) En la norma constitucional (párrafo décimo tercero del artículo 16) existe la atribución expresa al Juez de Control para resolver las medidas cautelares, que solicite el Ministerio Público en la investigación, pero se advierte ambigüedad de los alcances de su intervención en las llamadas técnicas de investigación, lo cual habrá de ser despejado en la legislación secundaria.
- c) Plantear la posibilidad de crear Jueces de legalidad que se encargarían del pronunciamiento del auto de vinculación a proceso en la llamada etapa intermedia , y a preparar el asunto para la audiencia del juicio oral.
- d) Se establezca una base de datos respecto de las peculiaridades de los indiciados para que, siempre a solicitud del Ministerio Público, el Juez de Control decida de manera fundada, en los casos no especificados constitucionalmente, sobre la procedencia de la prisión preventiva.
- e) Que el arraigo se lleve a cabo en el lugar de la detención.
- f) El Juez de Control garantiza la adecuada impartición de justicia mediante la aplicación del principio de presunción de inocencia, entre

otros, y en la aplicación de las medidas de aseguramiento, a fin de que estas se apeguen a las reglas de un debido proceso.

- g) El Juez de Control debe tener injerencia en la aplicación de la justicia alternativa, en el dictado de la orden de reaprehensión, en avalar la detención de un inculpado, en la suspensión del procedimiento, en la admisión de pruebas a desahogarse en la audiencia del juicio oral, en depurar los vicios de los medios de prueba y en determinar al tribunal competente para la celebración de la audiencia del juicio oral.
- h) La especialización de los Jueces de control, de acuerdo a las cualidades específicas de su actuación, el turno de asuntos y su distribución por circuitos.
- i) Para el adecuado desempeño de las funciones que tiene el Juez de Control, debe atender además a la perspectiva de género para salvaguardar los derechos sustantivos de las mujeres.
- j) La capacitación de los designados Jueces de control por quienes en otros países ya desempeñan ese cargo y tienen experiencia en el sistema acusatorio, para que su actuar sea acorde a la reforma constitucional.
- k) Precisar en la ley secundaria la existencia de Jueces de Control cuando menos en las diversas entidades en que haya Centros Federales de

Prevención social, y de ser posible en todos los circuitos para evitar su centralización y saturación laboral.⁹⁰

⁹⁰ Conclusiones del Congreso Nacional de Juzgadores Del Poder Judicial De La Federación Sobre La Reforma Constitucional En Materia Penal México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, pp. 155-157, 219-224.

CONCLUSIONES

En la presente investigación han quedado caracterizadas, las que a mi juicio serían las dos vertientes del Derecho Penal. Una primera vertiente del Derecho Penal es aquella que respeta las garantías consagradas constitucionalmente, en la que se respetan los principios político-criminales del Derecho Penal liberal.

La segunda vertiente del Derecho Penal es aquella en la que concurre una amplia relativización de garantías consagradas constitucionalmente en aras del combate a la criminalidad organizada.

Como puede derivarse de lo expuesto en páginas anteriores, un Derecho Penal dirigido contra los Enemigos del Estado existe, ya que el Estado crea ciertas legislaciones dirigidas al combate de sus “Enemigos” que son aquellos individuos que han abandonado de forma duradera el Derecho, y no prestan ninguna seguridad cognitiva de su conducta.

Lo característico del “Enemigo” es su abandono duradero del Derecho y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta, entonces parecería que el modo de afrontarlo sería el recurso a medios de aseguramiento cognitivo que no tendrían la naturaleza de penas.

Constatada la existencia real de un Derecho Penal de tales características, la discusión fundamental versa sobre la legitimidad del mismo. Ciertamente la legitimidad habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad y eficacia, en un marco de emergencia.

En las reformas constitucionales de Junio de 2008 se puede observar cómo se ha constitucionalizado el denominado Derecho Penal del Enemigo, al elevarse el arraigo a rango constitucional se puede apreciar lo que en la teoría del Derecho Punitivo se conoce como expansión del Derecho Penal.

De igual forma se introduce en la Constitución Federal, un concepto de delincuencia organizada, que es propio de una ley secundaria, para así tener vigencia y fuerza en el orden jurídico positivo, y de esa forma no pueda catalogarse de inconstitucional.

El sistema penitenciario deberá organizarse sobre el trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y los sentenciados, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio. Con lo anterior se observa cómo el ciudadano puede lograr reivindicarse, sin embargo, en materia de delincuencia organizada los sentenciados no gozan del beneficio de compurgar sus penas en el lugar más cercano a su domicilio, aquí se observa claramente la orientación de un Derecho Penal dirigido contra los “Enemigos”, al no gozar de las garantías del Derecho Penal Liberal, que es aplicado a los ciudadanos.

A nivel constitucional nos encontramos ante una reserva de datos del acusador, cuando se trate de delincuencia organizada, de igual manera se conceden ciertos beneficios procesales a los delatores que involucren a otros delincuentes.

Se crea a nivel constitucional un nuevo régimen en el caso de bienes asegurados, una muestra más de la inclusión del Derecho Penal del Enemigo en la Ley Fundamental, ya por un lado existe la presunción de inocencia, y por el otro se invierte la carga de la prueba en el caso de extinción de dominio a los presuntos delincuentes.

Por otro lado se crean los denominados Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos, e intervención de comunicaciones, cuya principal tarea es la de resolver en forma inmediata la solicitud de medidas cautelares por parte de la autoridad investigadora a nivel Federal, para así garantizar la materia del proceso tratándose de delincuencia organizada.

Desde el punto de vista personal los denominados Juzgados Federales Penales Especializados, doctrinalmente podrían agruparse dentro de los denominados tribunales especiales que prohíbe el artículo 13 Constitucional, ya que aún no se expide la ley secundaria que regule su funcionamiento, además su conocimiento sobre determinados asuntos es limitado, y sólo se concentran en resolver la solicitud de medidas cautelares.

El Derecho Penal del Enemigo es ante todo un Derecho de medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos y la principal finalidad con la que fueron creados los Juzgados Federales Penales o Tribunales de Control, fue precisamente el de aplicar dichas medidas de seguridad a quienes son considerados imputables peligrosos. Con ello se puede apreciar cómo el Estado ha decidido adoptar una política que termine con los riesgos a, costa de la seguridad jurídica.

PROPUESTAS

De acuerdo al Artículo 21 Constitucional, la seguridad pública es una función a cargo del Estado.

Como ya se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, en México se han sacrificado las garantías de seguridad jurídica en aras del logro de dicha seguridad, dando origen a un Derecho Penal de Excepción.

Esta situación no es justificable, ya que de acuerdo al Artículo 1o. de nuestra norma fundamental todo individuo deberá gozar de las garantías que dicho documento enuncia, es decir, todos tenemos el carácter de ciudadanos.

Lo que procede en la persecución de la delincuencia organizada es una actuación más eficiente y eficaz por parte de las autoridades encargadas de la persecución del delito, sin tener que recurrir a reformas que eliminan garantías y endurecen el Derecho Penal, tanto en la Constitución Política, como en las leyes secundarias

Por otro lado, en materia de amparo, se requiere de una reforma al Artículo 124 fracción II, en virtud de que si no está objetivamente probada la pertenencia de una persona a una organización criminal, y sólo se tienen indicios debería ser procedente el juicio de garantías sin distinción alguna, ya que en general, éste no es otorgado con fundamento en lo manifestado en el Artículo mencionado.

En este caso el juzgador federal argumenta que de otorgar la protección y justicia de la unión se atentaría contra el orden público, sin que en ninguna parte este definido lo que se entiende por orden público.

Por último, se requiere que el legislador termine con las lagunas en la ley referentes a la actuación de los tribunales de control, ya que no existe hasta la fecha una legislación secundaria que regule su actuación, dando con ello una sensación de inseguridad jurídica a todos los gobernados.

BIBLIOGRAFÍA

- Burgoa Orihuela Ignacio, Las Garantías Individuales, 27ª edición, México, Porrúa, 1995
- Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá y Rivas Raúl, Derecho Penal Mexicano, 22ª edición, México, Porrúa, 2004
- Cancio Meliá Manuel-Gómez Jara Díez Carlos, Derecho Penal del Enemigo, compiladores, Volúmenes I y II, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2006
- Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 46ª edición, México, Porrúa, 2005
- Escobar Fornos Iván, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa, 2005
- García García Guadalupe Leticia, Derecho Ejecutivo Penal, México, Porrúa, 2005
- Gómez Lara Cipriano, Teoría General del Proceso, 9ª edición, México, Oxford, 1995
- Hobbes Thomas, El Leviatán, Fondo de Cultura Económica, México, 1982
- Melgar Adalid Mario, El Consejo de la Judicatura Federal, México, Porrúa 1994
- Mir Puig Santiago, Estado, Pena y Delito, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2006
- Moccia Sergio, El Derecho Penal Entre Ser y Valor, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2006
- Montiel y Duarte Isidro, Estudio Sobre Garantías Individuales, 5ta edición, México, Porrúa, 1991

Ovalle Favela Isidro, Garantías Constitucionales del Proceso, 2da edición, México, Oxford, 1998

Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, 2da edición, México, UNAM, 1997

Ramírez Marín Juan, Seguridad Pública y Constitución, México, Porrúa, 2003

Rousseau Jacobo, El Contrato Social, Tecnos Madrid, 2000

Salazar Ugarte Pedro, La Democracia Constitucional, México Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005

Silva Sánchez Jesús María, La Expansión del Derecho Penal, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2006

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Conclusiones del Congreso Nacional de Juzgadores del Poder Judicial de la Federación Sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal, 2008, Suprema Corte de Justicia de la Nación

Sitios Consultados en Internet:

<http://descargas.>

Cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/02582729886247663190791029101.

pdf

<http://www.cienciaspenales.org/revista2008bustos08.htm>

<http://criminet.urg.es/recpc>

<http://es.geocities.com/lasleyesdenurembergh.htm>

http://www.insyde.org.mx/images/garcía_garcía.pdf

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal Federal

Código Federal de Procedimientos Penales

Ley de Amparo reglamentaria del artículo 103 y 107 Constitucional

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Ley de la Policía Federal

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

Acuerdo General 75/2008 del Consejo de la Judicatura Federal

Acuerdo General 23/2009 del Consejo de la Judicatura Federal

Acuerdo General 24/2009 del Consejo de la Judicatura Federal

Acuerdo General 25/2009 del Consejo de la Judicatura Federal

