

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO.**

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN.

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN
MEXICANA.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:
JESSICA GÓMEZ HERNÁNDEZ.

ASESOR: LIC. RAFAEL CHAINE LÓPEZ.

SEPTIEMBRE 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA

A mi Padre, la persona que me enseñó a ser quien soy y a quien le debo todo, desde la vida hasta la oportunidad de tener una educación. Gracias por siempre apoyarme, por confiar, por estar a mi lado en todo momento, por estar atento al proceso de ésta tesis, tu confianza me impulso a cumplir ésta meta y esto es gracias a ti. Y sobre todo Papá gracias por tu infinito amor. Te juro recompensaré los desvelos, esfuerzos y sacrificios que sé haz tenido que hacer para que yo salga adelante.

A mi Madre, quien con sus consejos ha sabido guiarme y ha sido la fortaleza que he necesitado en mi vida ayudándome a superar cada obstáculo, gracias por tu amor, por tus sacrificios, gracias por ser la mejor madre y amiga que pudiera tener.

A mis tías y tíos Maru, Oli, Raquel, Beto y Nacho, quienes han velado por mi en este arduo camino para convertirme en una profesional, gracias tía Lidia por todo el cariño y apoyo incondicional a lo largo de mi vida. A mi mamá Nachita quien desde el cielo me ve gracias por todo lo que hizo usted por mi.

A mis hermanos Pedro y Angélica por estar a mi lado siempre y a mis hermanos Jorge y Ricardo por ayudarme y explicarme cada tarea siempre que lo necesite.

A mis profesores gracias por los conocimientos transmitidos en especial a mi profesor el Lic. Rafael Chaine López por su tiempo, por su apoyo y por guiar ésta tesis.

Gracias a todos.

OBJETIVO

El Derecho Penal del Enemigo no es un tema nuevo sin embargo es un tema de actualidad y que ha generado debates contradictorios entre grandes pensadores de la ciencia penal.

Suponemos que todos los seres humanos contamos con derechos y estamos ligados por una misma realidad jurídica que guía nuestra conducta y el comportamiento personal – determinado por derechos y deberes- esta suposición no alcanza su significado como tal ya que para cada individuo no existe la misma situación jurídica y ésta realidad se degenera hasta convertirse sólo en un postulado y aparece entonces un individuo interpretado de una manera cognitiva.

El objetivo central del presente trabajo es analizar y precisar si es que en México también se actualiza ésta clasificación del Derecho Penal, llamada Derecho Penal del Enemigo ya que se trata de un concepto abstracto que llega a suponer un modelo de estado autoritario.

JUSTIFICACIÓN

Me parece que es importante abordar el tema del Derecho Penal del Enemigo por las diversas opiniones que éste tema ha generado, para llegar a comprender lo que de verdad representa el término y así entender si es necesaria su implementación en México.

Tenemos que entender que las garantías penales no deben actuar como un escudo para la delincuencia, por lo que debemos estudiar, analizar y comprender el Derecho Penal del Enemigo y no sólo juzgarlo como algo autoritario sino como medidas que se deben tomar para combatir a los delincuentes, cosa que trato con el presente trabajo.

CAPITULADO

CAPITULO I

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SUS ANTECEDENTES

1.1 Roma.	9
1.2 Edad Media.	12
1.3 Escuela Positivista.	16
1.4 Escuela Clásica.	19
1.5 Ilustración.	24

CAPITULO II

GÜNTHER JAKOBS Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

2.1 Origen del término Derecho Penal del Enemigo	30
2.2 Características del denominado Derecho Penal del Enemigo.	33
2.3 Legitimidad del Derecho Penal del Enemigo y Garantía cognitiva.	37
2.4 Función del Derecho Penal del Enemigo.	40

CAPITULO III

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU ANTITESIS.

3.1	Derecho Penal del ciudadano.	43
3.2	Dignidad humana y Derechos Humanos.	47
3.3	¿Es el delincuente un "enemigo"?	52
3.4	Funcionamiento del Sistema Garantista.	56
3.5	Garantismo.	62

CAPITULO IV

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

4.1	Derecho Penal del Enemigo en México.	68
4.2	Deficiencia de las normas que lo conforman.	72
4.3	Consideraciones criminológicas.	74
4.4	Derecho Penal del Enemigo, ¿una solución?	80

Conclusiones.	85
Referencias bibliográficas.	88

CAPITULO I
DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO, SUS
ANTECEDENTES.

1.1 ROMA

En realidad, lo planteado respecto de enemigos no es nuevo, porque PLATÓN propuso la eliminación de los infractores por considerarlos inferiores en su capacidad de acceso a las ideas puras, así como PROTÁGORAS planteó la exclusión de los incorregibles¹. Los romanos —relata ORTOLAN— clasificaban a las personas en civis (ciudadanos), peregrinus (peregrino), hostis (enemigo) y barbarus (bárbaros, fuera de la civilización); estos tres últimos eran extranjeros, pero se diferenciaban en que el peregrinus se hallaba en Roma, el barbarus se hallaba fuera de sus límites y el hostis era el todavía no sometido a la dominación romana y, hasta tanto llegase a la sumisión, era considerado enemigo (hostil)

Es así como del propio derecho romano surgieron los ejes troncales que habrían de servir de posteriores soportes a todas las subclasificaciones del hostis tomadas en cuenta para el ejercicio diferencial del poder punitivo y racionalizadas por la doctrina penal. Estas categorías se remontan a las dos originarias del derecho romano: (a) la del hostis alienígena —al que en escasa pero alguna medida protegía el jus gentium— y

¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, “ la legitimación del control social de los extraños”, en Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía, AA. VV., Bogotá, Legis, 2005, pp 626 y 632.

(b) la del *hostis judicatus*, o sea, el declarado *hostis* en función de la *auctoritas del senado*, que era un poder excepcional: en situaciones excepcionales, en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, el senado podía declararlo *hostis*, enemigo público.

El extranjero (*hostis alienígena*) es el núcleo troncal que abarcará a todos los molestos al poder, por insubordinados, indisciplinados o simples extranjeros, que como extraños resultan desconocidos y, como todo lo desconocido, inspira desconfianza y por consiguiente resulta sospechoso por potencialmente peligroso. Al extranjero no se lo comprende, porque no es posible comunicarse con él, dado que habla una lengua ininteligible: no hay comunicación posible con el *hostis*. Para los romanos todos los extranjeros eran *barbari*, palabra tomada del griego, *barbaros*, que indicaba al no griego de lengua incomprensible, que proviene de la raíz sánscrita *baba-*, cercana a *balbuceo*, parloteo.

En las ulteriores subclasificaciones de esta categoría general se incluye al *hostis extranjero* que es explotado, desde el prisionero esclavizado de la antigüedad hasta el inmigrante

actual. Si bien las condiciones jurídicas han variado sustancialmente, siempre se trata de un extranjero vencido, al que trae la necesidad (sea bélica o económica) y, por tanto, debe ser vigilado, porque como todo prisionero, tratará, en cuanto pueda y a como diese lugar, de sustraerse a su condición subordinada. El enemigo declarado (*hostis judicatus*) configura el núcleo del tronco de los disidentes o enemigos abiertos del poder de turno, del que participarán los enemigos políticos puros de todos los tiempos. Se trata de enemigos declarados, no porque declaren o manifiesten su enemistad sino porque el poder los declara tales: no se declaran a sí mismos sino que son declarados por el poder. La institución del *hostis judicatus* romano cumplía la función de dejar al ciudadano en condición semejante a la del esclavo, para hacerle aplicables las penas que estaban vedadas para los ciudadanos y la sustracción a la condena judicial mediante la expatriación hacía cesar automáticamente también la condición de ciudadano.

1.2 EDAD MEDIA

La Edad Media llamada también la “edad del oscurantismo” significó para la humanidad en occidente y de mano de la Iglesia Cristiana, un fuerte retroceso en la mayoría de las ciencias y artes. Si bien el Derecho Penal fue evolucionando en cada una de las sociedades europeas de aquel entonces, es notoria la influencia de la Iglesia Cristiana.

Es en ésta etapa cuando San Agustín uno de los grandes pensadores y filósofos medievales, quien idealizaba el alma del hombre como origen y meta de sus actos, impulsando el convencimiento que cada uno es dueño de su destino y que el crecimiento depende de cada cuál, promulga la regeneración o resocialización del ser humano. Entre algunas de sus frases célebres se encuentran: “Conviene matar el error, pero salvar a los que van errados”, “Nadie puede ser perfectamente libre hasta que todos lo sean”, “Conócete, acéptate, supérate”.

Santo Tomás de Aquino hablaba de la predestinación del ser humano, una suerte de destino ya determinado, pero aun así separaba lo espiritual de lo temporal, lo divino de lo humano. Estudioso de Platón y de Aristóteles, tomaba las ideas del primero y la teología del segundo. Paradójicamente, sus

pensamientos y obras dan pié y base tanto al Derecho Natural como al Derecho Positivo.

Santo Tomás distingue dos tipos de conductas humanas: 1.-aquellas que nos son consecuencia de la voluntad y del libre albedrío; son acciones del hombre pero no propiamente humanas pues no son del hombre en cuanto a tal. También se les puede llamar naturales, como es el caso de las operaciones del alma vegetativa y los actos involuntarios (por ejemplo los reflejos) A estas acciones se les llama actos del hombre; 2.- Las acciones libres que el sujeto realiza porque así lo quiere y que son consecuencia de su razón y de su voluntad. Estas acciones se hacen por un fin, y en último término por la felicidad. A estas acciones que dependen de una voluntad las llama actos humanos y caen en el campo de la filosofía moral.

Por su parte el Derecho Romano legado por Justiniano sufrió un retroceso y volvieron a primar las leyes de venganza, talión y composición; se daba especial importancia a la divinidad, en la figura de la ordalía.

En ésta época el Derecho buscaba la Paz entre los miembros de la sociedad y el delito era todo aquel que atentaba contra ésta Paz, era público si ofendía a toda la comunidad y privado si se limitaba a una persona o familia.

Dentro de la amplia gama de categorías de delitos claramente definidos, estaban en primer lugar aquellos que atentaban contra la paz. ORLANDIS explica al respecto que el autor de tal conducta era privado de la inviolabilidad que la paz le prodigaba, pudiendo quedar —según la gravedad de la infracción— en estado de indefensión o pérdida total de la paz, porque el autor estaría sin protección frente a la comunidad política y su castigo era, más que una facultad, un deber de todos los miembros, tornándose así en una suerte de pena de muerte no privativa de la autoridad pública. Los directamente ofendidos podían legítimamente llevar a cabo la venganza de la sangre sin intervención ni sanción de parte del poder público².

A su vez, quien era considerado inimicus podía alcanzar la reconciliación con la víctima y así evitar el cadalso en la medida que ésta efectuare el saludamiento de su enemigo, con lo cual era acogido y entonces ya nada debía temer de los antiguos ofendidos, trabándose una relación personal entre autor y víctima. La pérdida de la paz era denominada inimicitia y alcanzaba al autor del delito respecto de las personas que fueren ofendidas —quienes disponían de la vindicta—, no pudiendo nadie cooperar al castigo (traycion) ni oponerse a él. Así, el homicida (homiziero) era el inimicus y su

² José Orlandis, sobre el concepto del delito en el Derecho de la alta Edad Media, Madrid, Anuario de Historia del Derecho español, 1945, pp. 16-18.

pena sería el homicidium, es decir, la pena pecuniaria que además debía pagar a los deudos por su crimen.

1.3 ESCUELA POSITIVA

Algunos doctrinantes reivindican para el derecho penal el método inductivo o galileano, propio de una época en la cual se observaba un acelerado desarrollo de las ciencias del ser o naturales, a las cuales también se sumó el derecho penal, si quería alcanzar el rango de disciplina científica. Surge entonces, una escuela opuesta a la escuela clásica, con postulados completamente diferentes y con una concepción unitaria del fenómeno criminal. Para la elaboración científica de esa rama del saber era necesario partir de la realidad empírica, del aspecto social, dejando atrás la época del derecho natural, la época de un derecho indeterminista basado en condiciones metafísicas. Desde el punto de vista ideológico el positivismo es producto del tránsito del estado liberal clásico al estado intervencionista, el cual traslada su punto de vista de las garantías del individuo a la defensa de la sociedad. Los derechos de la colectividad se anteponen a los derechos del individuo.

Sus principales defensores: Cesar Lombroso, Enrico Ferri (creador de la denominada "Antropología Criminal"), Rafael Garófalo, Florián y Ranieri.

La percepción del Derecho en ésta escuela es contraposición de los clásicos, que estaban influidos por el iusnaturalismo, los positivistas van a plantear que el derecho es el producto de condiciones sociales e históricas vigentes en la comunidad, que ha sido plasmado en las leyes de los estados para regular el orden y asegurar la convivencia de la comunidad.

Es para ellos que el Derecho Penal aparece como un producto histórico, tiene su origen en la necesidad de la vida social, esto es, en la defensa de las condiciones fundamentales para la vida de los ciudadanos organizados en comunidad, por lo cual se le asignaba al estado la función de organizar de modo jurídico la defensa social represiva contra la delincuencia. La única forma de asegurar una convivencia pacífica de respeto a los derechos fundamentales, es con cierta disciplina social.

El Delito: es concebido como un fenómeno natural, como un hecho social explicado a partir de una serie de tres causas: endógenas, físicas y sociales. Esta consideración del fenómeno criminal como perteneciente al mundo empírico, suponía el rechazo del punto de partida de los clásicos: la libertad de voluntad o libre albedrío.

El fundamento de la pena es de prevención especial. No se concibe como un castigo, como una retribución sino como un medio de defensa social cuya aplicación debe hacerse

teniendo en cuenta más que la gravedad del delito, la “peligrosidad del delincuente”, llegando a la segregación por un término indeterminado si fuese necesario.

El delincuente era un anormal, bien sea por condiciones congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, por anormalidad morfológica o biopsíquica, o por enfermedad. Esa afirmación de anormalidad surge como consecuencia de la negación del libre albedrío.

Hablando de Responsabilidad Penal el positivismo erradicó, como lo mencionamos antes el libre albedrío. Planteando en su lugar la responsabilidad social, según la cual el hombre por el mero hecho de vivir en sociedad, sin distingos de ninguna índole es mayor o menor, normal o anormal. Todo hombre está obligado a un mínimo de disciplina social sin la cual no es posible la convivencia humana.

1.4 ESCUELA CLÁSICA

Le debe origen de su nombre a Enrico Ferri, que lo usaba peyorativamente para significar lo viejo y caduco.

Nace como reacción a la barbarie y los métodos medievales donde privaba la tortura como medios de obtención de pruebas, igualmente como reacción el principio de juzgado, es decir, tribunales diferentes para nobleza y los plebeyos, inspirada en la Doctrina de los Enciclopedistas del siglo XVIII, con Beccaria que en 1764 publica su obra "De los delitos y de las Penas", de contenido individualista liberal, basado en los principios de la Revolución Francesa de 1789.

CONCEPTO FUNDAMENTAL DE LA ESCUELA CLASICA

Encuentra sus bases filosóficas en el derecho natural, negando la tesis del contrato social, el derecho es innato al hombre porque es dado por dios, por lo tanto el hombre debe vivir conforme a la ley natural pero ésta no es suficiente, el hombre acepta leyes hechas por él, y para que estas leyes sean cumplidas necesita un conjunto de normas sancionadoras, las leyes tienen un orden así:

1. Leyes de dios
2. Leyes del Hombre

3. Leyes Sancionatorias.

Los filósofos que influyeron en la Escuela Clásica fueron Kant y Hegel, el primero decía que nunca se debe tratar a nadie como simple medio, sino como fin en si mismo. El segundo decía que el delito es la negación del derecho; la pena es la negación del delito o sea la afirmación del derecho.

Técnica Penal: Busca matemáticamente al delito, la pena, de esto surge las diferencias entre autor, coautor, cómplice, etc.

Delito: Es un ente jurídico y no un fenómeno social, creado por la Ley, es denominado infracción por el resultado de un acto externo del hombre.

✓ Acto Externo: Se refiere a que no son sancionables los actos internos o pensamientos del hombre.

✓ Actos Positivos o Negativos: Se refiere a las acciones y omisiones, las acciones son positivas y las omisiones negativas.

✓ Moralmente Imputable: Significa que el hombre comete un delito por su libre albedrio, este puede escoger en hacerlo o no.

✓ Políticamente Dañoso: Se refiere a que el acto cometido por el hombre viola los derechos de otras personas, perjudicando a toda la sociedad.

El Delincuente: Se tiene al delincuente como un ser normal,

que obra con inteligencia y voluntad propia, dotado de libre albedrío que viola la ley y es castigado por su acto y no por su responsabilidad.

La Pena: Es el medio con que cuenta el estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la “restricción de derechos del responsable”. La pena repara la ofensa a la sociedad y el fin de el restablecimiento del orden jurídico perpetuado de la sociedad y con este fin debe ser aflictiva moral o físicamente, ejemplar, cierta, pronta y publica. Método: El método que se utiliza es el deductivo, utiliza la razón, la lógica, va de la causa al efecto.

POSTULADOS DE LA ESCUELA CLASICA

1. El encontrar sus bases filosóficas en el derecho natural.
2. Un respecto absoluto al principio de legalidad.
3. Ver al delito como un ente jurídico y no como un ente filosófico
4. El libre albedrío
5. La aplicación de las penas a los individuos moralmente responsables
6. Los que carezcan de libre albedrío como ejemplo los locos y los niños quedan excluidos del derecho.
7. La pena es la retribución que se hace al criminal por el mal que se hizo en la sociedad.

8. La retribución debe ser exacta.
9. Las penas son sanciones aflictivas determinadas, ciertas, ejemplares, proporcionales, deben reunir los requisitos de certeza, prontitud, publicidad, fraccionabilidad y reparabilidad, y en su ejecución deben ser correctivas inmutable e improrrogables.
10. La finalidad de la pena es restablecer el orden social externo que ha sido roto por el delincuente.
11. El derecho de castigar pertenece al estado, título de tutela jurídica.
12. El derecho penal es garantía de libertad, ya que se asegura la seguridad jurídica ante la autoridad.
13. Se considera que el método debe ser lógico-abstracto, silogístico y deductivo.

Francisco Carrara es el mayor representante de la escuela clásica. Sostiene que el derecho es connatural en el hombre, porque Dios lo dio a la humanidad desde su creación para que pueda cumplir sus deberes en la vida terrena.

Para él la ciencia criminal debe tener la misión de moderar los abusos de la autoridad en tres grandes hechos:

1. En la prohibición

2. En la represión

3. En el juicio

1.5 ILUSTRACION

La construcción de la Ciencia Penal, tal y como hoy la entendemos, se inicia con el pensamiento de la Ilustración,³ significativamente con la famosa obra de Beccaria (1738-1794) De los Delitos y de las Penas (1764), en la que el autor plantea una serie de retos relativos a la “humanización” del Derecho Penal, ⁴ que todavía hoy no han perdido en absoluto su vigencia.

Similar apreciación puede hacerse sobre los corsarios que, respaldados por los sultanes de la costa berberisca (siglo XVII), asaltaban las embarcaciones de los mercaderes europeos. En el oscuro régimen estalinista soviético se repetía la famosa frase acerca de que la pena de muerte no es pena, sino la máxima medida de defensa social, y resulta una manifestación coincidente con el Derecho penal del enemigo.

Durante el siglo XVII regía el absolutismo monárquico, dándose en consecuencia, una organización política que se caracterizaba por el despotismo y la arbitrariedad. La organización del sistema penal era reflejo de esa situación política, a grado tal que, a criterio de Mezger, presentaba el

³ Prieto Sanchís, (2003), La Filosofía Penal de la Ilustración, México D.F. paassim

⁴ Ibídem, pp 67 y ss

cuadro «más repugnante que conoce la historia de la humanidad». Los caracteres del sistema penal de esa época, eran los siguientes:

1) Las penas se caracterizaban por su enorme crueldad: torturas, mutilaciones y pena de muerte agravada por crueles suplicios.

2) La prueba más utilizada era la confesión, la cual generalmente se obtenía mediante la tortura.

3) Existía gran desproporción entre el delito y la pena que le correspondía.

4) Se permitía la aplicación analógica de la ley penal.

5) El procesado carecía de una debida defensa en juicio.

6) Las cárceles carecían de higiene. La arbitrariedad en el orden político desencadenó la reacción y surgieron nuevas ideas que, basadas en el derecho natural y la razón, combatieron la arbitrariedad y el despotismo. Estas nuevas ideas se concretaron en el movimiento filosófico de la 'Ilustración', en el cual, sobresalieron Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Diderot, etc., cuyas obras influyeron directamente sobre César Beccaria, el cual, mediante su libro 'De los delitos y de las penas', propugnaría un profundo cambio en el sistema penal.

César Beccaria, en su obra «De los delitos y de las penas» escrita en Milán, entre 1763 y 1764, cuando el autor contaba sólo veintiséis años de edad , realiza una crítica del sistema penal vigente en su época y propone un nuevo sistema penal, fundado en los siguientes principios:

1) Racionalidad. Sostiene que las leyes penales deben elaborarse en base a presupuestos racionales.

2) Legalidad. La ley penal debe ser clara y precisa, de modo tal que no de lugar a varias interpretaciones, ni al arbitrio judicial.

3) Publicidad. Las leyes penales sólo deben ser creadas y aplicadas por el Estado.

4) Igualdad. Las penas deben ser iguales para todos: nobles, burgueses y plebeyos.

5) Proporcionalidad. Sostiene que la pena debe ser proporcional al delito cometido, pues si a dos delitos de distinta gravedad se le aplica la misma pena, el delincuente posiblemente realizará el más grave, porque es probable que le dé más beneficio.

6) Menor severidad. Si se establecen penas muy severas, el delincuente hará todo lo posible por evitarlas, cometiendo para ello, si fuera necesario, nuevos delitos.

7) Pena de muerte. critica la pena de muerte, considerándola innecesaria e injusta, ya que, si luego de demuestra que el condenado no era culpable, no habrá lugar a la reparación.

8) Aplicación de la pena. Cometido el delito, la pena se debe aplicar rápidamente, sin dejar pasar mucho tiempo, para evitar sufrimientos innecesarios al condenado.

En 1777, un inglés, John Howard, escribe una obra titulada «El estado de las prisiones», en la cual se describe el horroroso estado de las prisiones europeas, que Howard había visitado a través de sus viajes. En su obra, Howard, propugna una reforma al sistema penitenciario, sosteniendo que, en los establecimientos carcelarios, se deberán dar las siguientes condiciones:

1) Cárceles higiénicas, para evitar enfermedades y epidemias.

2) Separar a los condenados por delitos mayores, de los condenados por delitos menores.

3) Incentivar el trabajo de los condenados de las cárceles.

4) Adopción del sistema celular, o sea: la aislación del condenado en una celda, de manera que se evite la promiscuidad y la corrupción moral de los presos. Después de

haber visitado las cárceles de casi todos los países europeos, Howard muere de peste, en Rusia, mientras visitaba sus cárceles.

Las ideas de Beccaria y de sus continuadores, como así también las ideas de Howard, influyeron en los primeros códigos de la época. En Francia, en la época de la Revolución Francesa, se dictan dos Códigos: uno, en 1791; el otro en 1795. Posteriormente, en 1810, se sanciona el Código Napoleónico, el cual marcó el camino a toda la legislación europea. Este Código, aún mantiene su vigencia. En Alemania, se siente la influencia del Código Napoleónico, a través del Código de Baviera, elaborado por Anselmo Von Feuerbach, que fue fuente del Proyecto de Carlos Tejedor. En Italia, el movimiento codificador da como fruto el Código Sardo, de 1859.

CAPITULO II

GÜNTHER JAKOBS

Y EL DERECHO PENAL

DEL ENEMIGO.

2.1 ORIGEN DEL TERMINO DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

Como lo vimos en el capítulo anterior, a lo largo de la historia las diferentes sociedades occidentales han sufrido cambios en diferentes aspectos, incluyendo éstos la percepción que se debe tener sobre el delito y el ordenamiento penal que se debe llevar a cabo.

Como es de conocimiento general el Derecho Penal del enemigo es introducido hace unas tres décadas por Günther Jakobs y aunque éste es señalado como precursor de tal tendencia, en realidad fueron otros, mucho antes los precursores de tal argumentación que postula que la relación con un "enemigo" no se determina por el derecho sino por la coacción, estamos hablando de filósofos.

Como un ejemplo tomaremos a Rosseau que sostiene que cualquier delincuente que ataque el "Derecho social" deja de ser miembro del Estado y éste debe imponer una pena en grado más alto ya que se entiende que el delincuente se halla en guerra en contra del Estado mismo.

La postura de Rosseau es una postura más bien radical, de la cual Jakobs discrepa debido a su generalidad, ya que éste

considera que se debe mantener dentro del derecho al delincuente, debido a dos razones:

La primera es que el delincuente tiene derecho a proceder a la reparación del daño que ha ocasionado con su conducta delictuosa y la segunda razón es que el delincuente tiene derecho a integrarse de nuevo a la sociedad y para ello debe mantener su estatus como persona, como un ciudadano.

Para Jakobs el delincuente no puede despedirse de una forma arbitraria de la sociedad a través de su hecho. Jakobs preocupado por los peligros de la nueva sociedad de riesgos, y partiendo de las construcciones del Estado de Hobbes, Kant, Rosseau y Fichte propone el Derecho penal del enemigo (Feindstrafrecht) en oposición al de los ciudadanos (Bürgerstrafrecht). Entonces entendemos que para Jakobs, el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta.

El tránsito del ciudadano al de enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en ese tránsito, más allá del

significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión terrible de peligrosidad, a la que habría que hacer frente a través de un ordenamiento jurídico más severo. Así, esta modalidad de Derecho podría interpretarse como un Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos.

De todo esto surge la gran pregunta: ¿quién es a fin de cuentas, éste "enemigo" para la cual se postularían éstas restricciones de Derecho? Si para Jakobs, el enemigo es aquel individuo que pretende destruir el ordenamiento jurídico, es decir, que en éste caso no estamos frente al "enemigo" creado por el poder gubernamental para deslegitimar, por ejemplo una demanda social; sino más bien frente aquel sujeto que en tanto criminal en extremo peligroso es denominado como enemigo.

2.2 CARACTERISTICAS DEL DENOMINADO DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

La compleja estructura Derecho Penal del Enemigo se construye a partir de una previa distinción basada en ciertas reglas: la existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como ciudadanos y la de otros que han de ser estimados y tratados como enemigos.

El Derecho Penal del Enemigo no es una tendencia distinta o contrapuesta al Derecho Penal sólo habla de ciertas restricciones que se deben aplicar al caso concreto, ya que al considera al delincuente peligroso, como un enemigo del Estado. Para el Derecho Penal del Enemigo el delincuente deja de ser un ciudadano y por lo tanto deja de tener los derechos que a una persona se le confieren. En consecuencia ésta tendencia no pretende que la persona que delinque tenga oportunidad de resarcir el daño causado por su acción, se le niega la oportunidad de enmendarse.

Tal tendencia asume que las personas que delinquen no respetan las leyes penales y por lo tanto, se les debe excluir del Derecho Penal ordinario, teniendo como gran consecuencia

la cancelación por llamarlo de alguna forma de ciertos derechos.

El Derecho Penal del Enemigo, configura y castiga actos de aquellos que habrían sido cometidos por 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 demostrarían este déficit por medio de su comportamiento.

Tal distinción se construye a partir del siguiente razonamiento: El fin del Estado de Derecho, nos sugiere Jakobs⁵, no consiste en alcanzar la mayor seguridad posible para los bienes, sino en la efectiva y real vigencia del ordenamiento jurídico. Sólo ello hace posible la libertad.

La vigencia real del Derecho contrasta con su vigencia postulada. En el primero de los casos, las normas efectivamente funcionan como prescripciones que orientan el comportamiento de sus destinatarios, proveyendo certeza jurídica, en el segundo, no existe tal orientación y, por tanto, tampoco certeza jurídica ni seguridad para la libertad. La vigencia real del Derecho resiste contravenciones, en tanto

⁵ Lo siguiente constituye una síntesis del razonamiento presentado por el citado autor Günther Jakobs "Terroristas como personas en Derecho" en Cancio Melia Manuel, Derecho Penal del Enemigo en el discurso penal de la exclusión, vol 2, DF, 2006, p. 80.

estas sean consideradas como tales, mediante el empleo de la sanción como reafirmación de la vigencia del Derecho. Formaría entonces, parte de la vigencia real del Derecho, la existencia de un apoyo cognitivo de las normas, esto es la disposición interna de los sujetos normativos a su cumplimiento y la comunión de aquellos con las valoraciones portadas por la norma manifestada en la ponderación positiva de los bienes protegidos por el Derecho.

El apoyo cognitivo no constituye una prestación estatal sino de los sujetos normativos y sin su presencia se diluye la expectativa de vigencia real contenida en toda norma. En este contexto, las contravenciones eventuales de la norma no implican una negación general y generalizada de la vigencia del Derecho ni configuran, necesariamente, una presunción de que el infractor ha renunciado de forma irrevocable al comportamiento conforme a Derecho.

Sin embargo, la expectativa de comportamientos correctos no puede ser mantenida de manera indefinida ante la evidencia de sostenidas y profundas contravenciones. Por el contrario el Estado no debe insistir ilimitadamente en la expectativa de cumplimiento ante contravenciones sostenidas puesto que debe ocuparse de la vigencia real del Derecho, por lo que ha de proceder contra los quebrantamientos del Derecho cuya próxima comisión se percibe.

En este contexto, sería posible distinguir entre diversas categorías de sujetos normativos: unos respecto de los cuales una contravención no desvirtúa la expectativa de comportamiento futuro conforme a Derecho y otros cuyas contravenciones si lo hacen. Ello supone además, que existiría una especie de confianza.

Podemos así resumir sus características en los siguientes puntos:

1. El derecho penal mínimo no es considerado en esta teoría del Derecho Penal del enemigo.

2. La peligrosidad del delincuente es ponderada como consecuencia de la abolición del principio de proporcionalidad.

3. La atribución a la policía se desproporciona de manera exagerada.

4. Las pruebas de descargo por parte de los agentes encubiertos rebasa los límites de los derechos del reo.

5. El esquema bélico del derecho penal de enemigo contradice radicalmente la idea misma del derecho penal en todos sus elementos y momentos, primeramente, en el modo de concebir el tipo penal y, luego en la concepción del juicio.

6. Las penas privativas de libertad se ponderan como mecanismos adecuados para cubrir las necesidades de

protección jurídica y la neutralidad de los delincuentes peligrosos.

2.3 LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y GARANTIA COGNITIVA

Jakobs en 1985, consideraba que en un Estado de libertades solo tiene cabida un derecho penal de ciudadanos. Cuando se produjeron los sucesos del 11 de septiembre y se inicio el estado de guerra declarada, Jakobs se refirió a estos acontecimientos como un ejemplo de derecho penal del enemigo, pero ya no lo consideró tan peyorativo.⁶

Tenemos que entender 3 conceptos que Jakobs desarrolla como ideas claves en su opinión; tienen fundamento en teorías filosóficas:

Persona:

"Todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona y quien no lleve a cabo esta prestación puede ser

⁶ Gómez Martín, Víctor (2007). El Derecho Penal de autor. Tirant lo blanch. pp. 268.a 279

heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona" ⁷

Ciudadano:

Presta el apoyo cognitivo de la norma, orientándose cotidianamente con base al Derecho. Un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía, no puede participar de los beneficios del concepto de persona. ⁸

Función de la pena:

En el caso normal del delito, la pena es una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente. El derecho penal dirigido específicamente contra terroristas tiene más bien el cometido de garantizar la seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico. ⁹

Se habla por ello de un segundo Jakobs (1999/2003) que fundamenta la legitimidad del Derecho Penal del enemigo, en el derecho de los ciudadanos a la obtención de un mínimo de seguridad frente a quienes no cabe establecer expectativas cognitivas. Ahora bien, este segundo Jakobs insiste en que hay

⁷ Günther, Jakobs; Cancio Meliá (2006). Derecho Penal del enemigo. Thomson-Civitas. pp. 68-69.

⁸ Günther, Jakobs; Cancio Meliá (2006). Derecho Penal del enemigo. Thomson-Civitas. pp. 68-69.

⁹ Günther, Jakobs; Cancio Meliá (2006). Derecho Penal del enemigo. Thomson-Civitas. pp. 71-72.

que mantener separados ambos ordenamientos jurídicos pues obedecen a dos lógicas distintas.

Günther sostiene que hay que distinguir entre delincuentes que han cometido un error y aquellos que pueden destruir el ordenamiento jurídico. Los primeros son personas y deben ser tratados como tales, pues ofrecen garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal. A quienes no ofrecen esa seguridad cognitiva, el Estado no debe tratarlos como persona, pues entonces vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. En palabras de Kant, según Jakobs, separarse de los enemigos significa protegerse frente a ellos

2.4 FUNCION DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

La función del Derecho penal de enemigo es la eliminación de un peligro, de un sujeto peligroso en extremo y reincidente que, por su condición de tal, no amerita ser tratado como persona. Bajo este supuesto, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos, aquel puede abstenerse de respetar y garantizar ciertos derechos y libertades que resultan esenciales a todo ser humano

Esta teoría supone tres características en la práctica:

- a. Se adelanta a la punibilidad, castigándose el hecho futuro a diferencia de lo habitual (Derecho penal de ciudadano) en donde el punto de referencia es el hecho ya cometido
- b. Las penas previstas son desproporcionalmente altas y,
- c. Se relativizan, o incluso suprimen, determinadas garantías procesales

Se dice que un ejemplo del Derecho penal del enemigo es la orden del Presidente de Estados Unidos del 13 de noviembre de 2001 que permite la instauración de tribunales militares secretos que se ocupan de juzgar a no-ciudadanos acusados de terrorismo, pudiendo desplazarse al lugar del no-nacional para juzgarlo.

En el Perú, un ejemplo de la aplicación del Derecho penal del enemigo, fue la legislación antiterrorista dada durante el régimen del entonces presidente Alberto Fujimori, la que fue objeto de numerosos cuestionamientos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por negar derechos fundamentales a los procesados.

En la doctrina se ha suscitado diversas críticas respecto a esta tendencia, principalmente por la supresión o la negación de ciertos derechos y garantías fundamentales, comunes en regímenes de facto e inadmisibles en Estados de Derecho.

CAPITULO 3

DERECHO PENAL

DEL ENEMIGO Y SU

ANTITESIS.

3.1. DERECHO PENAL DEL CIUDADANO.

En el Derecho Penal del Enemigo se habla de enemigo del bien jurídico, y según las normas de éste se podrían combatir ya los mas tempranos signos del peligro, pero a ésta teoría se ha de contraponer aquí una definición del delincuente como ciudadano.”¹⁰

Al referirnos al Derecho Penal, de algún modo hablamos de violencia como puede ser el robo, homicidio, terrorismo etc., y por otro lado está también en las sanciones que de manera un tanto violenta sancionan éstos casos: la cárcel, los internamientos psiquiátricos, las inhabilitaciones de algunos derechos. Y por tanto entendemos que forma parte del mundo entero. Entonces podemos decir que la violencia está ahí, a la vista de todos y practicada por todos; por los que delinquen y por los que definen y sancionan la delincuencia, por el individuo y por el Estado, por los ricos y por los pobres. Pero no toda la violencia es siempre juzgada o valorada por igual.

¹⁰ Jakobs Günther, “Criminalización...”, cit., p. 185.

Se formula entonces la distinción entre 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. De todos modos, esto no debe entenderse como dos esferas aisladas del Derecho Penal, sino que se trata de dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal y que además suelen superponerse y entremezclarse.

El fundamento esencial del Derecho Penal –basado en el control social institucionalizado–, como protector de bienes jurídicos lo podemos advertir, de manera específica de la lectura del artículo 22 constitucional, que indica:

“Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”

Todos los países del orbe, cuentan con una ideología (o varias). Pero si cada cabeza es un mundo, entonces nos encontramos, ante la problemática del relativismo cultural, es decir, lo que es bueno y aceptado por un grupo social, puede ser reprobado por otro.

De ahí que existen, en los menesteres de la formulación de un modelo de “tipo” de Derecho Penal, también diversos puntos de vista; fundamentalmente se contraponen dos

corrientes: el denominado "Derecho Penal del Enemigo" y la precursora de un "Derecho Penal del Ciudadano."

Al Derecho Penal del Enemigo se interpone un Derecho penal para todos los seres humanos, esto es, una concepción humanitaria del Derecho penal que parta del individuo (o ciudadano, sin que ésta categoría se pueda perder en razón de la mala conducta o de su infidelidad al derecho – como sostiene Jakobs-) y su inalienable dignidad humana.

En su esclarecedor trabajo, Cancio Meliá sintetiza las premisas del Derecho Penal del enemigo basadas en una suerte de legado de la combinación de Derecho penal simbólico y de punitivismo, pero de entrada advierte el "Derecho Penal del ciudadano es un pleonismo y Derecho penal del Enemigo una contradicción en los términos".

El problema conceptual de distinguir entre Derecho Penal del Enemigo y del Derecho Penal del ciudadano es que el primero no es Derecho y el segundo es una redundancia, salvo que pretenda acentuar la distinción entre ciudadano y persona para perpetuar el déficit en la protección de los derechos, esta vez, con otra escala.

El problema político es que el Derecho penal del enemigo, aunque reducido a las normas que lo portan y no a una auténtica teoría jurídica, es altamente autoritario y

antidemocrático en su esencia, pues desconoce la misión de control y limitación del poder punitivo que le corresponde al Derecho Penal y a cambio de eso, lo sustituye por un mecanismo ideológico (estos dos forzados Derechos penales) que le permitirían al poder punitivo (al poder político) administrar esa diferencia entre la gente. Esto no es expansión, esto es desbordamiento, de suyo inconstitucional (va más allá de lo que es dable al poder político). En la superficie del análisis no sólo quiebra a la igualdad, sino que abroga el fin limitador del poder punitivo mediante el Derecho. La misión del Derecho se desvanece a conveniencia del Estado que a su elección puede administrar un tipo u otro de violencia penal. El error político base, consiste nada más y nada menos en la renuncia a los derechos, por cierto irrenunciables constitucionalmente desde otra esquina del Derecho, la de los derechos humanos.

3.2. DIGNIDAD HUMANA Y DERECHOS HUMANOS.

Al entrar en el tema del “Derecho Penal Del enemigo” es claro de se debe realizar el análisis enfocado a los “Derechos Humanos” para ver su relación y así caer en una crítica sesgo moral que tiende a sugerir su rechazo en virtud de su ineficiencia e incompatibilidad con la esencia del Derecho Penal.

Al Derecho Penal del Enemigo se interpone un Derecho penal para todos los seres humanos, ésto es, una concepción humanitaria del Derecho penal que parta del individuo (o ciudadano, sin que ésta categoría se pueda perder en razón de la mala conducta o de su infidelidad al derecho – como sostiene Jakobs-) y su inalienable dignidad humana.

Los Derechos Fundamentales que por respeto a la dignidad del hombre han sido proclamados en la Declaración de los Derechos Humanos y otros convenios y pactos internacionales, requieren para la realización efectiva de su formulación, reglas más concretas para el procedimiento penal.

Reglas que deben ser establecidas con sumo cuidado, pues el ciudadano tiene que ser protegido por y contra el Derecho Penal.

Si hacer política significa entre varias alternativas elegir una para la solución de un problema, en un Estado social y democrático de derecho, no cualquier alternativa es válida y si esa política es una política criminal en la medida que la opción elegida afecta gravemente a la persona, los límites se acentúan de manera considerable.

Estamos hablando de límites que surgen de la ética (el fin no justifica los medios), de los derechos fundamentales (esto es, la visión histórica nacional de los derechos humanos) y los principios que dieron nacimiento al Estado moderno: libertad, igualdad y solidaridad.

Esta ideología, de tinte democrático, justifica al Derecho Penal, basándose en los límites determinados por la constitución de un país, de donde parte la teoría del garantismo.

Ni siquiera en el control social de la vida cotidiana se pretende la efectividad a toda costa en un entendimiento primitivo de lucha ilimitada contra la desviación como sin embargo, a veces se propugna en la represión de determinadas formas de delincuencia.

Una de las características más importantes de la civilización es precisamente la moderación y el trato correcto con el infractor y la infracción normativa, constituyendo incluso todo un programa político que da las bases de la razón del Derecho penal.

La idea de conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales y una seguridad personal que evite despotismo y arbitrariedades, han ido formando un ideal común, una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado¹¹

Lo cierto es que los legisladores están produciendo normas que tienen la naturaleza del Derecho Penal del Enemigo. Esto no lo dudan ni quienes las consideran conformes a los principios del Estado de Derecho ni quienes las consideran "estados de excepción no declarada".

Esta transformación que se advierte sobre el Derecho Penal actual ha sido caracterizada como un fenómeno de tipo expansivo, pero también como una modernización de la rama penal del Derecho, frente a los riesgos que se derivan de la Sociedad actual.

¹¹ Muñoz conde, Francisco y García Arán, Mercedes, op. Cit., 77

De un modo u otro, parece claro que el rumbo que ha tomado y mantiene el Derecho Penal de hoy es apreciable en diferentes normas del ordenamiento jurídico.

En los Códigos penales modernos se introducen nuevos contenidos, produciéndose reformas en sectores de regulación ya existentes siempre orientados a proteger más (más cantidad de conductas son las que se prohíben) y con mayor severidad (los montos de las penas tienden a aumentar).

En este sentido los ordenamientos penales modernos tienden a conseguir una fórmula del tipo más por más; es decir, más bienes son los que se protegen, lo que supone la creación de nuevos bienes jurídico penales y mayor rigurosidad en la sanción para las conductas ya previstas.

Este nuevo rumbo que ha adoptado el legislador penal, surge como una reorientación que va desde un modelo minimalista, de Derecho Penal nuclear, dirigido principalmente a proteger los bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad sexual y propiedad), hacia un derecho penal moderno preparado para responder a los riesgos derivados de la sociedad actual, que apunta a la protección de bienes jurídicos supraindividuales (como el medio ambiente o la economía).

En conclusión las Comisiones de Derechos Humanos, tanto nacional y de las distintas entidades federativas, así como las

Organizaciones No Gubernamentales, los medios de comunicación, y la sociedad en su conjunto deben de estar alertas de que los funcionarios públicos que apliquen estas medidas (policías, jueces, etc.) respeten en todo momento la ley de manera que su poder no sea ilimitado ni arbitrario.

3.3 ¿ES EL DELINCUENTE UN “ENEMIGO”?

Iniciaremos éste tema con el significado de “Enemigo”; enemigo es un adjetivo que se utiliza para nombrar a algo o alguien que resulta contrario o antagónico a uno mismo o a lo propio. La enemistad surge por un desacuerdo extremo e intolerante entre personas o entes de distinto tipo.”¹²

El Derecho Penal del Enemigo planea una aplicación de castigo sumamente severa y violatoria a toda garantía y a los derechos humanos para un tipo de delincuente que pone en peligro la estabilidad de un estado, a quien se le llama "enemigo" muy distinta para los ciudadanos comunes. La posición de ver en el delincuente a un enemigo, bien puede fundamentarse en argumentos de Derecho Natural de índole contractualista.

Por otra parte hay posiciones que mantienen la condición de ciudadano para el delincuente, debido a que se trata de un status que no puede ser eliminado por él mismo; aquí el

¹² <http://definicion.de/enemigo/#ixzz2EEKRErWq>

individuo es reconducido a un estado de naturaleza, es decir de no-persona, cuando el hecho cometido es de alta traición, puesto que cuando se trata de una rebelión, existe una rescisión del contrato de sumisión. Quien representa una amenaza permanente para mi persona, también puede ser tratado como enemigo y en consecuencia obligado a alejarse; aunque también sería legítimo obligarlo a colocarse junto a mí, en un estado legal.

En este sentido sería correcto dejar de tratar como persona a quienes suponen una amenaza permanente y no aceptan ingresar en el Estado ciudadano.

A partir de estos supuestos filosóficos Jakobs realiza una elaboración que dota de contenido al derecho penal del enemigo, distinguiéndolo del derecho penal del ciudadano.

El enemigo, dice la doctrina de Jakobs, debe ser tratado con severidad, negándosele cualquier tipo de derecho como comunicarse por teléfono, intervenir las líneas de sus familiares y demás cercanos, privarlo de todo tipo de libertad y visita literalmente confinándolo al encierro, limitar le los alimentos, torturarlo para interrogarlo, negarle una defensa y cualquier tipo de trato humano. Todo esto con el fin de controlarlo y someterlo.

Históricamente se ha visto la aplicación del derecho del enemigo en diversos casos, el más sobresaliente es el que los alemanes aplicaron a los judíos en la segunda guerra mundial, de lo que todos tenemos antecedente.

Éste modelo penal de Jakobs, es netamente funcionalista, y guarda el valor prioritario en el sistema del estado, buscando la garantía y seguridad del mismo, aunque resulta demasiado violento, considerando como un NO SER HUMANO al llamado enemigo, reduciéndolo a animal o cosa. En nuestro actual sistema garantista y de protección a los Derechos Humanos, suena inoperante ó tal vez irrealista, pero ¿qué hay de las leyes como: la Ley Contra la Delincuencia Organizada, ó el Estatuto de Roma? Aquí podemos notar también al derecho del enemigo, ya los jueces expiden órdenes de arraigo, violatorias a la libertad de tránsito, aplicando una prisión preventiva aún sin que haya un debido proceso, deteniendo al imputado sin que sea enviado inmediatamente ante un juez, negándole el principio de presunción de inocencia.

Todos éstos preceptos son constitucionales, y sin embargo se violan, incluso garantizando su legalidad en leyes secundarias, pero violando la principal en varios artículos así como preceptos de Derechos Humanos, que se hacen a un lado por la persecución y castigo del que lacera a la sociedad, solo que saliéndonos del auténtico Estado de Derecho y eso es

dañino para un país con el nuestro, garantista y respetuoso de los Derechos de las personas, con un connacional representando a la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.

En la teoría contractualista donde el estado nace por un pacto social y nosotros nos desprendemos de una serie de bienes para la protección de otros , no podemos ir estigmatizando las personas entre enemigos y amigos del derecho penal , pues se supone que los buenos somos más , y si somos más debemos cuidarnos , pero del poder desenfrenado del estado ya que si eliminamos los derechos de una persona que trasgreda la norma estamos poniendo en peligro nuestra integridad como sociedad porque ellos son la minoría de la misma y cuando tu dejas que se le violen los derechos a otros individuo es la primera cuota para que mañana violen los tuyos , el profesor Jacob y su teoría funcionalista radica considero que revive el pensamiento de Ferri.

3.4 FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA JURÍDICO GARANTISTA.

Como bien afirma Santiago Sastre, el término "garantía" es quizás uno de los más empleados por el lenguaje jurídico. Podemos entender que con el concepto garantía se alude a los instrumentos o medios mediante los cuales el Derecho protege y tutela dicho bien o valor o más específicamente a las técnicas de tutela de los Derechos Fundamentales.

Con el concepto Garantismo, por su parte, según la distinción efectuada por Ferrajoli en su conocida opera prima Derecho y Razón, teoría del garantismo penal, se puede aludir a tres nociones distintas, pero vinculadas entre sí.

En primer lugar, a un modelo normativo de Derecho, constituido por un sistema de poder mínimo dotado de técnicas de tutela capaces de minimizar la violencia y maximizar la libertad y que en el ámbito jurídico genera un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado, apreciable

no por su presencia absoluta sino por el grado en que se satisfacen los fines mencionados. En el ámbito constitucional - por ejemplo - se dirá que un sistema es más o menos garantista en tanto cuente con mecanismos de invalidación y reparación idóneos para asegurar la efectividad de los derechos normativamente proclamados.

En segundo lugar, designa a una teoría crítica del Derecho cuya misión consiste en denunciar la existencia de divergencias empíricas entre el ser y el deber ser de los ordenamientos jurídicos complejos a raíz de los contrastes existentes entre sus modelos y sus prácticas concretas.

Y en tercer lugar, alude a una filosofía del Derecho - motivada por la desconfianza en el poder¹³ - en virtud de la cual se endosa al Derecho y al Estado el deber de justificación externa conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente su finalidad.¹⁴

Estos tres significados delimitan la teoría general del garantismo como proyecto que constituye la otra cara del constitucionalismo, pues este último establece imperativos

¹³ FERRAJOLI, Garantías, cit. nota n° 46, p. 62.

¹⁴ FERRAJOLI, Derecho y razón, cit. nota n° 43, p. 85357

sustanciales al derecho positivo mediante la positivación constitucional del deber ser.¹⁵ El garantismo no encontrará un espacio de desarrollo tan propicio bajo los paradigmas opuestos al Estado constitucional, y el constitucionalismo precisa del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de las exigencias de los Derechos Fundamentales, pues ambos comparten el reconocimiento de la existencia de un Derecho superior metalegal, que reside en las constituciones, la visión sustancial de la democracia y la idea de evaluar la validez de las normas infraconstitucionales según criterios formales y materiales.

El aporte que el garantismo hace al constitucionalismo contemporáneo y a los neoconstitucionalismos - en definitiva al Estado - consiste en la actitud que promueve en la ciencia jurídica, defendiendo una concepción del Estado como instrumento al servicio de la protección de los Derechos, y del cientista jurídico, no como mero observador acrítico de aquello que ocurre en los distintos estratos jurídicos, sino como sagaz perseguidor de los desajustes entre el deber ser y el ser del Derecho, entre el horizonte de valores propuesto por la Constitución y el comportamiento de los operadores jurídicos, empezando por el legislador que con frecuencia frustra o

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo, una discusión sobre Derecho y democracia*, Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 16.

desatiende dicho horizonte. El garantismo no se satisface con la mera denuncia sino que requiere además la búsqueda de soluciones mediante el empleo de las garantías actualmente disponibles en el propio ordenamiento jurídico o, si estas son insuficientes, el diseño de nuevas garantías que permitan colmar la laguna causada por la existencia de una norma constitucional insuficientemente garantizada.¹⁶

Lo anterior corresponde a lo que Ferrajoli denomina la aporía de la irreductible ilegitimidad jurídica de los poderes públicos - idea que suprime definitivamente, al menos en el plano de la teoría constitucional, la noción de soberanía como categoría infalible - la cual se distingue mediante la constatación de la incorporación de deberes públicos en el derecho positivo, mediante la constitucionalización de los Derechos Fundamentales y de valores y principios, los que por su naturaleza deóntica, en el caso de los primeros, contienen la posibilidad de ser violados, y en el caso de valores y principios, la imposibilidad práctica de ser íntegramente realizados o satisfechos.¹⁷

¹⁶ PRIETO, Justicia constitucional, cit. nota n° 24, p. 106.

¹⁷ FERRAJOLI, Derecho y razón, cit. nota n° 43, p. 866.

Por lo tanto y en palabras de Ferrajoli, el garantismo concibe al Estado como un sistema constitucionalmente preordenado a la tutela de los Derechos Fundamentales, en el que la legalidad no es solo condicionante, sino que está también condicionada por vínculos jurídicos formales y sustanciales. Un sistema de esta clase, atento vigilante y preciso depurador del Derecho ilegítimo, es un sistema garantista.

En un orden de esta naturaleza, la judicatura adquiere un nuevo rol, desconocido por el Estado legal de Derecho. Los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de las normas inválidas, y por otra parte la incorporación de los Derechos Fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre juez y ley, y asignan a la jurisdicción una función de garantía al ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.¹⁸

Así, desde una perspectiva garantista, la estructura normativa de los Estados constitucionales de Derecho se caracteriza por la pertenencia de las normas vigentes a diversos planos (constitucional, legal, reglamentario, etc.) jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior, y como fáctico

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, "El derecho como sistema de garantías" en: Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 19.

en relación al superior.¹⁹ Lo cual evidencia el sometimiento absoluto de toda fuente de producción normativa al nivel superior de normas, especialmente a la Constitución. En dicho contexto las prescripciones contenidas en normas superiores condicionan la validez de las normas inferiores, y el cumplimiento de aquellas, define la eficacia de las normas superiores, lo cual rompe, de paso, con la paleopositivista confusión entre validez y vigencia de las normas.

¹⁹ SERRANO, José Luis, *Validez y Vigencia, La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 59.

3.4.1 GARANTÍSMO

Siendo, Luigi Ferrajoli, el principal autor de la llamada teoría del Garantismo, teoría, que tiene por fundamento la tutela de las libertades individuales frente al ejercicio arbitrario del poder, especialmente en el Derecho Penal; en otras palabras, es un modelo orientado a garantizar derechos subjetivos, y que normalmente designamos como garantías; Ferrajoli reconoce, que este garantismo no es exclusivo del derecho penal, que existe un garantismo patrimonial, garantismo social y el que nos interesa para este análisis: garantismo liberal o garantismo penal, y con este nombre, Ferrajoli designa a las técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad, pero sobre todo la más importante, la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias.

El garantismo que postula Ferrajoli, está vinculado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y la exigencia de minimizar el poder punitivo del Estado, mediante el estricto sometimiento de las autoridades a la ley, en concreto, a las normas constitucionales que regulan los procesos penales.

Los límites del actuar de la autoridad que Ferrajoli sostiene son dos: las garantías penales sustanciales y las garantías procesales, las primeras se orientan a minimizar los delitos, es decir, a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar; por su parte, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, a reducir al máximo el margen del arbitrio y la discrecionalidad en esta materia.

Tres son las tesis que postula esta teoría:

1.- La primera, es que existe un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa del derecho penal, es decir, los fines que lo justifican, se orientan a regular y minimizar la violencia punitiva, las garantías son las fuentes que justifican al derecho penal, como alternativa a la anarquía de las reacciones de los ciudadanos que se produciría ante la ausencia del derecho penal. Según esta tesis, el derecho penal solo se justifica si además de prevenir los delitos, logra minimizar la violencia de las reacciones al delito, por lo que debe convertirse en un instrumento de defensa y garantía de los ciudadanos, pero además de esa minoría desviada que delinque. Este es un paradigma de tipo abolicionista de la teoría tradicional retribucionista de la pena, lo que se persigue es proteger al más débil, en el delito al sujeto pasivo, en el proceso al imputado y en la ejecución al reo.

2.- La segunda, es que existe un nexo igualmente indisoluble entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción, la pregunta toral para entender esta tesis, es saber ¿Qué es lo que las constituciones establecen como límites a la mayoría?, la respuesta, según esta teoría, es que esencialmente ofrecen dos cosas:

- a) La igualdad de los ciudadanos, sean desviados o no.
- b) La garantía de sus derechos fundamentales, ante todo la vida y la libertad personal, que no pueden ser sacrificados por voluntad de la mayoría, ni el interés general.

El fundamento de la legitimación de la jurisdicción, no es el consenso de la mayoría, sino la verdad de sus decisiones, que viene asegurado por garantías penales, especialmente por la estricta legalidad, o sea la taxatividad y materialidad, y por otro lado, las garantías procesales de la carga de la prueba para la acusación y el derecho a refutar de la defensa. La legitimación interna, se entiende entonces como la congruencia de hacer válidas las garantías en todo momento, que el Iudex, se apegue a la verdad jurídica demostrada en el proceso, porque ninguna mayoría por aplastante que sea, puede legitimar una condena o una absolucón; la labor judicial, eminentemente es no consensual, ni representa lo que la

sociedad quiere, pues debe ser independiente al sentir de la mayoría y sólo tiene valor, cuando es fruto razonado de la verdad jurídica demostrada procesalmente.

3.- La tercera, es que el garantismo representa la base de una teoría crítica y al mismo tiempo una filosofía política del derecho penal, y que se generalizan, como filosofía política y teoría crítica del Estado constitucional de derecho. El garantismo es una filosofía utilitarista, sobre los fines y fundamentos del derecho penal y, al mismo tiempo, una teoría del derecho penal mínimo, que reproduce los principios de justicia y garantías. Como filosofía política, el garantismo es una teoría normativa sobre el deber ser del derecho penal, desde un punto de vista axiológico externo, es un sistema de garantías para todos: los que sufren los delitos, los que sufren los procesos y los que sufren las penas. Esta filosofía provee también, la crítica y la deslegitimación externa, de los rasgos de injusticia de un derecho penal en cuanto sea contrario a sus fines justificativos.

Como teoría jurídica, el garantismo es una teoría empírica, sobre el deber ser del derecho penal, como tal se identifica con el Constitucionalismo, regulando la creación del derecho desde el propio derecho; pero además también es una teoría proyectiva, para integrar las lagunas legales con garantías que están presentes en el nivel constitucional pero no en el

legislativo, pues identifica los rasgos de invalidez y de incoherencia de las normas y de la praxis judicial, comparadas con el modelo constitucional que garantiza los principios de justicia.

En conclusión y en palabras del propio Ferrajoli, "Por garantismo se entenderá pues un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones. En este sentido, el garantismo es sinónimo de "estado constitucional de derecho", o sea de un sistema que recoge el paradigma clásico de estado liberal, extendiéndolo en dos direcciones: de un lado, a todos los poderes, no sólo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no sólo a los poderes públicos sino también a los privados; de otro lado, a todos los derechos, no sólo a los de libertad sino también a los sociales, con el consiguiente surgimiento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública." En estas líneas se sintetiza la teoría del garantismo penal, que podemos estar o no de acuerdo, pero que no deja de ser interesante para comentar.

CAPITULO 4

DERECHO PENAL

DEL ENEMIGO EN LA

LEGISLACION

MEXICANA.

4.1 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MEXICO.

Para las personas ajenas al mundo de los abogados, esto de “Derecho Penal del Enemigo” les puede sonar algo extraño, pero éste se refiere a los derechos que les han de ser negados por ciertas conductas que deben tener un castigo más severo.

La doctrina del Derecho Penal del Enemigo, señala que no se le deben de aplicar las mismas leyes a las personas o grupos de individuos que además de tener un gran poder, presentan un comportamiento antisocial constante y reiterado capaz de atentar contra los cimientos de la sociedad, por lo cual, se justifica la aplicación de un régimen especial para combatirlos. Es algo así como una legítima defensa social ante los grupos criminales, donde ante las agresiones de los delincuentes se utilizan herramientas ex professo para combatirlos.

Es decir, existe una dualidad de leyes, unas que se aplican para los ciudadanos y otros para los enemigos –delincuencia organizada-. Según Jakobs para determinar si hay un derecho de excepción o un régimen de Derecho Penal del Enemigo es preciso satisfacer tres requisitos que son: a) adelantamiento de la punibilidad: es decir, no se requiere la lesión o puesta en

peligro de un bien jurídico, sino que inclusive se llegan a sancionar los medios preparatorios, b) penas desproporcionadamente altas y c) las garantías procesales son reducidas. 20

Pues bien, con la reforma constitucional en materia penal de 2008, donde se implementaron los juicios orales, también se adicionaron varias reglas especiales para la delincuencia organizada, satisfaciendo los tres requisitos antes señalados, entre las que se encuentran: la constitucionalización del arraigo –declarado previamente como inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación-, la figura de la extinción de dominio, centros especializados de “reinserción social”, restricción de comunicaciones con terceros, reserva de datos en la acusación, etc.

Además ya es definida la delincuencia organizada en la misma Constitución como la: “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”. Como podemos apreciar, la definición de delincuencia organizada no requiere que las personas lesionen o pongan en peligro un bien

²⁰ Cfr. JAKOBS Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho penal del enemigo, Civitas, Madrid, 2003, pp. 57-102

jurídico, sino que únicamente se necesita que tengan la intencionalidad delictiva (“para cometer delitos”).

En este sentido, delincuencia organizada no puede ser sinónimo de crimen organizado porque delincuencia organizada tiene connotaciones internacionales mientras que el crimen organizado es aquel en el que se reúnen un grupo de personas para delinquir sin estructura formalizada, mientras que las organizaciones criminales reconocidas por las instituciones internacionales cuentan con características que las hace diferentes de la concepción anterior, así mismo no podemos aceptar que existen 100 mafias operando en México lo más adecuado es mencionar que existen organizaciones de corte mafioso, pues mafia solo hay una.

La campaña “Limpiemos México”, contiene puntos irracionales que provocan el “no derecho”, se relajan los principios constitucionales al autorizar la violación de derechos fundamentales a los menores, con el subprograma de “mochila segura”, se trata de recuperar los espacios marginando a los vagabundos, excluyéndolos de los parques y jardines, crear zonas de tolerancia para la prostitución y criminalizando las conductas antisociales como la drogadicción y la vagancia.

Mientras que la norma penal positiva sufre de la hipertrofia legislativa al crearse la figura del "Feminicidio", como tipo penal que atenta contra las mujeres, se crean las figuras penales de turismo sexual, y existen tres leyes estatales contra la delincuencia organizada en Baja California, Morelos y Jalisco, que reconocen el derecho premial, el falso colaborador y los procedimientos sumarísimos donde se extienden las facultades de los policías para la persecución de los delincuentes.

4.2 DEFICIENCIA DE LAS NORMAS QUE CONFORMAN EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

Con relación a la identificación de quien infringe una norma, calificándolo como enemigo, corresponde advertir que lejos de señalarlo como fuente de peligros, como si fuera un fenómeno natural que se ha de neutralizar, se le está reconociendo por medio de dicho señalamiento una competencia normativa. Es decir que al señalarlo como enemigo se lo demoniza, y es por esta operación que adquiere competencia normativa.

A la par de ello, en estas llamadas legislaciones de lucha, se advierten elementos que sirven para caracterizar al delincuente como perteneciente a la categoría de enemigo; dichas normas presentan elementos que identifican a un determinado grupo de sujetos. Asimismo el mandato de determinación derivado del principio de legalidad ya no es esencial en la tipificación penal.

A la más que dudosa constitucionalidad que una legislación de estas características implica, hay que sumar su falta de efectividad en tanto que no contribuye a la prevención de delitos. Hay que agregar a ello, respecto de la cuestión sobre si el derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho, o bien si por el contrario es un no Derecho, que el derecho penal del enemigo lejos de proteger bienes jurídicos (o estabilizar normas según la postura minoritaria), lo que hace es

demonizar a determinados grupos de individuos, constituyendo como consecuencia un Derecho Penal de autor.

Por ello la respuesta a la criminalidad no convencional, tendría que ser justamente de normalidad, negando su excepcionalidad; conforme a criterios de proporcionalidad e imputación que están en la base del sistema jurídico penal que se conoce como tradicional.

La negación frontal por los enemigos, de los principios políticos o socio-económicos básicos del modelo de convivencia, no sería suficiente para poner en jaque los parámetros fundamentales de la Sociedad.

La aplicación de un Derecho Penal de la normalidad para los fenómenos de terrorismo, terrorismo de Estado o crimen organizado, radica en la adopción de un concepto de persona como atribución que corresponde a todo individuo por su condición humana.

En efecto, en un modelo de Estado Democrático de Derecho, que sea respetuoso con la dignidad humana, ni el enemigo ni nadie puede ser definido como no-persona

4.3 CONSIDERACIONES CRIMINOLOGICA.

La criminología como ciencia de la generosidad rechaza los principios del derecho penal del enemigo, es la ciencia de la esperanza, que a través de los mecanismos jurídicos y no jurídicos se logre la anhelada paz social perturbada, la persona delincuente, forma parte del objeto de estudio, en este caso donde se niega al delincuente el status de persona, la criminología perdería su razón de ser, porque aunque el hombre delincuente cometa los delitos más atroces nunca negará su status, con la finalidad de que el hombre que cometió aquel delito pueda ser reintegrado a la sociedad, un sector de esta doctrina positivista aceptaba la pena de muerte del infractor, pero con carácter de persona, con la finalidad de aplicar la prevención general. La criminología como ciencia interdisciplinaria establece su relación con cada uno de los fragmentos del sistema penal así podemos señalar las siguientes consideraciones donde la criminología tiene estrecha relación:

A) Sobre el derecho penal actual.- no podríamos hablar de un derecho penal "bueno", o benevolente porque entraríamos a una grave contradicción, no existe en el mundo tal consideración, lo que si podemos encontrar es un ordenamiento penal configurado con todas las reglas necesarias para la ejecución de las penas con la naturaleza de

protección de bienes jurídicos imprescindibles de tutela y sobre la prevención de conductas contrarias al derecho que deben ser sancionadas por el ejecutivo con la finalidad de reinserción, al impedir nuevos delitos por la prevención especial positiva, la represión que caracteriza al derecho penal, actualmente pierde su legitimidad y por demás su eficacia al imponer penas y medidas de seguridad irracionales, el caso mas ejemplarizante lo podemos resumir en la penalidad del homicidio calificado que puede llegar hasta los 60 años.

B) Principios imprescindibles de Beccaria: El principio de legalidad de los delitos y de las penas constituye una de las limitaciones más importantes del poder punitivo del Estado. Se expresa de la siguiente forma: ningún hecho puede ser estimado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal; no podrá aplicarse ninguna pena que no haya sido previamente establecida por la ley.

A esta previsión legal se le asigna la consideración de hechos punibles como tipos de acción, y no como tipos de autor, se sanciona por lo que se hace, no por lo que se es, se trata de identificar los hechos constitutivos de delito a través de un examen legal bajo el ordenamiento de bienes jurídicos tutelados, en dirigir el juicio a la ratificación de la prueba de los hechos y no de la mala interpretación o abuso sobre las personas culpables.

Consecuencias de la proclamación del principio de legalidad. Es reiterada la doctrina que deduce que el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal implica, por lo menos, tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, en el caso del derecho penal del enemigo este principio fundamental en los pensamientos de Beccaria se ven amenazados, al castigar por lo que se es y no por lo que se hace, el derecho penal como *última ratio* del estado se invierte en este esquema, al ponderar conductas que en su momento pueden ser o debieran ser atendidas por otros ordenamientos jurídicos, tal es el caso del graffiti en Jalisco, en el que la conducta reincidente se eleva al rango penal, esto es la *última ratio* se consagra como *prima ratio* del Estado, el principio de proporcionalidad es amenaza con el derecho penal del enemigo Indica que la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponderse con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto, respectivamente.

El derecho penal en México no considera este principio para establecer debidamente las penas congruentemente con el hecho cometido, destacamos la penalidad del homicidio calificado en las entidades del Chihuahua que alcanzan la pena

de hasta 50 años, mientras que en el D. F. son de 50, en la Estado de México legan hasta 60, mientras que para el Estado de Jalisco 40. Principio de Intervención Mínima, El Derecho penal esta dirigido a posibilitar la vida del hombre en sociedad ordenando las relaciones humanas y protegiendo bienes jurídicos que son estimados como fundamentales para la convivencia, en el caso que nos ocupa la convivencia la marca las sociedades de mayor protección jurídica, las más privilegiadas, considera que la homosexualidad, debería ser castigada, mientras que para los delitos de corrupción de menores se equipara con la homosexualidad, se preocupan en algunas entidades más por la homosexualidad que por la indemnidad sexual.

Principio de Principio de Presunción de Inocencia, En el Derecho Penal no encuentra una proclamación expresa, pero si orienta algunos de sus contenidos. Fundamentalmente supone un limite frente al legislador, que actúa paralelamente y en coordinación con el principio de culpabilidad, desterrando normas penales que concreten sus contenidos sobre presunciones de culpabilidad o de realización de determinados hechos, este principio se desvanece al negar al “enemigo” cualquier capacidad jurídica para defenderse, pues al momento de identificarlo como un delincuente de peligrosidad futura, sus derechos y en especial este principio desaparecen.

Principio de Necesidad. De lo expuesto para los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, esencialmente del primero de ellos, se deduce la defensa del principio de necesidad de pena como exigencia adicional a la culpabilidad. La pena adecuada a la medida de culpabilidad tendrá que ser, además, necesaria para responder a las exigencias de la prevención general y de la prevención especial.

C) En la función de la prisión, a raíz de los postulados de Beccaria a finales del S. XVIII, el sistema penitenciario se orientó hacia la humanización de las condenas, al proponer la higiene en los reclusorios, la separación de los presos, los alimentos suficientes y sobre todo los programas de readaptación social, con el fin de reinsertar al hombre en sociedad, actualmente el sistema penitenciario prolifera la mala alimentación de los presos, el hacinamiento, la sobrepoblación, el tráfico de drogas, por lo que la prisión se vuelve un ejercicio retribucionista, al no generar las expectativas que la sociedad exige, la prisión es retribución de un mal al mal cometido, así el derecho penal se potencializa de manera perversa para el reo con prácticas punitivas y totalmente represivas, volvemos con el ejemplo de las cárceles que se encuentran en Guantánamo y en medio oriente.

El derecho penal del enemigo amenaza seriamente a los instrumentos jurídicos racionales establecidos, y se erige

orientado a dominar castigando a los miserables, a los pobres, marginados, excluidos, drogadictos, alcohólicos, homosexuales, prostitutas y travestidos, potencializa su ejecución para penar a los poderosos, a la criminalidad organizada, los terroristas, secuestradores, violadores etc. se establece además de manera trágica, diamonizando algunos grupos de delincuentes, el derecho penal para el ciudadano en un Estado social y democrático de derecho puede ser hasta un pleonasma, mientras, mientras que el derecho penal del enemigo es una contradicción, como si dijéramos un no derecho para el no ciudadano.

Criminológicamente el derecho penal del enemigo se identifica como un derecho penal prospectivo en lugar de ser un derecho penal retrospectivo mediante el mecanismo del principio de culpabilidad, pues aquel sujeto exteriorizo su conducta modificando el mundo exterior, mientras que el derecho penal del enemigo identifica al sujeto por su peligrosidad futura.

4.4 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO ¿UNA SOLUCIÓN?

México ha sufrido una escalada de violencia sin parangón en la historia contemporánea. Tal parece que estamos en un estado de guerra, ya ni son noticia las imágenes de personas decapitadas, las narcomantas, muertes de policías municipales, estatales y federales, descubrimientos de fosas comunes, corrupción de funcionarios públicos federales, estatales y municipales en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, etc.

Ante este panorama sombrío, oscuro y desalentador donde el Estado se vislumbra enfermo, débil, anquilosado e incapaz de combatir la fuerza omnímoda (como un Leviatán) de la delincuencia organizada, surge la pregunta de si es buena idea la aplicación de un Derecho Penal del Enemigo en México.

Para las personas ajenas al mundo de los abogados, esto de "Derecho Penal del Enemigo" les puede sonar algo extraño, como sacado de alguna serie de ciencia ficción.

La doctrina del Derecho Penal del Enemigo, grosso modo, señala que no se le deben de aplicar las mismas leyes a las personas o grupos de individuos que además de tener un gran poder, presentan un comportamiento antisocial constante y reiterado capaz de atentar contra los cimientos de la sociedad, por lo cual, se justifica la aplicación de un régimen especial

para combatirlos. Es algo así como una legítima defensa social ante los grupos criminales, donde ante las agresiones de los delincuentes se utilizan herramientas ex professo para combatirlos.

Es decir, existe una dualidad de leyes, unas que se aplican para los ciudadanos y otras para los enemigos –delincuencia organizada-. Según Günther Jakobs para determinar si hay un derecho de excepción o un régimen de Derecho Penal del Enemigo es preciso satisfacer tres requisitos que son: a) adelantamiento de la punibilidad: es decir, no se requiere la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino que inclusive se llegan a sancionar los medios preparatorios, b) penas desproporcionadamente altas, y c) las garantías procesales son reducidas.

Pues bien, con la reforma constitucional en materia penal de 2008, donde se implementaron los juicios orales, también se adicionaron varias reglas especiales para la delincuencia organizada, satisfaciendo los tres requisitos antes señalados, entre las que se encuentran: la constitucionalización del arraigo –declarado previamente como inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación-, la figura de la extinción de dominio, centros especializados de “reinserción social”, restricción de comunicaciones con terceros, reserva de datos en la acusación, etc.

Además ya es definida la delincuencia organizada en la misma Constitución como la: “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”. Como podemos apreciar, la definición de delincuencia organizada no requiere que las personas lesionen o pongan en peligro un bien jurídico, sino que únicamente se necesita que tengan la intencionalidad delictiva (“para cometer delitos”).

Ahora surge el la pregunta, ¿es una solución viable la implementación de un derecho penal del enemigo en México? Primero que nada hay que mencionar que cualquier respuesta que se le dé a esta pregunta va a resultar controversial por la importancia del asunto.

A pesar de que la doctrina garantista encarnada por Luigi Ferrajoli se inclina por la abolición de este sistema, considero que por las circunstancias particulares que atraviesa México se requiere un derecho penal de emergencia o del enemigo. Debido al status actual en el que vivimos es necesaria la implementación de éste ya que la delincuencia organizada está desafiando de manera real al Estado y a la sociedad, contraviniendo los valores que sustentan la democracia y el mismo Estado.

El alto índice delictivo que vive la sociedad hace necesaria la aplicación de estas medidas. Es preciso señalarlo,

actualmente el Estado vive una verdadera guerra contra la delincuencia organizada y es necesario dotarlo de las herramientas necesarias para combatirlo de manera frontal. Sin embargo, no por la implementación de estas medidas terminará el crimen organizado de operar, sino que únicamente se le dota al Estado de herramientas para afrontarlo por lo que si no hay una verdadera voluntad de combatirlo –si hay corrupción, “narcocampañas”, infiltración del crimen organizado en el Estado - no se podrá nunca vencerlo.

Considero que el sistema penal del enemigo, puede combatir a la delincuencia y que una vez que el Estado poco a poco vaya venciendo al poder de facto que tiene la delincuencia organizada debe desterrarse de nuestro sistema jurídico. Este sistema debe ser transitorio hasta que podamos vivir con seguridad, por lo que una vez que se venza la causa que le dio origen debe desaparecer, tal como lo señala el art. 29 Constitucional, mismo que puede aplicarse por analogía en este caso.

Además las Comisiones de Derechos Humanos, tanto nacional y de las distintas entidades federativas, así como las Organizaciones No Gubernamentales, los medios de comunicación, y la sociedad en su conjunto deben de estar alertas de que los funcionarios públicos que apliquen estas

medidas (policías, jueces, etc.) respeten en todo momento la ley de manera que su poder no sea ilimitado ni arbitrario.

CONCLUSIONES

1.- En mi opinión la Teoría del Derecho Penal del Enemigo tiene una existencia es cada vez más real, cada vez más

legislaciones son concebidas para luchar contra determinados grupos de individuos, en la que se aplica una sutil flexibilización del modelo de imputación clásico y de las garantías concebidas en el periodo de la Ilustración. Con lo cual, sin perjuicio de las diferentes posiciones que se advierten en la doctrina, existe coincidencia sobre la actual tendencia que imprime el legislador penal en este sentido.

2.- Hablando de los límites del Derecho Penal del Enemigo, la teoría no puede ser sino puramente descriptiva: no hay una exigencia normativa. Es claro, además, que precisamente la discusión sobre este tema está relacionada con la inseguridad cognitiva que genera esta criminalidad en las sociedades modernas. Pero el debate sobre la constitucionalidad de su inclusión queda todavía, abierto.

3.- En todo caso, se trata de regresar al significado de la pena "como explicación y medida de la guerra contra un enemigo de la paz, de la ley, del orden". Esta pena es, simplemente, lucha frente al peligro y, por ello, una reacción distinta a la que corresponde al miembro del grupo, que es infractor de la norma.

4.- Tenemos que entender que el concepto de Derecho Penal de Enemigo no significa necesariamente una expresión del Estado autoritario; más bien es, desde su origen, una reacción del Estado liberal frente a sus enemigos. Por ello se puede afirmar sin temor al error, que México con la reforma constitucional en materia penal ya es un país donde se encuentra vigente el Derecho Penal del Enemigo, tal como lo señala el Dictamen de la Cámara de Senadores respecto de la reforma penal: “Un fenómeno que por sus características especiales en la capacidad de operación de la organización, la sofisticación de sus actividades, el impacto social de los delitos que comete y, en general, su condición de amenaza en contra del Estado, requiere de un tratamiento especializado”.

5.-Considero que se puede combatir eficazmente a la delincuencia organizada sin temor a que se cometan injusticias en los casos concretos. De esta manera, poco a poco, con la voluntad coordinada de todos los agentes públicos y privados, podremos a largo plazo ganar esta guerra que le cuesta a México miles de vidas y una vez recobrada la seguridad y la paz social, se podrá abolir este sistema tal como lo señala nuestro artículo 29 de la Constitución.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1.- Abanto Vásquez, Manuel A., El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico, en: Cancio Meliá/Gómez- Jara Díez, Derecho

penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Madrid/Buenos Aires 2006, vol. 1, p. 1-52.

2.- Aboso, Gustavo Eduardo, El llamado "Derecho penal del enemigo" y el ocaso de la política criminal racional: El caso argentino, en: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez, Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Madrid/Buenos Aires 2006, vol. 1, p. 53-78.

3.- Alvarado Martínez, Israel. Procedimientos penales especiales, Porrúa, México, 2006.

4.- Alvarado Velloso, Adolfo, Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

5.- Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malareé, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Segunda edición, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

6.- CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds), *Derecho Penal del Enemigo, el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, D de F, 2006, p. 345.

7.- CANCIO MELIÁ, Manuel, "¿"Derecho Penal" del Enemigo?", en: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal de Enemigo*, Madrid: Editorial Thompson Civitas, 2003, p. 77 8.- JAKOBS, Günther, "La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente", *Estudios de Derecho Judicial*, N° 20 (1999), p. 139.

9.- "Derecho penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo", en: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds), *Derecho Penal de Enemigo, el discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, D de F, 2006, p. 37.

10.-CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.), *Derecho Penal de Enemigo, el discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, D de F, 2006, p. 80.

11.-Dozo Moreno, Sebastián, "Entrevista a Günter Jakobs", en La Nación, 26 de julio de 2006, Argentina, en: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=82625 (fecha de consulta 20 de septiembre de 2009).

12.-Gracia Martín, Luis. "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'", Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, núm. 07-02, p. 02:1-02:43,

13.-JULIO ESTRADA, Alexei, "Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales", en: CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 148.

14.-Laveaga, Gerardo. "¿Quién teme a la reforma penal?", (Documento web), Instituto Nacional de Ciencias Penales, mayo 2008, en: <http://www.inacipe.gob.mx/htm/palabrasDirector/reformaPenal.html>

15.-MAZZARESE T., *"Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi"*, pp. 7 y ss

16.-NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derecho*, Santiago: Librotecnia, 2006, p. 223.

17.-OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. 28ª Edición actualizada 2001. Buenos Aires Argentina

18.-Pérez del Valle, Carlos, "La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant". Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2008, núm. 10-03, p. 03:1-03:14, ISSN 1696-0194, en: <http://criminet.ugr.es/recpc>

19.-PRIETO SANCHIS, Luis, "La teoría del Derecho en Principia Iuris", Conferencia pronunciada en la IX Edición de los cursos de post grado en Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, España. 2009.

20.-Rivero Legarreta, Juan. "El Derecho penal del enemigo en las leyes mexicanas", en El mundo del abogado, Editorial Revista el Abogado, revista mensual, Año 12, nº 126, México, octubre 2009, pág. 36 a 39.

21.-ROMÁN LÓPEZ, Marlene. Gaceta Constitucional. Aspectos Conceptuales del término enemigo. TOMO 22. Octubre 2009.

22.-RUBIO, F., "La constitución como fuente del Derecho, en La Constitución española y las fuentes del Derecho", *Instituto de Estudios Fiscales*, Vol. 1 (1979), p. 62.

23.-RUIZ MIGUEL, Carlos, "El significado jurídico del Principio de Dignidad de la Persona", *Revista Jurídica del Perú* (1996), Trujillo-Perú: Editora Normas Legales, p. 175.

24.-SASTRE ARIZ A, Santiago, "Derecho y Garantías", *Jueces por la Democracia* N° 38 (2000), p. 3.

25.-SERRANO, José Luis, *Validez y Vigencia, La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 59.

26.-VIO VARGAS, Bárbara, *Naturaleza, dignidad y derechos humanos, un retorno a los orígenes*, Tesis para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas de la Universidad Austral de Chile, p. 21

27.-VIQUEZ, Karolina, "Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?", *Polít. crim.* N° 3 (2007), p. 2.