



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN
MAESTRÍA EN POLÍTICA CRIMINAL

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y SU RELACIÓN CON
EL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN EN MÉXICO

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN POLÍTICA CRIMINAL

PRESENTA:
LIC. CARLOS FERNANDO CARRILLO MALAGÓN

TUTOR O TUTORES PRINCIPALES:
DR. JOSÉ ANTONIO ALVAREZ LEÓN, FES ACATLÁN

COMITÉ:
DRA. LETICIA GARCÍA GARCÍA, FES ACATLÁN
DR. HÉCTOR CANTÚ LAGUNAS, FES ACATLÁN
DR. ANTONIO CHOLLEY NAKAODO RIVERA, FES ACATLÁN
DRA. LIZBETH XÓCHITL PADILLA SANABIA, FES ACATLÁN

MÉXICO, D, F. NOVIEMBRE 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PALABRAS DE GRATITUD

Hace ya casi tres años, que entre a la maestría, con la idea de hacer un trabajo de investigación, donde pudiera hablar de aquellas inquietudes, que surgieron cuando elaboraba mi tesis de licenciatura, asesorado por la Doctora Leticia García García, podríamos decir que mi tesis de maestría, es una continuación de aquellas ideas, que juntos comentábamos.

Durante el camino de la maestría, tuve compañeros con niveles asombrosos, gracias a que ellos poseían esos niveles, yo me veía obligado a dar lo mejor de mí en cada clase, para poder sobrevivir a aquellas aulas realmente exigentes. La mejor de las suertes a cada uno de ellos.

Como olvidar aquellas clases, de ciencia política y política criminal, impartidas por mi asesor el Doctor José Antonio Álvarez León, en aquel primer semestre, realmente puedo decir, que esas clases me dieron la base, para entender lo que fue la maestría. En un principio debo confesar, que era tanta la exigencia en sus clases, que llegue a cuestionarme si podría con el nivel, recuerdo aquellas preguntas, dirigidas a mí, en algún momento pensé, que era parte de la metodología de las clases, pero después comprendí lo que Toño quería ver, la finalidad de Toño era que mostrará todo mi nivel.

Más tarde en las asesorías con mi tutor, la exigencia seguía, y comprendí que Toño trabaja de forma diferente, busca que uno mismo, pueda romper las barreras, de las limitaciones teóricas, que se dan día a día, y así poder tener un enfoque diferente, al del pensamiento concreto. Gracias Toño por tantas aportaciones, pero sobre todo, gracias porque al final de las asesorías, hablaste conmigo como un amigo sincero, espero que nos volvamos a ver, en algún momento más adelante, gracias.

Debo dar gracias a mi familia, por todo este valioso apoyo, al decirme que los estudios son lo más importante, gracias Mami, porque sin ti esto no sería posible, siempre apoyándome en todo momento, siempre alentándome, gracias Mami porque tu apoyo es desde aquellos tiempos, en los que yo estudiaba la preparatoria, todos mis estudios son para ti.

Gracias Mamá, porque tus palabras, siempre me han tenido anclado en la realidad, gracias por ser el motor que me impulsa a seguir, cuando todo parece lejano. Gracias a Mamá Quelos por todo su apoyo, gracias a Beto por aconsejarme y acompañarme.

Cuando supe, que venías en camino, por un momento sentí miedo, debo decirte que aunque falte tiempo, para que puedas leer estas palabras, lo que me dio un poco de temor, no fuiste tú, tú serás lo mejor, lo que me dio un poco de temor, fue quizás el entorno que tendrás, pero nunca tú, esta tesis cuyo mayor contenido, consta de la hermosa teoría, esta tesis que engloba, lo que he aprendido desde mis días de estudiante de licenciatura, esta tesis que engloba lo que aprendí en la maestría, es para ti hija, esta tesis que contiene parte de mi pasado, parte de mi presente, quizás mi futuro, esta tesis que es para obtener mi grado de maestro, en política criminal, es para ti hija.

Laura, no te preocupes sé que saldremos adelante, gracias por todo este apoyo,

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN EN MÉXICO

ÍNDICE

CAPÍTULO I PRINCIPIOS POLÍTICOS QUE FUNDA EL CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL

	Página
1 El Estado	VIII
1.1 Principales Teorías sobre el origen del Estado	VIII
1.1.1 Concepciones Jurídicas sobre el Estado	X
1.2 Estado Liberal Clásico	1
1.3 Estado de Derecho	2
1.3.1 Realismo de Derecha	5
1.4 Estados Totalitarios	8
1.4.1 Realismo de izquierda	10
1.5 Concepciones de Política Criminal	13
1.5.1 La Política Criminal del Estado Liberal Clásico	16
1.5.1.1 La Función de la Penal en el Estado Liberal clásico	17
1.5.2 La Política Criminal del Estado Social de Derecho	20

CAPÍTULO II DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN O DEL ENEMIGO

2. Generalidades del Derecho Penal del Enemigo	26
2.1 Concepciones Políticas del Derecho Penal del Enemigo	28
2.2 Concepciones Dogmáticas del Derecho Penal del Enemigo	62
2.2.1 La Doctrina de la imputación	62
2.2.2 La Teoría de la imputación objetiva	69
2.3 Funcionalismo Normativo	75
2.4 El Enemigo en el Derecho Penal	80
2.5 Teorías de la Fragmentación	85
2.5.1 Derecho Penal del Enemigo como expresión del Estado de excepción	

CAPÍTULO III FENÓMENOS EXPANSIVOS

3. Fenómenos Expansivos	91
3.1 El año 2001 como punto de partida a la expansión	91
3.2 El Derecho Penal del Enemigo en Argentina	96
3.3 El Derecho Penal del Enemigo en Colombia	104
3.4 Usos Simbólicos del Derecho Penal	109

3.4.1 Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos	112
--	-----

CAPÍTULO IV EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU IMPLANTACIÓN EN MÉXICO

	Página
4.1 Instrumentos Jurídicos Internacionales que influyeron para que México Adoptará el Derecho Penal de excepción	115
4.2 Reformas Constitucionales de Junio de 2008-2009	119
4.3 Figuras Jurídicas que ubican el Derecho Penal del Enemigo	134
4.4 El Control Social Posmoderno	148
Conclusiones	152
Bibliografía	154
Cibergrafía	156
Legislación	156

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, analiza los fenómenos expansivos del Derecho Penal, como solución a los problemas de la sociedad. El Estado Mexicano ha recurrido, al uso simbólico del Derecho Penal para tranquilizar a la opinión pública.

Esta expansión del Derecho Penal, ha originado que el Estado Mexicano, eleve a rango constitucional, el Denominado Derecho Penal del Enemigo, contrarrestando los principios garantistas, que todo Estado de Derecho debe observar. Lo peculiar de esta nueva forma de Derecho Penal, es que es expedido por el legislador, del Estado de Derecho, que respeta los derechos y garantías reconocidos por la Ley fundamental.

De esta manera, en un Estado de Derecho, coexisten dos derechos penales: uno reservado para los ciudadanos; donde el marco de juego, de los principios de libertad y dignidad de la persona, son respetados de forma armónica por parte del Estado; y otro por el contrario, en el que dicho marco, debe ser necesariamente reducido, por el actuar de personas que representan un peligro permanente para la sociedad.

En el presente trabajo, se abordan las cuestiones dogmáticas del Derecho Penal del enemigo, muchas son las obras, que abordan el tema del Derecho Penal del Enemigo, pero pocas las que hacen un estudio dogmático del tema.

Para comprender, estas posturas dogmáticas del Derecho Penal del Enemigo, es necesario estudiar, el moderno principio de culpabilidad, la imputación penal de la acción y de la omisión, la imputación objetiva, la prohibición de regreso, los delitos de peligro abstracto.

En el moderno concepto de culpabilidad, se hace alusión a los defectos cognitivos y volitivos, al momento de prestar fidelidad a la norma jurídica. En este sentido, quien yerra de forma leve, no aporta con su comportamiento nada que sea comunicativamente relevante.

En este sentido, los hechos cometidos por un autor, que desconoce la norma, siguen siendo hechos dolosos, si pudiesen ser inevitables, son hechos dolosos inculpables; pero si el hecho era evitable, es un hecho culpable. Por lo tanto, si por falta de interés de conocer la norma, alguien comete un hecho, es un hecho doloso, porque pudo haber conocido la norma.

En una sociedad libre, los miembros de la sociedad, configuran un ámbito de organización propio, en este contexto, existe una obligación originaria, que consiste en mantener, el propio ámbito de organización, en una forma que no se dañen los derechos de los demás.

Por otra parte, la teoría de la imputación objetiva, nos resuelve el problema de la cantidad de riesgo, tolerado por una sociedad, delimitando el riesgo permitido, como parte de una configuración racional del mundo. Los daños seguidos, han de ser imputados, cuando se produce un daño por error.

Cuando una persona, configura su actuación a un plan delictivo, de forma mediata, al igual que quien lo causa directamente, actúa configurando un mundo, que es formado por el plan delictivo. El sujeto que causa un resultado mediato, no responde si su actuación, no se hay vinculada al curso lesivo.

En los delitos de peligro abstracto, lo punible es la tendencia a la producción de un daño, esto sucede, cuando una conducta tipificada, es definida como perturbadora, como una posibilidad de dañar o menoscabar, el bien jurídico tutelado.

El Derecho Penal de la expansión, pide a la mayoría de las legislaciones, centrar su actuación en la delincuencia organizada, que a su vez, es la delincuencia de la globalización, para combatir esta modalidad de delincuencia, es necesario homogeneizar criterios supranacionales.

1. EL ESTADO

Estado y sociedad son términos que aparecen diferenciados, como si fueran entidades con objetivos complementarios. De hecho puede considerarse que todo el Estado está dentro de una sociedad, y que toda sociedad esta dentro de un Estado, sólo que el Estado representa la esencia y el quehacer de la política pública en la sociedad; y, a su vez, la sociedad es todo el espacio reservado al quehacer privado de, y entre los Hombres.¹

Desde un punto de vista muy amplio, se puede entender por Estado cualquier organización política que el hombre ha logrado construir para regir su vida colectiva, el Estado como todo fenómeno histórico, está sometido a un cambio permanente en sus formas.

1.1 PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE EL ORIGEN DEL ESTADO

Teoría del origen familiar del Estado

El elemento social es, sin duda el grupo. Por su parte la historia no es otra cosa que la configuración de organizaciones, estructuras y nuevas formas sociales. La necesidad de reproducirse crea la familia y establece los vínculos de sangre en los primeros grupos. Para esta teoría la familia es la verdadera fuente y el origen de toda la república y miembro principal de ella, a esta tesis se agrega la teoría patriarcal, la teoría del matriarcado y otras que describen la naturaleza de la familia o familias, se reconoce que la familia es el núcleo primitivo del Estado.

¹ Montero Zendejas, Daniel, Derecho Constitucional Comparado, México, Porrúa, 2002, pp. 178

Las teorías que abordan el origen de la sociedad son muy diversas, en cuanto que ofrecen diversos cuadros del desenvolvimiento de los grupos primitivos. Así por ejemplo las teorías patriarcales toman como base al paterfamilias; como centro de las actividades del grupo primitivo.

Por otro lado las teorías matriarcales, se nos ofrecen en una notable variedad de organizaciones, desde la etapa rudimentaria de la promiscuidad inicial, hasta las organizaciones, en las que la madre es el elemento esencial en el grupo. El parentesco y la sucesión, derivan de los lazos evidentes de la relación maternal, durante un largo proceso social los hijos se mantienen unidos a la madre sin la cuál habrían muerto.²

Teoría del origen violento del Estado

Numerosos autores señalan a la violencia, como causa de nacimiento de las formas políticas, estas teorías violentas del origen del Estado mencionan, que el Estado tiene su nacimiento en la guerra. El Estado es enteramente en cuanto a su origen y casi enteramente en cuanto a su naturaleza, durante los primeros estadios de su existencia, una organización social impuesta por el grupo vencedor al grupo vencido, organización cuyo único fin es reglamentar la dominación del primer grupo sobre el segundo. Y esa dominación no ha tenido otro fin que la explotación económica del vencido por el vencedor.

Teoría del origen convencional del Estado

La idea de un contrato, o convenio, ha dominado en numerosos autores, se distingue entre el contrato social como generado de la sociedad civil, y el contrato político que dio origen a las formas políticas y, posteriormente al Estado.

² Ibídem, pp. 272-274

La base del contrato social, es el estado de naturaleza; es decir el estado salvaje, los hombres viven atemorizados por la guerra de unos contra todos y la injusticia, es necesario pensar en un poder supremo que gobierne a los grupos antagónicos. Para crear este orden, fue menester que el hombre aportara una parte de su libertad, así cada uno pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general.

1.1.1 CONCEPCIONES JURÍDICAS SOBRE EL ESTADO

De acuerdo con George Jellinek, el Estado es un objeto de conocimiento que se da en el mundo histórico, y no una concepción ideal acerca de cómo debe ser. Es decir, su estudio se centra en el Estado tal como es, como se presenta en la realidad o en la vida cultural de los pueblos.

Se puede analizar el origen del Estado, bajo dos métodos complementarios: el sociológico y el jurídico. Conforme al primero, examina al Estado, a través de los hechos reales en que se manifiesta, y de acuerdo con el segundo método analiza al Estado, como objeto y sujeto del derecho y como relación jurídica.

Se fundamenta el concepto Jurídico de Estado, al que se le considera un sujeto de derecho dotado de personalidad, es decir acorde con la idea de corporación formada por un pueblo, con poder de mando originario, y asentado en un territorio.³

Hans Kelsen identifica al Estado con el orden jurídico, para él, el Estado no es un hecho natural; no pertenece al mundo del ser, sino al del deber ser. Es un objeto espiritual, cuya esencia consiste en un sistema de normas; además el Estado como orden, no puede ser más que el orden jurídico, en la expresión de su unidad, pues es imposible admitir junto a éste la validez de otro orden cualquiera.

³ Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, México, Porrúa, 2005, pp. 222

Al establecer la identidad entre derecho y Estado, kelsen atribuye a aquél la soberanía como supremacía del orden jurídico estatal. Un Estado es soberano cuando el conocimiento de las normas jurídicas demuestran que el orden personificado en dicho Estado, es un orden supremo cuya validez, no es susceptible de fundamentación ulterior; cuando, por tanto, es supuesto como orden jurídico total y no parcial.⁴

⁴ Montero Zendejas Daniel, Op. Cit., pp. 276

1.2 ESTADO LIBERAL CLÁSICO

Estado liberal concepto

Este tipo de Estado, floreció fundamentalmente en el siglo XIX, y su principal característica es la de que el Estado, esta al servicio del individuo y debe proteger sus más preciados intereses y libertades.⁵

Principales características

En el siglo XIX, las acciones que buscaban el igualitarismo provinieron, fundamentalmente, de fenómenos de tipo económico, factor que asumió diferentes formas en las distintas regiones del mundo. Así en Inglaterra, el movimiento que generó la revolución industrial y apoyó el derecho de voto, incrementó el poder social de la clase media urbana y convirtió a gran parte de la población en trabajadores fabriles.⁶

Según la concepción propia del Estado Liberal clásico, el valor político fundamental está representado por la eminente dignidad de la persona humana, ya que la organización estatal se ha instituido y desarrollado con el único objeto de fomentar las múltiples posibilidades derivadas de la persona, y para facilitar su realización efectiva en el seno de la sociedad.

De lo anterior se desprende que, para la mejor realización de las decisiones libres de los integrantes del elemento humano del Estado, el mecanismo de la organización estatal debe apoyarse, en la fórmula del autogobierno que tiende a resolver el problema, que se considera fundamental en esta forma de Estado, de armonizar la libertad de cada uno con la libertad de los demás, a través de la identificación, lo más perfecta posible entre gobernantes y gobernados.⁷

⁵ Porrúa Pérez, Francisco, Teoría del Estado, México, Porrúa, 1999, pp. 480

⁶ Montero Zendejas, Daniel, Derecho Constitucional Comparado, México, Porrúa, 2002, pp.154

⁷ Ibídem, pp. 290

1.3 ESTADO DE DERECHO

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

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

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

No todo Estado merece ser reconocido con el nombre de Estado de Derecho ya que un Estado con Derecho no es precisamente un Estado de Derecho. El Estado de Derecho implica sometimiento del Estado al Derecho, a su propio Derecho; es decir a su estructura constitucional que establezca derechos fundamentales concordes con la organización institucional.⁸

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

⁸ <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/02582729880247063190791029101..pdf?incr=1>. pp.1-

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

El Estado de Derecho es así, una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista gradual, hecha por personas que frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para las demás personas, sus bienes y propiedades y que, a su vez ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad.

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

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

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

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

Vertebrando no sin conflictos ni contradicciones, toda esa decisiva evolución histórica y los diferentes modelos de Estado de Derecho, se pueden observar

ciertos componentes, que han sido y deben ser considerados como fundamentales, básicos, imprescindibles para que pueda en rigor hablarse, con aplicación a todas esas relacionadas situaciones, de un verdadero, pero no estático ni esencialista, Estado de Derecho.⁹

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

- a) Imperio de la ley, que impera sobre gobernantes y ciudadanos, pero precisando que, como ya se señalaba en el artículo 6 de la Declaración Francesa de 1789, “la ley es la expresión de la voluntad general”.
- b) División de poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, no escisión ni confusión de ellos, todos los poderes deben ajustar su actuación a la constitución.
- c) Protección de derechos y libertades fundamentales.
- d) Fiscalización de los órganos del Estado.

En el Estado de Derecho, los ciudadanos pueden exigir respeto hacia las libertades y los derechos de los demás, así como consecuentes comportamientos, en el marco siempre de los cauces institucionales y constitucionales, entendidos de la manera más amplia y flexible posible. Pero además de ello, debe señalarse que a quien en última y más decisoria instancia, se dirige el Estado de Derecho es precisamente al propio Estado, a sus órganos y poderes, a sus representantes y gobernantes, obligándoles en cuanto tales a actuaciones en todo momento acordes con las normas jurídicas.

El Estado no puede, no debe, de ningún modo, responder al delito con el delito, a la violación de la ley por el delincuente, con la violación de la ley por el gobernante o sus representantes: se convertiría así en un Estado infractor. No

⁹ *Ibidem*, pp. 3-4

puede, ni debe, cometer el gravísimo error de combatir e intentar acabar con la criminalidad organizada, cayendo en un correlativo terrorismo de Estado.

1.3.1 REALISMO DE DERECHA

El realismo de derecha constituye, una versión de política criminal caracterizada, por una ideología económica neoliberal, con exponentes teóricos de derecha, pero con enfoques epistemológicos y metodológicos distintos.

Surge como respuesta ideológica de los países centrales para justificar las políticas económicas neo-liberales. Así en muchos países, la búsqueda del máximo beneficio al menor costo, la privatización de los bienes del Estado, la inversión monetaria masiva y el libre comercio, permitieron la entrada de monopolios que provocaron el colapso de las pequeñas y medianas industrias nacionales, con el consecuente aumento del desempleo.

Como resultado de ese nuevo sistema productivo, se privatizaron los servicios públicos y la seguridad social, dejando a millones de personas en precarias situaciones económicas; y esto dio como consecuencia que se hayan engrosado los índices de la criminalidad y luego, de la economía informal.

Como consecuencia del parámetro costo-beneficio, aplicado al fracaso de las políticas criminológicas de prevención y de readaptación sociales, se retomó la posición estructural funcionalista en el sentido que la criminalidad siempre estará presente en la sociedad, no puede ser eliminada, basta con atemperarla y manejarla de manera eficiente, para reducir su impacto y proporcionar seguridad pública, por lo tanto no es necesario identificar las causas de la criminalidad, sino basta con controlar sus efectos.

En ese orden de ideas, al realismo de derecha no le importan los fines declarados de las penas, sino la segregación de las personas que el sistema

considera necesario controlar, para la defensa de las relaciones sociales de producción.¹⁰

El realismo de Derecha construyó cárceles de máxima seguridad e instrumentó leyes especiales, que constituyen excepciones a los principios generales del derecho moderno y al sistema penal ordinario, tales como las relativas a la delincuencia organizada y narcotráfico.

Tanto en el derecho sustantivo, como en el adjetivo se institucionaliza el derecho del poder del Estado, se institucionalizan las medidas de seguridad como la detención de personas, por la simple sospecha de que cometerán algún delito, el cateo arbitrario o la intervención de comunicaciones privadas.

La política criminal de la economía neoliberal, está basada en la doctrina de la seguridad nacional, y se origina una corriente que limita las garantías y libertades que todo Derecho Penal Democrático debe respetar.

En la actualidad el Realismo de Derecha, utiliza el Derecho Penal como un instrumento diseñado para proteger bienes jurídicos especialmente importantes, sin embargo en la actualidad han aparecido nuevos intereses o nuevas valoraciones de los bienes jurídicos tradicionalmente aceptados.

Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico- penales son seguramente distintas. Por un lado cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades, que antes no existían, y en cuyo contexto han de vivir las personas, que se ven influenciadas por una alteración de estas nuevas realidades.¹¹

Por otro lado, debe aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en la actualidad empiezan a manifestarse, como bienes escasos, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les

¹⁰ González Vidaurri, Alicia, Sánchez Sandoval, Augusto, Criminología, México, Porrúa, 2008, pp. 19-20

¹¹ Silva Sánchez, Jesús María, La Expansión del Derecho Penal, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2006, pp. 10

asignaba. Debe contemplarse el incremento esencial de valor, que experimentan como consecuencia del cambio social y cultural ciertas realidades que siempre estuvieron presentes, pero que el actual realismo de derecha les da otras dimensiones.

La sociedad postindustrial es la sociedad de los avances tecnológicos, una sociedad con otros caracteres individualizadores, que convergen en su caracterización como una sociedad objetiva de inseguridad. El empleo de medios técnicos, la comercialización de productos o la utilización de sustancias cuyos posibles efectos nocivos no se conocen de modo seguro y, en todo caso, se manifiestan años después de la realización de la conducta, introducen un importante factor de incertidumbre en la vida social.¹²

La sociedad postindustrial es una sociedad, que expresa la crisis del modelo del Estado del bienestar, una sociedad competitiva con bolsas de desempleo o marginalidad, especialmente de los jóvenes donde se presenta un choque de culturas entre los que tienen mejores condiciones de vida y de los que carecen de servicios mínimos para la subsistencia humana. Todos estos elementos generan episodios frecuentes de violencia, en su acepción más ordinaria de criminalidad callejera individual y en otras manifestaciones más o menos explícitas. El fenómeno de la criminalidad de masas determina que los marginados se muestren ante todo como un riesgo.¹³

Este aspecto de la criminalidad callejera o de masas, entronca con las preocupaciones clásicas de movimientos como el de ley y orden. En este sentido, el fenómeno no es nuevo; lo nuevo es que a raíz de la ideología de ley y orden haya afectado a sectores sociales mucho más que los que la respaldaban en los años setenta.¹⁴

Uno de los rasgos más significativos de las sociedades; de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo.

El realismo de Derecha, busca la solución a la inseguridad en el Derecho Penal, frente a los movimientos clásicos de restricción del Derecho Penal, aparecen

¹² *Ibíd.*, pp. 13-16

¹³ Silva Sánchez, Jesús María, *Op. Cit.*, pp. 19

¹⁴ *Ibíd.* pp. 20

cada vez con mayor claridad, demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin al menos nominalmente a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda no se analiza si las garantías del Estado de Derecho puedan verse mermadas o reducidas.

1.4 ESTADOS TOTALITARIOS

El Estado Democrático consiste; en un sistema de distribución del ejercicio del poder, mientras que el Estado totalitario funciona como un sistema de concentración del ejercicio del poder. En el sistema totalitario existe un solo detentador del poder, el cual puede ser una persona, una asamblea, un comité, una junta o un partido.

En el Estado Totalitario ningún otro poder u órgano es independiente de este detentador, el ejercicio del poder no está distribuido, sino concentrado en sus manos; dicho monopolio político del único detentador no está sometido a ningún límite constitucional, el sistema funciona en un circuito cerrado del poder, del cual se excluye la competencia de otras ideologías y de las fuerzas políticas que lo propugnan.

Debemos distinguir, entre las concepciones plurales que se dan dentro del Estado de Derecho, la ausencia de pluralismo en el Estado Totalitario, tiende más a la sociedad unánime, para de esa forma pueda lograrse la imposición de una sola ideología articulada.

Los regímenes totalitarios se caracterizan por la ausencia de un parlamento efectivo, de elecciones libres y competidas, y además por la escasa o nula autonomía de los subsistemas políticos, la oposición política está suprimida o invalidada, el pluralismo de los partidos esta reducido o prohibido, la autonomía de los demás grupos políticamente relevantes se encuentra mermada.

El régimen totalitario es una categoría muy general, que comprende gran parte de los regímenes políticos, que se han conocido desde el despotismo oriental hasta el imperio romano, desde las tiranías griegas hasta las señorías italianas,

desde los sistemas totalitarios hasta las oligarquías o tradicionales de los países en vías de desarrollo.¹⁵

El Estado Totalitario extiende su influencia sobre todas las esferas de la sociedad, al dejar un espacio sumamente limitado a la sociedad civil y, dentro de ella a la existencia de grupos e instituciones autónomas.

Principales características del Estado Totalitario

- a) Una ideología oficial, que consiste en una doctrina que engloba todos los aspectos de la convivencia humana, y se proyecta una futura sociedad ideal, lo cuál determina la condición de la sociedad presente y la conquista del mundo para implantar una nueva sociedad.
- b) Un solo partido de masas; controlado por el detentador del poder, que se encarga de difundir la ideología oficial por todos los medios, y está organizado jerárquicamente y relacionado con la estructura burocrática del Estado.
- c) Una policía encargada, de ejercer el terror político que sirve de apoyo al partido, a la vez que es utilizada por los líderes para controlar a aquél.
- d) Un control absoluto y efectivo sobre todos los medios de comunicación, tales como la prensa, la televisión, la radio, el cine.
- e) Fuerte control sobre las fuerzas militares.
- f) Existe un fuerte aparato burocrático que controla todo el flujo económico.
- g) No existen órganos parlamentarios.
- h) Total exclusión y rechazo a otras ideologías que atenten contra la verdad oficial.
- i) Desde el punto de vista filosófico no importa la realización de la persona humana.
- j) Se castigan todas las conductas, que atenten contra la verdad oficial del Estado.

¹⁵ Fix Zamudio, Héctor- Valencia Carmona, Salvador, Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, pp. 291- 296

1.4.1 REALISMO DE IZQUIERDA

Constituye una versión de política criminal, adoptada por los regímenes autoritarios, donde buscan contrarrestarse los principios de política criminal del realismo de Derecha. Puede observarse un claro ejemplo del realismo de izquierda en el Derecho Penal, elaborado por la Unión Soviética después de la victoria de los bolcheviques, y que perduró hasta finales del siglo XX.

Tras la victoria de la revolución comunista en 1918 se dictaron decretos que mantenían vigente la legislación zarista, en lo que no se oponía a la conciencia socialista revolucionaria del derecho. El 30 de noviembre de 1918 fue prohibida la aplicación de la legislación imperial, inaugurándose un período de total arbitrariedad, los jueces sólo debían orientarse por la idea del Derecho socialista.

Este ilimitado arbitrio, sufrió relativas limitaciones con la promulgación de un elenco de principios destinados, a servir de criterio en materia penal. Esas normas fueron promulgadas el 12 de diciembre de 1919. Llevando por título “Principios fundamentales de Derecho Penal de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas”. Los referidos “principios” contenían únicamente normas de la parte general del Derecho Penal y estaban compuestos por una introducción y ocho secciones, a saber: 1) sobre el Derecho Penal; 2) sobre justicia penal; 3) sobre los delitos y las penas; 4) sobre las etapas de ejecución del delito; 5) sobre la coparticipación; 6) sobre las clases de penas; 7) sobre las condenas condicionales; 8) sobre el área de eficacia del Derecho Penal. También se encontraba en estas normas una definición de delito en su art. 5º, según el cual “el delito es una violación del orden de las relaciones sociales protegidas por el Derecho Penal”.¹⁶

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

¹⁶ Luis, Luis, Un Derecho Penal del Enemigo: El Derecho Penal Soviético, en Cancio Meliá, Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Derecho Penal del Enemigo, Vol. 2, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, pp. 237- 238

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

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

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

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

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

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

En la parte especial está prevista expresamente la pena de muerte, pero teniendo siempre como alternativa las sanciones privativas de libertad o “la declaración de enemigo de los trabajadores” u otras medidas de defensa social de carácter correccional.¹⁷

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

El actual realismo de izquierda, plantea la necesidad de terminar con la idea de que los sectores sociales desprotegidos, son autores potenciales del delito, para así plantear la posibilidad de que también sean víctimas del delito. Desde perspectivas de izquierda se insiste en la necesidad de no olvidar las demandas de mayor protección que surgen de los sectores sociales más desprotegidos.¹⁸

En la actualidad en la mayoría de las legislaciones penales, no se puede distinguir con claridad si es una corriente de izquierda o de derecha, debido a que se ha llegado a un consenso, entre la izquierda punitiva y la derecha punitiva. Anteriormente la izquierda punitiva parecía progresista y criticaba la tendencia punitivista de la derecha, de reducir garantías procesales y criminalizar a los sectores sociales más desprotegidos. La izquierda punitiva observó, que el uso simbólico del Derecho Penal serviría para llamar la atención de los electores; y de esa forma poder ganar escaños en el congreso o parlamento.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 237-241

¹⁸ Silva Sánchez, Jesús, María, *Op. Cit.*, pp. 64-65

El fruto de esta alianza entre la izquierda punitiva y la derecha punitiva; es el uso simbólico del Derecho Penal, para aplacar el clamor social sumado a un Derecho Penal punitivista.

1.5 CONCEPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

La expresión política criminal, se emplea desde el siglo XVIII con su difusión fue perdiendo contenido semántico, en general predomina un concepto que le asigna la función de establecer, cómo debe configurarse la legislación penal para proveer una más eficaz protección de la vida en sociedad.

El pensamiento positivista, la consideraba un saber que debía serle útil al legislador penal, en el sentido de que era el arte de adaptar a las exigencias de cada pueblo las propuestas de la sociología del Derecho, principalmente de la sociología criminal para la defensa preventiva y represiva. Desde el ángulo del Derecho Penal liberal la política criminal derivaba de la razón.

Hoy suele considerársela un saber que también tiene importancia para la dogmática jurídico-penal, es decir, que es corriente afirmar que se trata de un saber destinado no sólo a los legisladores, sino también a los intérpretes de la ley, pues para el pensamiento penal contemporáneo, no es un saber empírico fundado en la penología, sino que se la considera inserta en el Derecho Penal y no contrapuesta a éste.¹⁹

La política criminal desde el punto de vista tradicional es un discurso legitimante del poder punitivo. Si bien existen discursos político-criminales que aceptan la política criminal como afirmaciones positivas, todo cambia cuando, partiendo de datos de la realidad se construye una política criminal que pueda encarar el poder de la criminalidad.

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho Penal Parte General, 2da edición, México, Porrúa, 2005, pp. 155

No puede hablarse de política criminal sin tomar en cuenta el modo de ejercicio real del poder punitivo, pues sería absurdo que la política criminal se limitará a precisar las disposiciones que el legislador plasma en la ley.

La política criminal contemporánea, debe abarcar en su campo la valoración de la estructura del sistema penal y de la política a su respecto, o sea que debe reconocer un fuerte componente de política institucional. En este sentido, parece que, al menos hasta ahora, al Derecho Penal le ha pasado por alto el notable desarrollo de la ciencia política.

La política criminal es resultado de la interdisciplinariedad del Derecho Penal con la ciencia política, es función de la ciencia política precisar los efectos de las decisiones legislativas y judiciales y, por lo tanto, notificar al dogmático y al juez las consecuencias reales de lo que el primero propone y el segundo decide, como también informarle acerca del sentido político general del marco de poder en que toma la decisión, que puede ser liberal o autoritario, reforzador o debilitante del Estado de Derecho.²⁰

Actualmente no se puede encontrar una definición de lo que es la política criminal pues se puede partir de la misma definición del delito, y en un segundo punto se puede recurrir a otros saberes, que incluyen otro tipo de actores dentro de la sociedad civil.

Para el Derecho Penal, la cuestión no presenta dificultad, habida cuenta de su carácter de ciencia lógico-formal, para la cual hay un sistema básico de convenciones, con un consenso de definición formal del delito, ligado al principio de legalidad de los delitos, desarrollado ulteriormente por el de tipicidad.²¹

La política criminal tiene como objeto de acción, lo que previamente delimitado puede entenderse como delito, por quien tenga el poder de definición, le circunscribe un ámbito de intervención.²²

²⁰ *Ibíd*em, pp. 156

²¹ Tocora, Fernando, *Política Criminal Contemporánea*, Colombia, Temis, 1997, pp. 3-4

²² *Ibíd*em.

Si se plantea la problemática criminal desde la política, se puede hacer alusión a la relación con el poder, esto es, con la capacidad de definir dentro de la estructura social y, por tanto, consecuentemente de dirigir y organizar. Es por eso que en ese sentido Estado y política criminal aparecen como consustanciales, si bien es evidente que puede haber muchas políticas criminales dentro de un Estado, en la medida que el poder esté repartido.

Política criminal; es el poder de definir los procesos criminales, dentro de la sociedad y, por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal.

Esto implica varias cuestiones, para definir los procesos criminales, necesariamente la política criminal ha de tener en cuenta; a la criminología en la medida que, ésta representa un análisis sociológico de los procesos de criminalización y, por tanto, de cuáles de los que el poder va definiendo y construyendo lo criminal y consecuentemente, en qué medida ellos a su vez son formas criminógenos y de criminalización.

Todo Derecho Penal responde a una determinada política criminal, y toda política criminal depende, de la política general propia del Estado a que corresponde. La política criminal de un determinado país entronca directamente con los principios de su organización política.

En los Estados constitucionales, la Constitución sienta las bases de su política criminal y de su Derecho Penal. Éste es una de las armas esenciales del Estado, y tradicionalmente era competencia exclusiva de cada país.²³

²³ Mir Puig, Santiago, Estado, Pena y Delito, Buenos Aires Argentina, Euros Editores S.R.L., 2006, pp. 3

1.5.1 LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO LIBERAL CLÁSICO

La pena constituye, en principio el medio coactivo más contundente con que cuenta el Estado. Mediante la pena se puede lícitamente privar del valor máspreciado que tenga una persona. Pocas veces la Historia retrocede para analizar la gravedad de tales castigos, y ha hecho uso siempre de ellos para responder a los hechos que en cada momento se han considerado delictivos.

La evolución histórica de las penas se halla, sin embargo, bajo el signo de una paulatina atenuación de su rigor, paralela al aumento de confort material y de la sensibilidad de la humanidad ante el sufrimiento. Así, en nuestro ámbito de cultura, han desaparecido de las legislaciones las penas corporales; como la tortura o los azotes.

La concepción más tradicional de la pena, ve en ella la retribución exigida por la justicia por la comisión de un delito. Es la teoría retributiva la que responde a la arraigada posición de que el mal no debe quedar sin castigo, y el culpable debe tener su merecido. La función de la pena se centra, según este punto de vista, en la realización de la justicia.²⁴

La pena no aparece entonces; como un instrumento dirigido, a la consecución de fines utilitarios de bienestar social, como sería el de protección de la sociedad, sino como exigencia ética derivada del valor justicia. Manuel Kant mencionaba que la ley penal es un imperativo categórico, es decir una ley moral incondicionada, una ley moral universal.

Su necesidad no procede de su posible conveniencia, para frenar la delincuencia, sino que es independiente de que pueda o no servir a tal finalidad; sea útil o inútil para asegurar la paz social, la pena debe imponerse si lo exige la justicia.

²⁴ Mir Puig, Santiago, Estado, Pena y Delito, Buenos Aires Argentina, Euros Editores S.R.L., 2006, pp. 38

La teoría retributiva la mayoría de las veces no se ha adoptado de forma coherente, en general se ha asignado a la retribución el fin de proteger la convivencia y la paz de la sociedad. Ello no ha impedido que la fundamentación retribucionista implique necesariamente la característica de que deba castigarse aunque ello no resulte necesario al caso concreto.²⁵

1.5.1.1 LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL ESTADO LIBERAL CLÁSICO

La idea de un desacoplamiento entre juridicidad y prudencia (entendida ésta como persecución racional de utilidad) da lugar a dos interrogantes. La primera, ¿existe una pena aconsejada por la prudencia que no pueda ser impuesta por razones jurídicas?, y la segunda, ¿existe una pena obligada jurídicamente que no sea prudente? Kant responde afirmativamente ambas preguntas.

Con respecto a la primera Kant, entiende que es ilegítimo perseguir una utilidad con la pena, sin que previamente quede jurídicamente establecido cuál es la pena que el infractor se merece. Éste tiene más bien que ser de antemano encontrado digno de castigo, antes de que se piense si de dicha pena se deduce utilidad alguna para él o sus conciudadanos.

En lo que respecta a la segunda cuestión una vez que se ha encontrado al delincuente, digno de castigo, según Kant debe ser castigado sin tomar consideración alguna, en todo caso la ley penal es un imperativo categórico.

Como fundamento de ambas respuestas; Kant precisa que, aunque al delincuente se le podría imponer la pérdida de su personalidad civil, su personalidad innata se mantiene siempre y le protege de ser manipulado, como medio para las intenciones de otro y ser confundido entre los objetos del Derecho de cosas.²⁶

²⁵ *Ibidem*, pp. 38-39

²⁶ Jakobs, Günther, Polaino Navarrete, Miguel, *Función de la Pena Estatal y Evolución de la Dogmática Post-Finalista*, México, Porrúa, 2006, pp. 21

Según Kant, nos encontramos ante tal confusión de persona y cosa, tanto el delincuente es castigado sin Derecho, como si es castigado de forma más dura a lo que corresponde, de acuerdo al Derecho, pero también si una pena justa no se ejecuta por ponderaciones de prudencia.

Para Kant la sociedad civil; se integra por seres libres y racionales en el marco adecuado para la convivencia, pues sólo en la sociedad civil, queda garantizada la libertad; que es una posesión inteligible, dicho de forma más sencilla la propiedad privada, un caso que se puede trasladar fácilmente a otras facetas de la libertad, es decir, a todos los derechos.

Para evitar una recaída, desde una posición jurídica a una posición de poder cuando hay una disputa sobre la propiedad privada, cualquiera tiene derecho a obligar a cualquier otro a someterse a una constitución civil. En ese momento aún no se habla de la pena, sino exclusivamente del fin, del aseguramiento de la libertad en forma de juridicidad, y ello a través de la garantía de una resolución judicial, que se hará respetar mediante el uso de la violencia en caso de necesidad.

Si pasáramos directamente de dicha posición, al Derecho Penal nos encontraríamos con una pena preventiva, dirigida al aseguramiento de derechos. Sin embargo, en ese caso la persona que debe sufrir la pena, se vería degradada como una fuente de peligros, que debe ser asegurada; en palabras de Kant confundido entre los objetos del Derecho de cosas.

Por esa razón Kant, no da comienzo a su discurso sobre el Derecho Penal hablando de la tarea de la sociedad civil, sino de la idea de nuestra razón práctica; de que el merecimiento de la pena, va asociado a la infracción de la ley, en otras palabras, la vinculación del injusto, con la pena debe deducirse de los principios de una legislación moral.

El fundamento de esta idea, es la idea general de la razón pura, de que tanto el merecimiento de felicidad y la felicidad, como el merecimiento de la desdicha y la falta de felicidad se corresponden necesariamente. Para asumir como válido

un deber de esas características, tendría que quedar caracterizada la sociedad civil, como una ejecutora de la idea de nuestra razón práctica, lo cual sería una contradicción en sí misma, porque en la idea se trata de la necesaria asunción de un orden de las cosas establecido, es decir, que se mantiene y se lleva a cabo por sí mismo y que no está pendiente de construcción.²⁷

Kant se refiere al problema de la pena en diversas obras, pero lo trata de manera expresa en la primera parte de la *Metafísica de las Costumbres*, más precisamente en la parte reservada al derecho público, en el ámbito de la doctrina del Estado. Están las premisas para el tratamiento de la pena en términos de institución jurídica pero, las cosas resultaron de otra manera.²⁸

Kant define el Derecho Penal como el Derecho que tiene el soberano, respecto de aquel que es su sujeto de infligirle una pena cuando se ha hecho culpable de un delito; esta fórmula, si bien connotada por la presencia del principio de culpabilidad, se presenta todavía a especificaciones teóricas diversificadas.

Más adelante Kant define el alcance unilateral del principio de culpabilidad, entendido en el significado absoluto de fundamento de la pena, negándole a la sanción penal legitimación en el perseguimiento de cualquier objetivo sea en provecho del infractor, sea en provecho de la sociedad, pero la pena siempre se debe infligir al que cometa un delito.

Por lo tanto, la argumentación de Kant sobre la ley penal, como imperativo categórico no es suficientemente sólida; se podría entender como admisible una renuncia a la pena o a una parte de la pena, siempre que dicha renuncia no conlleve la lesión de los derechos de otros, en especial cuando no conlleve tampoco lesión alguna del principio de igualdad, ni peligro para la estabilidad del ordenamiento jurídico.²⁹

²⁷ *Ibidem*, pp. 22-24

²⁸ Moccia, Sergio, *El Derecho Penal entre ser y valor*, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2003, pp. 31-32

²⁹ Günther, Jakos, Polaino Navarrete, Miguel, *Op. Cit*, pp. 24

La elección retributiva era inflexible y, en efecto, la misma pena de muerte era considerada obligatoria para el asesino y sus cómplices, así como para el autor de otro delito público, que sólo la muerte puede expiar, pero a excepción de los delitos perpetrados por el soberano infiel, respecto de los ciudadanos: con referencia al soberano, Kant no admite el derecho de resistencia por parte de los ciudadanos.

En este punto, Kant introduce el famoso pasaje que representa la presentación de su teoría penal; el de la isla a punto de ser abandonada por los habitantes, en la que sintetiza todo su rigorismo, ya que aun cuando la sociedad civil se disolviese con el consenso de todos sus miembros, el último asesino que se hallara en la cárcel debería ser ajusticiado primero, a fin de que cada uno lleve la pena de su conducta y el castigo no recaiga sobre el pueblo que no ha reivindicado esa función; porque ese pueblo podría ser considerado cómplice de esa violación pública de la justicia.³⁰

Como se ha mencionado la política criminal del Estado liberal, se basó en buena parte en los principios abstractos de Manuel Kant, debido a que la limitación jurídica del Estado liberal, era la exigencia de justicia basada en la retribución de la pena.

1.5.2 LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado Social Democrático de Derecho, se apoya en algunas corrientes minimalistas del Derecho Penal, elaboradas por incontables filósofos y penalistas. Los postulados del minimalismo penal se aproximan a las ideas que predominaron en la ilustración.

Dicho modelo engloba innumerables propuestas, todas vinculadas, por lo demás a defender la limitación, en mayor o menor medida del Derecho represivo. El Estado de Derecho debe tener cierto grado de racionalidad, condicionado exclusivamente, en la dirección del máximo grado de tutela de las libertades del ciudadano frente al arbitrio punitivo.

La legitimidad del sistema penal, en un Estado Social y Democrático de Derecho se encuentra condicionada, por su capacidad de alcanzar las

³⁰ Moccia, Sergio, Op. Cit, pp. 34

finalidades protectoras en el sentido; de disminuir la violencia que genera la sociedad.

El Derecho Penal, desde la perspectiva constitucional, sólo es uno de tantos instrumentos de los que se sirve el Estado, para perseguir una de sus funciones que es la de disminuir la violencia que afecta a las personas y a la sociedad.

La utilización del Derecho Penal; debe restringirse a la tutela de bienes jurídicos, no estando así legitimado para actuar cuando se trata de una tutela moral, de las funciones estatales, de la ideología, de una determinada concepción religiosa. De ahí se deriva el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Sólo los bienes jurídicos más relevantes son los que deben ser tutelados por el Derecho Penal, y ello porque la utilización del recurso más lesivo, para con la libertad individual solamente se justifica a la luz del grado de importancia que tiene el bien jurídicamente tutelado. El Derecho Penal sólo debe actuar en defensa de los bienes jurídicos imprescindibles para la coexistencia pacífica de los hombres.

La verificación del grado de importancia del bien, debe analizarse si la acción realizada constituye un delito; esta cuestión debe desarrollarse conforme al principio de lesividad, que establece que solamente pueden erigirse en categoría de delito aquellas conductas que efectivamente, obstruyan la convivencia satisfactoria en las sociedades y que fueran de tal proporción que justificara la intervención penal.³¹

El Estado Social de Derecho busca no criminalizar cualesquiera conductas que ofendan cualquier bien jurídico, protegiendo sólo aquellos bienes jurídicos más relevantes, y solamente a la luz de graves ofensas.

³¹ Gomes, Luis Flávio-Alice Bianchini, Derecho Penal del Enemigo y los Enemigos del Derecho Penal, en Cancio Meliá, Manuel- Gómez Jara Díez Carlos, Derecho Penal del Enemigo, vol 1, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, pp. 957- 959

En el Estado Social de Derecho, la utilización del Derecho Penal debe quedar circunscripta a las situaciones, que no pueden ser resueltas por otros medios a disposición del Estado, cuando éste se torna necesario en términos de utilidad social. La utilización del Derecho Penal, resulta admisible cuando no hay otro mal menor que pueda sustituirlo, cuando otras ramas del Derecho no sean suficientes para resolver el problema.

Por tal razón se dice, que el Derecho Penal es de naturaleza subsidiaria, condición que al igual que la fragmentariedad, deviene de la función limitadora instituida por el Estado Social de Derecho, al ordenamiento jurídico penal. La existencia de un bien jurídico relevante, y del elevado grado de la ofensividad a él dirigida, son condiciones necesarias para afectar válidamente la esfera jurídica de los ciudadanos.

El Estado Social de Derecho debe hacer un uso racional del Derecho Penal, debido a que la violencia que el Derecho Penal encierra solamente debe ser utilizada en situaciones límites, cuando sean importantes e imprescindibles para la mayoría de las relaciones sociales.³²

Dentro de esta perspectiva, el Estado debe generar un modelo de Derecho Penal, más apto para disminuir la violencia que se fija en el interior de la sociedad, sin hacerse del mismo modo o más violento o más represivo, siempre debe cuidar la posible afectación a los ciudadanos.

La pena es en términos generales uno de los instrumentos más importantes con que cuenta el Estado para imponer las normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne, según el tipo de Estado. El Estado Social de Derecho fórmula el criterio racional de la utilización de la pena.

El Estado Social de Derecho; es producto de la unión de los principios propios del Estado Liberal y del Estado Social, como toda síntesis, la imagen resultante

³² *Ibíd*em, pp. 961

del Estado, supone una superación de sus componentes aisladamente considerados, lo que permite sumar la tercera característica de la fórmula constitucional: la democracia.

El Estado Social de Derecho adopta del Estado liberal la idea de Estado de Derecho, es decir, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional.³³

El Estado Liberal, responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. El Estado social busca derrumbar las barreras que existían entre el Estado Liberal y la sociedad.

Si el principio, que regía la función del Estado liberal, era la limitación de la acción del Estado, el Estado social se erige como promotor de la vida social, si el Estado liberal, pretendía reducirse a asegurar las garantías del individuo, el Estado social se considera llamado a modificar las relaciones sociales, que no tomaba en cuenta el Estado liberal clásico.

Históricamente, el Estado liberal y el social se hallan en la relación dialéctica de tesis y antítesis. La sustitución paulatina del Estado liberal, por el intervencionista representó una progresiva relajación y un distanciamiento de las garantías liberales, que acaban viéndose como ideología burguesa puramente formal, frente a los cuales no tiene porque retroceder la acción del Estado.³⁴

El Estado intervencionista no implica necesariamente una concepción autoritaria, lo único esencial es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría, sino también del progreso efectivo de cada uno de los ciudadanos. Siendo así, no resultará contradictorio con ese Estado social el imponerle los límites propios del Estado de Derecho, igualmente al servicio del ciudadano, los cuales podrán impedir que se desarrolle la tendencia del Estado social a un intervencionismo autoritario, que dejaría de servir a los intereses del particular.

³³ Mir Puig, Santiago, Estado, Pena y Delito, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2006, pp. 95-98

³⁴ *Ibidem*, pp. 98-99

Pero la fórmula del Estado social y democrático de Derecho supone, no sólo la tentativa, de someter la actuación del Estado social, a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real.

Se pretende, por esta vía acoger una modalidad de Estado social, esto es que tome partido efectivo en la vida social al servicio de todos los ciudadanos.³⁵

Bajo la vigencia del Derecho Penal liberal, se atribuyó a la pena tanto la función de prevenir delitos, como la de retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a designar, a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un daño social. Éste fue el planteamiento de la ilustración que sirvió de base a la obra que inicia el Derecho Penal contemporáneo y originó una importante línea de pensamiento a lo largo del Derecho Penal clásico.

Si el Derecho Penal liberal, permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre empírico o del hombre ideal, el Derecho Penal del Estado social, no podía sino conferir a la pena la función de prevención.

El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de lucha contra el delito, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social.

No se trata sólo de realizar una justicia ideal, exigida por la razón sino de combatir eficazmente en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX, en especial como consecuencia de las dificultades de adaptación, de amplias capas de la población a la nueva situación que determinaron el capitalismo y la aparición del proletariado.³⁶

³⁵ *Ibidem*, pp. 100

³⁶ *Ibidem*, pp. 100-105

El principio intervencionista, rector del Estado social, conduce a un Derecho Penal más preocupado por la eficacia de sí mismo que por servir a todos los ciudadanos. La pena puede convertirse en un arma del Estado que desconozca a los ciudadanos y la sociedad viva atemorizada por el terror penal.

Un Estado Democrático, debe evitar que la pena se convierta en un fin al servicio de intereses, que no sean convenientes para los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar para afectar válidamente la esfera de los ciudadanos.

El Derecho Penal de un Estado Social y Democrático, debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos, pero orientando la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de legalidad, protección exclusiva de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

CAPÍTULO II DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN O DEL ENEMIGO

2. GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En el presente capítulo, retomo algunas ideas plasmadas, en mi tesis de licenciatura titulada: Los Tribunales de Control, en el marco del respeto a las garantías de seguridad jurídica, en materia de delincuencia organizada.

Fue Günther Jakobs; en la década de los ochenta quién introdujo por primera vez el término Derecho Penal del Enemigo, en el campo de las disciplinas penales contemporáneas; para diagnosticar un fenómeno propio de la política criminal moderna: el avance desmedido del punitivismo del Estado, contra ciertas formas de peligro caracterizadas, por representar un peligro permanente para la sociedad civil.

En 1882 Franz Von Liszt, en su programa de Marburgo, con palabras similares a las de Jakobs, empleaba una concepción belicista propia de la civilización industrial, para explicar la potestad punitiva del Estado, como una verdadera guerra a la criminalidad y a los criminales, que constituían un mal para la civilización, donde entraban los habitantes de los pueblos colonizados por los civilizados europeos, o la clase proletaria. Se trataba de un discurso propio del positivismo criminológico.

Liszt tomando las categorías de delincuentes de Ferri, postuló en su programa de Marburgo la vinculación de dichas categorías con la finalidad preventivo especial de la pena, la cual debía servir para a) corregir al delincuente, b) intimidar al delincuente, c) Inocuidar al delincuente peligroso, donde la pena debe verse complementada con una medida de seguridad.

En su programa de Marburgo Liszt se refirió al destinatario de esa inocuidación en estos términos: "Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, lo mismo sucede con los crecientes delincuentes habituales que se convierten

en una cadena de fenómenos sociales patológicos". Todos ellos forman un ejército de enemigos básicos del orden social.³⁷

Volviendo a Jakobs, en 1985 identificaba por Derecho Penal del Enemigo aquel; en el que se produce, un adelantamiento de la punibilidad a un estadio previo, a la afectación del bien jurídico tutelado; un incremento desproporcionado de las penas; supresión de garantías constitucionales.

Mas tarde el mismo autor, en 2003 plantea que el concepto de Derecho Penal que en un principio había propuesto, no cabría en la nueva caracterización, cita por ejemplo las medidas adoptadas, por el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, el 11 de septiembre de 2001. Ante estas medidas, las características definidas de lo que debía entenderse por Derecho Penal del Enemigo resultan por completo insuficientes.³⁸

También se puede aceptar, el planteamiento propuesto por Jesús Silva Sánchez, en el sentido de que la política criminal en la mayoría de los países se mueve en dos velocidades: una caracterizada por el Derecho Penal democrático, que responde al respeto de las garantías consagradas en la Constitución, a favor de los ciudadanos, y otra que remueve las primeras pero sustituye las garantías por medidas de carácter administrativo o pecuniario.

Pero en la actualidad; puede hablarse de una tercera velocidad, que sería el Derecho Penal del enemigo; donde se mantiene la pena privativa de libertad y se flexibilizan, o anulan las garantías consagradas en la constitución a favor de los ciudadanos.

Entonces lo que se esta identificando como Derecho Penal del enemigo no es la versión de 1985, sino la tercera velocidad de la política criminal, que consiste

³⁷ Lascano Julio, Carlos, Crítica al Derecho Penal del Enemigo, Basada en su caracterización como Derecho Penal de Autor, en Cancio Meliá, Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Derecho Penal del Enemigo Volumen 2, Buenos Aires Argentina, Euros Editores S.R.L 2006, pp. 219-220

³⁸ Grosso García, Manuel ¿Qué es y Qué Puede Ser El Derecho Penal del Enemigo? Una Aproximación Crítica al Concepto, en Cancio Meliá Manuel- Gómez Jara Díez, Carlos, Derecho Penal del Enemigo, Volumen 2, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, S.R.L 2006, pp. 5

en una forma de violencia estatal, donde el lus puniendi no conoce ningún límite.

2.1 CONCEPCIONES POLÍTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Enemigo; desde el punto de vista político es alguien que se aparta, que se excluye, que está por fuera, y en apoyo de esta afirmación se pueden citar los argumentos de Protágoras, Aristóteles, Thomas Hobbes, Juan Jacobo Rousseau, Federico Hegel, Johan Fichte, Carl Schmitt.

La consideración del delincuente, como enemigo no es algo del todo nuevo, desde el siglo V a. c se considera al infractor del orden social como algo nocivo, que debe ser eliminado del cuerpo político. En el mito de Prometeo, Zeus ordena que al incapaz, de participar de participar del honor y la justicia sea eliminado como se eliminaría a una enfermedad de la ciudad.

Protágoras rechaza, en principio cualquier sentido retributivo del castigo y asigna únicamente finalidades disuasorias y pedagógicas. No obstante para quien no obedezca, aun a pesar de haber sido castigado y enseñado propone se le expulse de la ciudad o se le castigue con la privación de la vida.

Protágoras, propone que el castigo se aparte de sus fines ordinarios de disuasión y educación, y que como en el caso del actual Derecho Penal del enemigo, el mismo se oriente sólo a la neutralización o inocuización del delincuente. Para el sofista sólo la sumisión a la ley hace posible la vida en común, debido a que el estado de legalidad es uno de los bienes supremos donde se origina la confianza entre todos los miembros de la comunidad.³⁹

El estado de ilegalidad; por el contrario es uno en que reina la desconfianza y el riesgo permanente, lo cual da lugar a una falta de seguridad cognitiva de los comportamientos personales, y por ello los hombres experimentan temor y

³⁹ Gracia Martín, Luis, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN1695-0194, España, Universidad de Zaragoza, 2005, pp. 2-12 disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>

miedo. Por esto los hombres no son capaces de vivir sin leyes; y quienes no se sometan a la ley, se les puede autorizadamente declarar la guerra.

Aristóteles; menciona que las ciudades, deben estar preparadas para tiempos de guerra y para tiempos de paz. Se debe evitar, que los enemigos conquisten la ciudad y ello a través de mecanismos reforzados y formas de construcción de difícil acceso. Cuando trata el tema del enemigo externo, las reflexiones versan, sobre aquellos ciudadanos del Estado, que se debieron haber comportado, como las partes de un todo al que pertenecen; en esta forma de pensamiento se hace alusión al enemigo interno.

Más tarde, Cicerón advierte, sobre sólo tomar en consideración a los conciudadanos y no a los extranjeros; y ello debido a que en ese caso, la sociedad común, al género humano desaparece y con ella el buen hacer, la generosidad, la bondad y la justicia. Este ideal de respeto mutuo, referido a los extranjeros, tiene ciertos límites en relación con los enemigos, debido a que con los tiranos no existe, sociedad alguna y no se causa ningún mal, cuando se procede a la eliminación del tirano en beneficio de la comunidad.⁴⁰

Para Jhon Locke, la violencia de un miembro de la comunidad, conduce al estado de guerra, el cual anula todas las obligaciones fundamentales, en el contrato social y otorga, a cada miembro de la comunidad el derecho a oponerse al que perturbe la paz social. Locke diferencia entre este estado de guerra limitado, que se desencadena mediante una infracción de la ley, y la rebelión contra el orden establecido. En el estado de guerra es razonable, y justo que pueda eliminarse, toda amenaza que atente contra la paz social.

En la concepción de Juan Jacobo que se fundamenta en el contrato social, el hombre que vive en la comunidad política; tiene deberes como súbdito, y derechos como ciudadano. Se convierte en enemigo aquel, que sólo persigue su propia ambición de poder y posesión, despreciando con ello las normas sociales y, de esta manera, el poder de los demás. La ruptura del contrato

⁴⁰ Ambos, Kai, Derecho Penal del Enemigo, en Cancio Meliá, Manuel-Gómez Jara Díez, Carlos, Derecho Penal del Enemigo Volumen 1, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, S.R.L 2006, pp. 121

social, equivale a renunciar, a las cualidades de las que se goza, cuando se es miembro de la comunidad social.⁴¹

Rousseau, en principio parece reconocer como enemigos, negándoles la condición de personas, a determinados delincuentes, que al atacar el derecho social, se convierten por sus delitos en rebeldes, y se les puede imponer la pena, del destierro o bien se les niega, permanentemente su condición de personas en derecho.

Sin embargo; el pensador que estableció una concepción de enemigo parecida a la de la actualidad fue Thomas Hobbes. Para Hobbes los enemigos son; individuos que se encuentran en el estado de naturaleza, en el cual la característica más sobresaliente, es que atentan contra el orden establecido; por el soberano, o en términos actuales no prestan ningún tipo de aseguramiento cognitivo.

Hobbes si diferencia entre ciudadanos, a los cuales si se les aplican las penas, que son establecidas por el orden jurídico, y enemigos a los que se les puede validamente aplicar, penas que no se encuentren establecidas en el orden jurídico, sino actos de hostilidad que son originados por una condición de guerra.

Enemigos serían, los que no se encuentran sujetos a la ley y como no se encuentran sometidos a la ley, tampoco pueden ser castigados de la misma forma, que se castigaría al ciudadano, que el fiel al soberano, pero solo ha cometido una infracción menor.

Hobbes menciona que el enemigo interno es un traidor, que por sus propios actos se rebelan contra el soberano, niegan de forma permanente su autoridad,

⁴¹ Ibídem, pp. 122- 124

o cometen actos de hostilidad contra la organización del Estado o son contrarios a la ley fundamental.⁴²

Para Hobbes son enemigos; quienes niegan la autoridad del soberano y por lo tanto infringen la ley natural, de supervivencia de los hombres al atacar el pacto de sujeción, al que se comprometen todos los súbditos para terminar con la igualdad natural de todos los hombres y el derecho común de todos a todo.

En la Filosofía de Manuel Kant, también pueden encontrarse algunos precedentes de importancia en la actual distinción entre enemigo y ciudadano.

Kant aborda la relación existente, respecto de la persona en Derecho con la de la vigencia del ordenamiento jurídico. La situación normativa necesita de un apoyo cognitivo, en la que los destinatarios de la norma jurídica, sean respetuosos de los deberes y derechos que el pacto social le confiere.

Hans Kelsen el normativista más importante del siglo pasado, identifica al Estado con el ordenamiento jurídico, no convierte artificialmente cualquier ordenamiento jurídico en Estado, sino que insiste en el presupuesto de una Constitución efectiva a grandes rasgos, y del mismo modo que una norma individual, no regirá sencillamente cuando pueda ser postulada con buenas razones, sino sólo cuando verdaderamente dirija la orientación, tampoco basta para la constitución de una persona en Derecho, de un ciudadano, postular un destinatario para deberes y derechos o, incluso, limitarse a pensarlo; por el contrario, es necesario que ese destinatario, realmente posibilite orientarse como persona en Derecho.⁴³

Manuel Kant, abordó el problema de la seguridad cognitiva, al momento de describir el Estado cívico legal, en el que deben entrar todas las personas. Una persona proporciona seguridad, al entrar al Estado cívico legal en el que la seguridad de las personas esta garantizada. Sin embargo, quien permanece en el estado de naturaleza, no presta ninguna garantía y lesiona a las personas que se encuentran a su lado, si bien no de manera activa, sí por la ausencia de legalidad de su estado.

⁴² Por Ley Fundamental puede entenderse, la que da personalidad al Estado, la que organiza la estructura del Mismo, reconoce Derechos y libertades, limita el poder público, y si tal Ley es anulada se disuelve el Estado.

⁴³ Jakobs, Günther, Polaino Navarrete, Miguel, Op. Cit. pp. 52-53

Quien no admite someterse, a una constitución civil puede lícitamente ser obligado a la separación, siendo aquí indiferente, a la hora de plantear la cuestión de la legitimación de las medidas de salvaguardia, que se expulse al enemigo del país o que sea arrojado, a falta de posibilidad de destierro, a la custodia de seguridad, o sometido a una pena de aseguramiento u otras posibilidades. En todo caso, el Derecho no debe renunciar a causa del sujeto que persiste en su conducta desviada a alcanzar realidad; dicho de otro modo, quien no presta la garantía cognitiva, de que se comportará como persona en Derecho, tampoco debe ser tratado como persona en Derecho.⁴⁴

En la concepción de Kant, no significa que pueda ser sometido a un tratamiento arbitrario; pues todos mantienen, en su opinión, su personalidad innata, y de ello deriva que no es un arbitrio lo que decide sobre el trato a darle, sino la necesidad de asegurarse de él, con el fin de establecer la realidad del Derecho.

Por lo tanto, se trata, en primer lugar, sólo del aseguramiento de relaciones jurídicas, no de la destrucción arbitraria del otro. En segundo lugar, sólo está permitido, asegurarse frente a los delitos precisamente del otro determinado.

Como ha podido observarse la mayoría de los filósofos antes citados, parten de una construcción amigo enemigo desde el punto, del respeto que el ciudadano muestre respecto al contrato social, y atendiendo a que su ruptura por parte del ciudadano, equivale a renunciar en cuanto persona, a los derechos de protección, que el mismo pacto social, confiere a todos los que respeten la construcción del orden normativo establecido por el soberano.

Sin embargo la comprensión moderna del concepto enemigo debe vincularse cercanamente a Carl Schmitt. Para Schmitt, el enemigo es medida central y poder definitorio de lo político, el enemigo representa toda clase de antagonismo, oposición religiosa, moral, económica, étnica, o cualquier clase de oposición política, en cuanto gana la fuerza suficiente, como para agrupar de un modo efectivo a los hombres en amigos y enemigos.⁴⁵

El enemigo, no constituye un contrario general o privado, en el sentido de un competidor o un antagonista. Existencialmente el enemigo es algo diferente, con el que pueden darse conflictos, que no pueden resolverse mediante una norma general, adoptada con antelación, ni a través del fallo de un tercero imparcial al conflicto.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 53-56

⁴⁵ Ambos, Kai, *Op. Cit.*, pp. 125

Mientras que con el enemigo privado, se puede acordar la paz, la respuesta que, en última instancia, se le puede dar al enemigo público, es siempre la guerra. Por tanto enemigo y lucha, no constituyen en modo alguno, conceptos que pertenecen a una discusión puramente espiritual o una lucha simbólica.

Los conceptos de amigo, enemigo y lucha adquieren su sentido real por el hecho de que están y se mantienen en conexión con la posibilidad de eliminar físicamente de eliminar a un adversario. La guerra procede de la enemistad, ya que ésta es una negación óptica de un ser distinto. Para Schmitt la guerra no es sino la realización extrema de la enemistad.

Por lo tanto, la guerra debe continuar siendo una posibilidad real, mientras que el concepto de enemigo tenga sentido, puesto que tampoco, la guerra adquiere su sentido para referirse a ideales o normas jurídicas, sino para dirigirse contra un enemigo real. Por tanto en el sistema de Schmitt no hay lugar para el enemigo de la humanidad en el sentido de Locke, puesto que humanidad y la agrupación en amigos y enemigos se excluyen mutuamente. El concepto de humanidad implica un estado en el cual desaparece la distinción entre amigo y enemigo también por la mera eventualidad. Quien deba ser considerado en el caso concreto como un enemigo vendría determinado al menos en situaciones críticas, por el Estado; esto es por quien detenta el poder de decisión.⁴⁶

Cuando Günther Jakobs, afirma que el que atenta contra la organización estatal, no ofrece ninguna garantía de algún comportamiento personal, y por ello no puede ser combatido como ciudadano, sino que tiene que ser combatido como enemigo, recuerda a Schmitt, en lo conceptual y en el contenido.

Carl Schmitt, incorpora en sus teorías de filosofía del Estado, los conceptos de enemigo y guerra. La enemistad es analizada por Carl Schmitt fundamentalmente, en el contexto de la guerra entre Estados; el enemigo es aquél al que se le dirigen las hostilidades.⁴⁷

Estas clasificaciones, llevadas a cabo sobre todo en prólogos y epílogos, editados por Schmitt, respecto de su propia obra teórica, no pueden ocultar que

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 125-127

⁴⁷ Wolfgang, Kaleck, Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho Penal del Enemigo, en Canció Meliá, Manuel- Gómez Jara Díez, Carlos, Derecho Penal del Enemigo, Vol. 2, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, S.R.L, 2006, pp. 127-129

sus obras fortalecieron, el campo antidemocrático en la fase final de la República de Weimar, que teórica y prácticamente defendió el golpe de Estado en Prusia, de 1932, y que, en los albores del nacionalsocialismo, teórica y prácticamente, se puso del lado de aquellos que, a partir de 1933, no sólo identificaban a sus enemigos sino que los exterminaban.

Schmitt, en un ensayo publicado en 1932, determina el núcleo de todas las relaciones políticas, al delimitar las situaciones que pueden darse entre un amigo y un enemigo. El enemigo político es el extraño, y su esencia viene dada porque existencialmente, es algo diferente, lo que puede originar conflictos que no pueden resolverse, a través de una regulación adoptada anteriormente con carácter general, ni a través del pronunciamiento de un tercero imparcial.⁴⁸

Schmitt, presupone al Estado como unidad política esencial, que tiene el derecho de hacer la guerra, esto es, la posibilidad real de definir quien es el enemigo y combatirlo. En consecuencia, para Schmitt la esencia del Estado no vendría determinada, sólo por la capacidad para declarar y hacer la guerra y, con ello, de disponer de los bienes jurídicos de los ciudadanos, sino también por llevar a cabo delimitaciones, entre fronteras amigo/enemigo en el ámbito interno. Una juridificación de la declaración, como enemigo dentro del Estado conduciría a la neutralización de lo político.

La necesidad de la satisfacción intraestatal conduce, en situaciones críticas a que el Estado como unidad política, mientras exista, determine por sí mismo también cuál es el enemigo interno. En todos los Estados habría por ello de algún modo, formas de proscripción, destierro, en definitiva de identificación como enemigo, más severas o más indulgentes; que surten efecto ajustándose a las formas de la justicia, con base en leyes especiales; abiertas o escondidas en formulaciones generales. La definición del enemigo, su identificación y la lucha contra el mismo, se convierte en el elemento central de la soberanía estatal, la soberanía radica en la decisión sobre el estado de excepción.

Un filósofo Italiano de principios del siglo actual de nombre Giorgio Agamben, muestra algunos aportes sobre el Derecho Penal del Enemigo, al describir el Estado de Excepción.⁴⁹

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 129-130

⁴⁹ Wolfgang Kaleck, *Op. Cit.*, pp. 130-131

Agamben, menciona que si las previsiones de carácter excepcional, realmente son la consecuencia de periodos de crisis políticas y, por este motivo, sólo se conciben como tales en el ámbito de la política, y no en el terreno jurídico o constitucional, entonces se encuentran en la situación paradójica, de que constituyen precauciones de carácter jurídico, que no pueden ser concebidas en el plano del Derecho y el Estado de excepción, se muestra como la forma legal de aquello que no debe tomar forma legal.

Agamben, hace una reconstrucción de la indivisibilidad entre Derecho y violencia, anclada en las normas de excepción. Éstas permiten una suspensión de los derechos fundamentales, consagrados en la Constitución a favor de todos los ciudadanos.

Para Agamben, el Estado de Excepción, juega un papel fundamental en el aseguramiento, de la soberanía y cada vez, resulta más normal que el Estado de Excepción, represente el umbral entre democracia y totalitarismo. Al ser la guerra civil, lo opuesto al estado normal, la misma se encuentra, respecto del Estado de excepción, concebido como la respuesta inmediata de la violencia estatal a los conflictos internos, más graves que surgen en la organización estatal.

El mencionado filósofo; menciona que el totalitarismo moderno, por medio del Estado de excepción, permite la eliminación física, no sólo de los enemigos políticos, sino de categorías enteras de ciudadanos que, por las razones que sean, no son considerados integrables en el sistema político. El Estado actual puede crear con algún propósito o finalidad, ese Estado de excepción de forma permanente.

El Estado de excepción; en la política de la actualidad, se muestra cada vez más como el paradigma dominante del acto de gobernar. La medida provisional tomada, de manera excepcional, a una técnica de gobernar amenaza con cambiar de forma sustancial, la estructura de la forma clásica del Estado de Derecho.

El filósofo Italiano, muestra un punto de partida teórico para el análisis de una evolución en el ámbito mundial, que no surge a partir de los eventos del 11 de septiembre de 2001, pero que ha adquirido relevancia desde entonces.⁵⁰ El ejemplo del campo de prisioneros extraterritorial de Guantánamo, es un claro ejemplo de la excepcionalidad permanente, además muchos Estados a través de la lucha contra el terrorismo, han experimentado en su interior esta excepcionalidad con tintes de legitimación.

Desde una perspectiva general, se podría decir que el Derecho Penal del Enemigo, es una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho Penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho Penal que, en general da lugar a una ampliación de los ámbitos de intervención, así como una clara flexibilización, de los principios y de las garantías jurídico-penales del Estado de Derecho.

La doctrina penal; presta hoy cada vez mayor atención, a los diversos aspectos y problemas que plantearía el Derecho Penal del Enemigo, en cuanto concepto doctrinal y político criminal, que habría sido introducido con ese carácter en el discurso penal teórico de Jakobs, aunque de un modo muy difuso en 1985, y el cual ha sido desarrollado y perfilado con posterioridad, por él mismo y por un sector de la doctrina alemana de la actualidad.

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

La experiencia histórica; demuestra cómo los regímenes totalitarios etiquetaban como enemigos, a todos los disidentes y discrepantes. Los regímenes

⁵⁰ Ibídem, pp. 132

totalitarios, dictaban leyes penales que; sin contenido alguno de justicia, establecen mecanismo de guerra, contra los etiquetados como enemigos. Al respecto sobran las palabras cuando se piensa, por ejemplo, en el proyecto de ley nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad, o en la denominada Ley de represión de la masonería y el comunismo, de 29 de marzo de 1941, promulgada en España por la dictadura fascista de Franco.

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

Un debate y una indagación, acerca del Derecho Penal del Enemigo, no tendría sentido en relación con la legislación de un régimen totalitario. En los regímenes de este tipo, se puede decir que en realidad toda la legislación está dirigida contra enemigos.

El verdadero debate solo puede plantearse, y tiene sentido en relación con el Derecho Penal, de las sociedades democráticas, que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales, y que depositan limitan la actuación estatal, por medio de la sumisión del Estado al Derecho. De lo que se trata es de indagar, sobre si en las sociedades democráticas, puede manifestarse el Derecho Penal del Enemigo.

Si de la indagación resulta, que dentro del Estado de Derecho existe el Derecho Penal del Enemigo, que esta compuesto por una serie de características especiales y con reglas diferentes a las Derecho Penal ordinario, si el resultado, de la indagación es afirmativo la pregunta sería que tan legítimo es y cuáles son sus límites.

La respuesta, a todas estas interrogantes, irá de la mano de la respuesta a la interrogante que debe emerger ya en el punto inicial, y que no es otro que el

relativo, a la nada evidente cuestión de si realmente existen enemigos, y en el caso de que existan, el relativo a la delicada y peligrosa cuestión de la determinación, tanto de quiénes podrían ser encuadradas en semejante status como de quiénes tendrían competencia para llevar a cabo semejante determinación.⁵¹

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

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

El delito de un ciudadano; no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable, por ello menciona, Jakobs que el ciudadano en el caso de cometer un delito, es llamado de forma coactiva, a equilibrar el daño de la vigencia de la norma, situación que no es la misma en el caso de los enemigos.

Los enemigos son los individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente, de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello no garantizan la mínima seguridad cognitiva, de un comportamiento personal y demuestran un déficit en su comportamiento, que no puede ser medible.

Las actividades de los enemigos; no tienen lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son más bien la

⁵¹ Gracia Martín, Luis, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194, España, Universidad de Zaragoza, 2005, pp. 2-12 disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>

expresión y el exponente, de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada, que opera al margen del Derecho, que está dedicada a actividades delictivas, éste es el caso de individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotraficantes, de tráfico de personas, y en general, de quienes llevan a cabo actividades típicas de la criminalidad organizada.

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

Los enemigos son individuos que se caracterizan primero, porque rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico, y persiguen la destrucción del orden, y segundo, a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que tales individuos, no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva, de un comportamiento personal, es decir su comportamiento ya no es calculable, conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad.

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

Mediante el Derecho Penal del Enemigo; el Estado ya no dialoga con los ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus

enemigos, es decir combate peligros, y por ello la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.⁵²

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

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

Un signo especialmente relevante y significativo para la identificación del Derecho Penal del Enemigo, y a la vez profundamente sensible, es la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados.

Así se pone en cuestión, hasta la presunción de inocencia, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba. Se introducen medidas amplias de intervención de comunicaciones.⁵³

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

⁵² El sujeto activo, de la conducta se le define, por el hecho de que pueda constituir un peligro para el bien jurídico, el Derecho Penal del Enemigo mediante la pena, elimina las fuentes de peligro, el Derecho Penal del Ciudadano respeta, las garantías consagradas en la Constitución.

⁵³ Véase, artículo 16 Constitucional párrafo duodécimo.

seguridad de las instituciones normativas, para no convertirse en postulados teóricos.

Dicha seguridad en última instancia, debe ser garantizada por el Estado al gozar de los ciudadanos de un derecho a la misma, el Derecho Penal ha ido avanzando, en la atención de la opinión pública, de lo que puede llamarse occidente, de un puesto más o menos oscuro en las entrañas del orden jurídico, siempre algo alejado del debate público, a una posición de vanguardia en toda discusión de la actualidad jurídica, no hay problema social que no parezca requerir, la intervención del Derecho Penal, para combatir conductas desviadas.⁵⁴

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

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

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

El término Derecho Penal del Enemigo, era usado para criticar a la doctrina tradicional, basada en la cual, mediante algunas figuras dogmáticas tratarían al ciudadano como un enemigo, Jakobs criticaba la teoría de los bienes jurídicos

⁵⁴ Cancio Meliá, Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Derecho Penal del Enemigo, Vol, 2 Coordinadores, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, S.R.L, 2006, pp. XVII

por tratar supuestamente, al autor como enemigo del bien jurídico, como fuente de peligro.⁵⁵

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

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

A partir de la relevancia absoluta, de la amenaza como criterio central para la intervención penal, se desestructura incluso la relación entre los ciudadanos: existe el riesgo de imponerse socialmente una lógica de la enemistad.

El ciudadano, es concebido más como un menor de edad para el Estado, ya que no puede diferenciar lo que es bueno o malo; de esa diferenciación lo desea preservar el Estado, mediante la amenaza, de castigo frente a los enemigos.

El otro es siempre, un enemigo potencial, así no el ciudadano que es libre y capaz de respetar el orden jurídico, es la peligrosidad de la persona, a la que entonces, y más allá de toda discusión abierta, lleva a la limitación de las instituciones jurídicas.

⁵⁵ Abanto Vásquez, Manuel, El llamado Derecho Penal del Enemigo, en Cancio Meliá, Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Op, Cit., vol 1 pp. 1-3

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

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

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

Anteriormente; se concebía al criminal como un quebrantador de normas, como el extraño, la tradición moderna, con fundamentos en los Derechos Humanos y del Derecho Penal y Procesal permite ver al criminal como partícipe del contrato social.⁵⁶

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

⁵⁶ Aponte, Alejandro, Derecho Penal del Enemigo vs Derecho Penal del Ciudadano, en Cancio Meliá Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Op. Cit., vol 1, pp. 169-172

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

La idea de la seguridad, que justifica el recrudecimiento punitivo, es en parte real y en parte simbólica, en parte objetiva, en parte subjetiva, difícil de delimitar. La inseguridad que puede conllevar, se transforma en inseguridad jurídica a través, por ejemplo, de la indeterminación, en la tipificación de las conductas, la indefinición de los bienes jurídicos protegidos, el adelantamiento de la punibilidad mediante los delitos de peligro, o en general, de la relajación de las garantías en busca de la presunta eficacia.

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

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

Los mecanismos discriminatorios, en la administración de los Derechos Fundamentales, a favor de los ciudadanos, y a costa de los excluidos, condicionan una reducción de la seguridad jurídica, que alimenta el sentimiento de inseguridad en los ciudadanos.

El Derecho Penal del Enemigo, pretende despojar de la categoría de ciudadanos, a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras fuentes de peligro, a quienes hay que neutralizar a cualquier precio, se trata a estas personas, como individuos peligrosos a los que el Derecho Penal despersonaliza parcialmente, en el marco de lo necesario, para combatir determinado tipo de delincuencia (como la delincuencia económica, el terrorismo, la delincuencia organizada, la delincuencia sexual), o en general todos los delitos que son considerados graves.

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

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

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

Ningún contexto normativo, es tal por sí mismo, sino sólo es real cuando determina a grandes rasgos a la sociedad, quien no presta una seguridad

cognitiva suficiente, de un comportamiento personal, no puede ser tratado como persona.

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

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

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

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

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

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

El concepto de riesgo permitido, juega un papel regulador, básico en la dogmática penal del Derecho Penal del Enemigo, como figura jurídica que permitiría refutar, conforme a Derecho, acciones que comportan un peligro de lesión para bienes jurídicos, siempre que el nivel de riesgo, se mantenga dentro de unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y control necesarios, para disminuir justamente el peligro de aparición de resultados lesivos.⁵⁷

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

El Derecho Penal del Enemigo; se caracteriza por tratar al delincuente no como un miembro de la sociedad, sino como un sujeto, que ha ido apartándose de la senda del Derecho, hasta convertirse en un enemigo de la sociedad. Frente al enemigo, el Derecho Penal de la normalidad, que aquél ha abandonado de forma duradera, se mostraría completamente insuficiente e ineficaz. Para el Derecho Penal del Enemigo, éste debe ser neutralizado, como permanente fuente de peligro para la sociedad, a cualquier costo.

⁵⁷ Demetrio Crespo, Eduardo, El Derecho Penal del Enemigo, sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho Penal del Enemigo" y la idea de seguridad, en Cancio Meliá, Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Op. Cit., vol 1, pp. 479-502

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

Jakobs destaca que en los últimos años, después de los hechos ocurridos en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, se habría producido una creciente incorporación, a la incorporación a la Legislación Penal de algunos países occidentales, de lo que él denomina Derecho Penal del Enemigo.⁵⁸

El Derecho Penal del Enemigo, nos dice que aquéllos que no cumplen con ciertos requisitos, que el Estado considera como mínimos, no pueden ser tratados como ciudadanos sino como enemigos.

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

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

El enemigo no puede ser castigado con una pena, pero sí se le puede castigar con una medida de seguridad, no es castigado de acuerdo con su culpabilidad, sino de acuerdo con su peligrosidad, las medidas contra el enemigo no miran hacia el pasado, sino hacia el futuro, no es un Derecho Penal retrospectivo,

⁵⁸ Gómez Martín, Víctor, Sobre la Distinción Entre Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo, en la Concepción de G. Jakobs, en Canció Meliá Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Op. Cit., vol 1, pp. 1003-1012

sino prospectivo, el enemigo no es sujeto de Derecho, pero si objeto de coacción.

El infractor que es considerado ciudadano, después de delinquir continúa con su estatus de persona; el enemigo pierde ese estatus, porque lo importante para el Derecho Penal del Enemigo es su peligrosidad, la distinción fundamental entre el Derecho Penal del ciudadano y el Derecho Penal del Enemigo, radica en que el primero mantiene la vigencia de la norma, y el segundo combate peligros, para combatir peligros el Derecho Penal del Enemigo, adelanta el ámbito de protección de la norma, anticipando la tutela penal.⁵⁹

Jesús Silva Sánchez, se coloca en la misma posición respecto a Cancio Meliá, al expresar que lo que caracteriza al enemigo es el abandono duradero del Derecho, y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta. El Derecho Penal del Enemigo, es ante todo el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos.

Claramente, pueden distinguirse tres velocidades del Derecho Penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho Penal que respeta los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales establecidos a favor de los ciudadanos; y una segunda velocidad que se caracteriza por la privación de derechos, principalmente de carácter pecuniario, donde los principios político-criminales, podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La tercera velocidad del Derecho Penal, se caracteriza por la privación, de la libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas, que las del Derecho Penal de la primera velocidad es, seguramente en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado inevitable.

La tercera velocidad, del Derecho Penal, guarda una estrecha relación con el Derecho Penal del Enemigo, que se contrapone al de los ciudadanos. Para Silva Sánchez, al igual que para Cancio Meliá, lo que caracteriza al enemigo es el abandono duradero del Derecho, y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta.⁶⁰

⁵⁹ Feijoo Sánchez, Bernardo, El Derecho Penal del Enemigo y el Estado Democrático de Derecho, en Cancio Meliá, Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Op. Cit., Vol, pp. 789-801

⁶⁰ Silva Sánchez, Jesús María, Op. Cit., pp. 183-186

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

El Derecho Penal del Enemigo, sería ante todo el Derecho de las medidas de seguridad, y estas medidas de seguridad, son destinadas a imputables peligrosos. Ello aunque tales medidas se mostraran en ocasiones, bajo la apariencia formal de penas. Expresado de otro modo, algunos autores opinan que no habría un Derecho Penal, en sentido estricto de enemigos, sino un Derecho de las medidas de seguridad.

El ámbito del enemigo; es caracterizado por la ausencia de seguridad cognitiva, de un comportamiento personal, la conducta del enemigo niega los principios políticos o socioeconómicos, básicos del modelo de convivencia. Constatada la existencia de un Derecho Penal de tales características, la discusión fundamental versa sobre si es legítimo y su legitimidad se basa en consideraciones, de absoluta necesidad, subsidiaridad, y eficacia en un marco de emergencia.⁶¹

Jakobs distingue claramente, entre el Derecho Penal, de sociedades tranquilas, donde las personas prestan esa seguridad cognitiva, y por el otro cuando no es calculable o medible, esa seguridad cognitiva, es utilizado por parte del Estado, el denominado Derecho Penal del Enemigo. Desde su punto de vista, en el Derecho Penal del Enemigo, la persona competente se ve sustituida por un individuo peligroso, contra el cual hay que proceder en términos de aseguramiento.

La principal característica; del Derecho Penal del Enemigo, es la de que es un recurso por parte del Estado, para combatir peligros, y la principal característica

⁶¹ Ibídem, pp. 185-187

del Derecho Penal del ciudadano, es que mantiene la vigencia de la norma. Desde esta perspectiva; el Derecho Penal del Enemigo, se muestra como un amplio adelantamiento de la punibilidad, debido a la peligrosidad del enemigo, mientras que en el trato con el ciudadano, se puede aguardar a que el hecho, en cuanto suceso externo tenga efectos perturbadores.

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

El propio Jakobs, menciona que su descripción, difícilmente puede encontrarse en un ordenamiento jurídico de forma pura; que no existen formas puras del Derecho Penal del Ciudadano o del Enemigo. Pero para un análisis, de sociología jurídica tiene pleno sentido hacer referencia a tipos ideales.

Jakobs asume, que han surgido nuevas formas de criminalidad, que por sus características específicas, confrontan abiertamente al Estado, y por lo tanto el Estado, se encuentra en una situación bélica, y no meramente de una disfunción del ciudadano, algunos autores como, Silva Sánchez consideran que buena parte de la cuestión es puramente simbólica y se deriva de la sensación de riesgo, que con la existencia de un riesgo real, sin embargo no se descarta la existencia de nuevos riesgos, respecto de los cuales, bien puede pensarse en soluciones que no siempre, o no necesariamente, tengan que ajustarse a los preceptos del Derecho Penal liberal.

Jakobs menciona que si el legislador de un Estado, con frecuencia introduce legislaciones destinadas a combatir riesgos o a terminar con esa situación de beligerancia, y a la par de esto eleva las penas, con el pretexto de salvaguardar la tranquilidad social, el orden conforme al cual, el delincuente debe tratarse normalmente como persona en Derecho, pierde su claridad, porque las excepciones no se identifican, de modo que se forma la tendencia de conjunto de, dejar dominar lo adecuado a la obtención de fines, como en la filosofía penal de la ilustración.⁶²

⁶² Jakobs Günther, Polaino Navarrete, Miguel, Función de la Penal Estatal y Evolución de la Dogmática Post- Finalista, México, Porrúa, 2006, pp. 58

En este ámbito, un sistema orientado hacia el Derecho Penal del Enemigo, se caracteriza por una amplia cobertura de criminalización, que persigue el fin de amenazar conductas potencialmente peligrosas, también cuando se produzca en un momento muy anterior, a una acción que lesione bienes individuales, o de la colectividad. Un Derecho Penal se centra en la punición de modalidades de conducta que lesionan bienes o al menos los ponen en concreto peligro.

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

Un sistema que haya que asignar al tipo Derecho Penal del Enemigo, mide las consecuencias jurídicas, con base en la dimensión de la peligrosidad del autor; no existen límites absolutos, para la extensión de las penas, en caso de que se haya constatado la peligrosidad, lo único decisivo es un aseguramiento efectivo.

En cambio, los parámetros propios, del Derecho Penal del Ciudadano exigen una medición de la pena, con base en el principio del Derecho Penal del hecho. La medida de la pena se determina de acuerdo con el injusto realizado y la culpabilidad del autor.

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

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

Es posible mostrar, evoluciones político-criminales, que pueden ser interpretadas, como un cambio de orientación del sistema jurídico-penal hacia el tipo de Derecho Penal del Enemigo. En parte de la actual evolución político-criminal, se aleja en algunos ámbitos del polo opuesto de un Derecho Penal del Ciudadano.

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

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

El Derecho Penal del Enemigo, presupone un objetivo teleológico: han de combatirse determinados peligros, que emanan de determinados sujetos, y deben combatirse efectivamente. Algunas líneas de evolución, típicas de la presente época no cuadran con esta imagen concretamente, aquéllas

pertencen al ámbito, de las normas penales para la protección de sentimientos y tabúes.⁶³

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

Puede citarse; como ejemplo evidente del debilitamiento, de actitudes comprensivas, frente a determinados grupos, de autores de hechos delictivos y de la creciente necesidad, de mayor seguridad por parte de la colectividad, la aceptación unánime de la custodia de seguridad, elevada a rango constitucional.

La existencia de esta institución, que es una medida cuya fundamentación, es preventiva significa una inclusión del Derecho Penal del Enemigo, en un sistema garantista del Derecho Penal del Ciudadano.

En el caso normal del delito, la pena es una especie de indemnización, que es ejecutada forzosamente a costa del infractor: la pena es contradicción, esto resulta evidente, e inflige dolor, y este dolor se mide, de tal modo que la cimentación cognitiva de la norma quebrantada, no sufra por el hecho cometido. Tanto la contradicción como el dolor se preconfiguran, en el plano de la dogmática jurídico-penal, en el concepto de culpabilidad. Para la pena adecuada a la culpabilidad, bastará con que el hecho se conciba con carácter general, a causa de la pena, como empresa fracasa; en particular, no se trata de intimidar a otros sujetos, que pudieran tender a cometer el hecho; pues esta tendencia, por regla general, no es responsabilidad del autor.

La transposición, del modelo análogo a la indemnización, no es suficiente en el caso de adversarios de principio, por actitud, y también activos, es decir, entre otros en el caso de los terroristas; pues con completa independencia de la

⁶³ Véase Hörnle Tatjana, Dimensiones Descriptivas y Normativas del Concepto Derecho Penal del Enemigo, en Cancio Meliá Manuel- Gómez Jara Díez, Carlos, Derecho Penal del Enemigo, Vol 2, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, pp. 51- 66

respuesta, a la cuestión hasta ahora planteada casi nunca planteada, de cual es la situación de la culpabilidad, al menos de aquél terrorista que haya sido socializado en una cultura hostil, en el caso de todo terrorista como en el caso de cualquier enemigo, también hay que compensar un déficit de seguridad cognitiva.

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

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

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

La sociedad, se ve a sí misma como víctima potencial, no como autor potencial de delitos, así que exige cada vez más seguridad y eficacia del Derecho Penal, sin tomar en consideración proporcionalidad alguna en las penas. El discurso de la seguridad, propone resolver la ponderación entre libertad y seguridad, dando prioridad a esta última.

La sociedad pide al Derecho Penal, que intervenga antes de que se produzca la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. El Derecho Penal del Enemigo

es la respuesta del Estado, para responder a las demandas de seguridad, al mismo tiempo tipifica, comportamientos que están, más allá de un peligro real para algún bien jurídicamente tutelado.⁶⁴

Desde las posturas de Carl Schmitt, hasta la actualidad, en la práctica política es común designar como enemigo, al que cuestiona la identidad de la sociedad, tanto internamente como externamente. El Derecho Penal del Enemigo distingue por un lado los enemigos externos e internos. El enemigo externo, amenaza lo propio, desde fuera de la sociedad, aparece la guerra clásica entre Estados. El enemigo en esta situación, es el contrario en la guerra, quien con motivo de su status, pueden atribuírsele determinados derechos, incluso pueden cerrar acuerdos de paz y amnistía.

Muy distinto resulta la cuestión, relativa al enemigo interno, el es un desviado en su propia sociedad, no quiere vincular su existencia a la comunidad, no quiere integrarse a ésta. El problema se suscita, cuando se produce una desviación, respecto de los valores fundamentales, de una determinada sociedad de tal magnitud, que justifica la exclusión del que se desvía de dichos valores.

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

El enemigo interno, es un autor que por convicción se hace miembro de una organización criminal, puede citarse como ejemplo al terrorista que niega el ordenamiento jurídico y pretende destruirlo. En esta situación el enemigo

⁶⁴ Günther Jakobs, Pastor Muñoz, Nuria, Derecho Penal del Enemigo y Reflexiones Sobre el Fenómeno de la Criminalización, en Cancio Meliá, Manuel- Gómez Jara Díez, Carlos, Op. Cit, vol 2, pp. 111-530

interno, no puede ser tratado como persona, y por lo tanto no puede disfrutar de los beneficios del Derecho Penal del Ciudadano. Con la exageración de la peligrosidad del enemigo interno, se incrementa la despersonalización jurídica, y ello debido a que la reacción contra el enemigo, depende de lo que se teme de él y de los daños que pueda ocasionar.⁶⁵

Con los atentados terroristas, a los Estados Unidos de Norteamérica el 11 de septiembre de 2001, se ha expandido la corriente punitiva e ideología, de emergencia, especialmente desarrollada, en la lucha contra el terrorismo. La característica principal de la ideología de la emergencia, es el cambio de las fuentes de legitimación del sistema punitivo, que retorna a los viejos sistemas de la tradición penal autoritaria.⁶⁶

Resulta más fácil dar respuestas, con carácter excepcional, entendiendo por tales las que suponen un recorte sustancial de garantías penales, si se las disfraza, de solución transitoria para hacer frente a fenómenos pasajeros. Sin embargo la ideología de la emergencia, provoca una ruptura cultural que origina cambios, en la estructura del Estado Democrático de Derecho.

Cuando los medios propuestos como excepcionales; han echado sus raíces en la praxis, hacen surgir centros de poder, que no están dispuestos a dejar de serlo, y se instala definitivamente una cultura policíaca, informada exclusivamente por los valores de seguridad y eficiencia, concebidas ambas como afirmación creciente del poder. Una vez interiorizada la ideología de la emergencia, parece inviable la producción de leyes de signo no emergencial.⁶⁷

El discurso de la emergencia, conduce al Derecho Penal del Enemigo, esto puede constatarse, si se analiza la reacción bélica después del 11 de septiembre de 2001, donde el senado estadounidense aprobó la Ley Patriota del 26 de octubre de 2001, en la que se reducen considerablemente garantías constitucionales, a los ciudadanos americanos, y a los residentes legales en los Estados Unidos. En

⁶⁵ Kai Ambos, Derecho Penal del Enemigo, en Cancio Meliá, Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Op. Cit., Vol 1, pp. 127- 142

⁶⁶ Terradillos Basoco, J. M a, Una Convivencia Cómplice. En Torno a la construcción Teórica del Denominado Derecho Penal del Enemigo, en Cancio Meliá, Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Op. Cit., Vol 2, p 1014

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 1013- 1015

particular dicha ley amplía la posibilidad, para las fuerzas de policía, de proceder a interceptar llamadas telefónicas, a registros en el interior de las habitaciones, en ausencia de notificación a su propietario, además la mencionada ley, autoriza la detención de cualquier extranjero, que pueda sospecharse que este involucrado en actividades terroristas, hasta por siete días. Incluso cuando no existan presupuestos, para expulsar a una persona del territorio estadounidense, el gobierno está legitimado, para mantener al extranjero en estado de detención, por su supuesta peligrosidad, por períodos máximos de seis meses, al término de cada uno de los cuales, el mismo gobierno procederá a una nueva certificación.⁶⁸

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

La necesidad de llevar a cabo, una respuesta eficaz de carácter preventivo y, al mismo tiempo represivo, frente al nuevo fenómeno del terrorismo internacional, ha inducido de hecho a gran parte de los ordenamientos occidentales, a atenuar los estándares, de garantías tradicionalmente asegurados a los ciudadanos, y a sus libertades individuales, frente a injerencias indebidas de los poderes públicos en la esfera privada, en nombre de instancias de defensa social y de la exigencia de eficacia, de la lucha contra la delincuencia organizada de carácter transnacional.

Günther Jakobs menciona; que es políticamente correcto querer ver que todos los seres humanos son personas, y en toda persona, un partícipe de la comunidad jurídicamente organizada, una partícipe o un partícipe de la comunidad jurídica, provisto de los derechos humanos, consagrados en la parte dogmática, de las leyes fundamentales de la mayoría de los países occidentales. Es necesario, conocer algunos presupuestos de juridicidad, y con ello, cuando no concurren los presupuestos, al mismo tiempo de los límites de la juridicidad; el mundo postulado no conoce límites, el mundo real si los tiene.⁶⁹

El propósito de Günther Jakobs; no es convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino el de describir a quién el sistema jurídico, tratara como enemigo

⁶⁸ Manna, Adelmo, Erosión de Las Garantías Individuales en nombre de la Eficacia de la Acción de Lucha contra el Terrorismo, en Cancio Meliá, Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Op. Cit., Vol. 2 pp. 257-272

⁶⁹ Jakobs, Günther, ¿Derecho Penal del Enemigo?, Un Estudio Acerca De Los Presupuestos De La Juridicidad, en Cancio Meliá, Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Op. Cit., pp. 93-95
Para Comprender estos presupuestos de la Juridicidad, a los que Jakobs se refiere, es necesario recurrir a la Dogmática Penal, en concreto a la imputación objetiva, y a la responsabilidad derivada por el quebrantamiento del rol, esta cuestión se abordará más adelante en la investigación, al momento de abordar la construcción dogmática del Derecho Penal del Enemigo.

así como pronosticar, a quién atribuirá en el futuro ese papel. No es la finalidad el crear normas, ni postulados políticos, la finalidad es describir la realidad en los ordenamientos jurídico penales de la actualidad.

La juridicidad; es un mandato absoluto de la razón, la historia ha necesitado muchos años, para elaborar los derechos humanos, subsiste la afirmación de que todos deben ser tratados, al menos en la época actual, como personas en derecho. Esta proposición es demasiado abstracta, incluso puede no ser real debido a que no se toma, en cuenta una proposición de carácter fundamental: el comportamiento del sujeto.

La afirmación de que todas las personas; deben ser tratadas como personas en derecho necesita una adición: siempre que las personas cumplan con sus deberes serán personas en derecho. Que todas las personas deben ser tratadas como personas, no deja de ser un postulado ideal para la sociedad; pero de una sociedad que realmente acontezca.⁷⁰

Puede suceder; que a una sociedad que acontece en la realidad, sea que no le importe nada el modelo de los derechos humanos; piénsese en el despojo masivo, de derechos de los ciudadanos en el nacionalsocialismo y en el comunismo. Sin embargo, todos los lamentos no superan la constatación decisiva: en tales sociedades los derechos y, en particular, los derechos humanos, no pueden ofrecer aquella prestación que el Derecho debe ofrecer, a saber, orientación, también para las víctimas potenciales. Jakobs cita como ejemplo, para clarificar esta posición lo acontecido en la República Democrática Alemana, cuando un ciudadano, buscaba ejercer su derecho a la libre circulación, para abandonar el territorio sin ningún tipo de consideración se le disparaba.⁷¹

En esta situación, ¿cómo se va orientar el ciudadano, con base en sus derechos humanos?, Parece claro, que hay que distinguir entre un Derecho Postulado, un Derecho modelo, y la estructura normativa real de una sociedad. Postular un Derecho y tener realmente un Derecho no es lo mismo, y sólo este último, el Derecho que realmente se tenga, ofrece una verdadera orientación.⁷²

⁷⁰ *Ibidem*, p. 96

⁷¹ *Ibidem*, p. 96

⁷² Con un estudio filosófico, de los hechos observados en las normas jurídicas, puede identificarse la diferencia entre un Derecho Postulado y un Derecho Real en el que se observa, el universo extralingüístico del Derecho Postulado.

Históricamente, ha sido por lo general aceptada, la vinculación del término latino *persona* al griego *Prosopon*, esto es, darle el significado de máscara. Gráficamente; esto hace referencia a un papel por desempeñar y que se distingue, de aquel individuo que debe desempeñarlo. De este modo, es posible, hacer una distinción entre persona e individuo: la primera sería el personaje que corresponde desempeñar al segundo.

Desde la perspectiva, de las primeras manifestaciones jurídicas del problema, el Derecho romano; había comenzado tempranamente a utilizar la noción de persona, si bien no siempre de un modo unívoco. Por una parte se hacía una distinción entre persona, (estado especial del hombre libre) y homo (el esclavo).

Sin embargo, y aun cuando esta distinción, podía encontrarse de vez en cuando, pero no de un modo generalizado, una segunda distinción se trazaba entre persona y res, entre las personas y las cosas. Este concepto de persona, como opuesto, a los meros objetos, incluía también a los esclavos dentro de las personas, distinguiendo entre aquellas, que estaban sujetas al derecho de otros y aquellas con derecho propio.⁷³

No obstante es imprescindible, tener presente que en la configuración jurídica de la noción de persona, pese una consideración que, probablemente, no ha sido correctamente ponderada en el análisis histórico.

La mera existencia, de las personas jurídicas, en las que la personalidad, así como los derechos y obligaciones que conlleva, se reconocen como atributo de un ente no-individual, implica una opción respecto de la distinción entre individuo y persona.⁷⁴ Es precisamente la existencia de derechos y obligaciones, la que otorga al hombre el carácter de persona, el carácter de persona, sólo tiene relevancia cuando existe otro a quien oponerla.

⁷³ Piña Rochefort, Juan Ignacio, La Construcción del Enemigo Y La Reconfiguración de la Persona Aspectos Del Proceso De Formación De Una Estructura Social, en Cancio Meliá Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Op. Cit., Vol. 2. pp. 581-583

⁷⁴ *Ibidem*, p. 584

En el pensamiento contemporáneo; puede encontrarse una escisión entre individuo y persona y en el que el concepto de persona, comenzará a entenderse como una estructura social. Es imprescindible reservar el término individuo, para las entidades psicofísicas; y el de persona para aquellas realidades sociales fundadas, en dicha entidad psicofísica, pero irreductibles a ella.⁷⁵

La persona es un segmento eminentemente social que está configurada por una serie de expectativas sociales; es decir por un rol. La sociedad construye el rol social en base a las expectativas sociales, y la principal expectativa social es el aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma por parte de las personas. Por lo tanto es persona quien mediante su comportamiento puede garantizar que no lesionará a los demás y se sujetará a lo establecido por el orden jurídico.⁷⁶

⁷⁵ En el pensamiento funcionalista, se distingue a la persona respecto del individuo, donde la primera, es producto del sistema social, mientras el individuo es un sistema psicofísico, más adelante se volverá sobre este punto, al abordar los principales tópicos del Derecho Penal Funcionalista

⁷⁶ Esta cuestión se abordará, más adelante en el tema de la comunicación personal, abordada por el Derecho Penal de carácter funcionalista

2.2 CONCEPCIONES DOGMÁTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

A continuación; se abordara la construcción dogmática del Derecho Penal del Enemigo, tomando como punto de partida, la doctrina de la imputación, y su estrecha relación con el concepto de acción, voluntad, culpabilidad, en la moderna dogmática penal funcionalista, para comprender, la construcción dogmática del Derecho Penal del Enemigo.

2.2.1 LA DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN

Desde los inicios, del pensamiento occidental en torno a la acción humana, se percibe la existencia de criterios, de atribución de responsabilidad, las reglas de imputación. Para hacer responsable a alguien se requiere que cause algo, o que tenga conocimiento de lo que hace. La definición y contenido de dichas reglas, recorre la reflexión sobre la conducta y la responsabilidad, a lo largo del pensamiento occidental.⁷⁷

En la actualidad, la doctrina de la imputación, puede estudiarse desde tres diversos planteamientos; desde la dogmática jurídico-penal, desde la política criminal, y desde algunas orientaciones de la filosofía práctica.

En la dogmática jurídico-penal; de los últimos años, se percibe un retorno a la idea de la imputación. De este modo se recupera el pensamiento comprensivo y no meramente descriptivo de la realidad, donde la finalidad, es superar la influencia del positivismo jurídico en la doctrina de la imputación.

La doctrina de la imputación, se concibe como un medio de atribución, de sentido al que se atribuye responsabilidad, al que se imputa. Es por tanto una básica diferencia, de perspectiva, lo que distingue las teorías de la imputación,

⁷⁷ Sánchez-Ostiz, Pablo, Imputación y Teoría del Delito, Buenos Aires, Argentina, Euros Editores, S.R.L. pp. 1-2

de la teoría del delito causal-naturalista. Como también es diferente la visión desde la imputación objetiva.

Las teorías de la imputación; parten de una persona, como término de referencia, del juicio de atribución de responsabilidad. Imputar significa hacer responsable y ello sólo es posible, con propiedad referido a una persona. Se entiende que a menudo, se inicie la operación de imputación identificando al sujeto, frente a otros factores, que pudieran producir el resultado: en concreto imputar, significa comprender el suceso como originado, en un sujeto humano en cuanto tal.⁷⁸

La política criminal de la actualidad; se ha preocupado por la imputación de carácter jurídico penal, que proviene de la necesidad, de atribuir responsabilidad a alguien. Las actuales necesidades sociales de imputación, vienen motivadas, frecuentemente por la configuración de la sociedad, con los condicionamientos, que para ella se han señalado, desde diversas perspectivas desde el contexto de la globalización.

En la actualidad al Derecho Penal; se le exige que sea útil, para atribuir responsabilidad, incluso cuando la realidad social, ha alcanzado elevadas cuotas de complejidad, que dificultan emitir juicios de imputación, como probar el dolo, al mismo tiempo el Derecho Penal de la actualidad, amplía de forma considerable el llamado riesgo permitido.⁷⁹

En la actualidad, lejos de disminuir la atribución de responsabilidad, se percibe una desmesurada ampliación, de la imputación individual, que ha conducido a una innegable expansión del Derecho Penal, ello se produce por una excesiva valoración, de la responsabilidad individual frente al entorno social.

A la persona se le imputan, nuevas cargas derivadas de la nueva sociedad, en la que se incrementan el número y contenido de deberes y expectativas. De

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 2-4

⁷⁹ Esta cuestión se abordará a detalle, en la teoría de la imputación objetiva

este modo ha surgido, en la doctrina de los últimos años, una renovada preocupación por el concepto y esencia del concepto de persona.⁸⁰

La atribución de responsabilidad; a las personas es tan antigua como la sociedad, y la esencia del concepto viene de la filosofía moral. Los conceptos como dolo, error, evitabilidad, ya se encontraban presentes siglos atrás. Buena parte de la reflexión, científico en Derecho Penal, retoma esos orígenes de la imputación, para retomar el estudio, de la denominada imputación objetiva.

Los inicios de la doctrina de la imputación objetiva, suelen situarse alrededor de la década de los años treinta, del siglo pasado, principalmente con una revisión de la filosofía del Derecho de Hegel. La doctrina de Hegel sobre la acción humana, la moralidad, había sido objeto de atención durante el siglo XIX; más tarde algunos autores, propusieron una ruptura con el naturalismo, de la causalidad meramente empírica, para dar entrada a criterios valorativos.⁸¹

El positivismo; había centrado su atención sobre la idea de causalidad, el esquema trazado por el positivismo, se mantendría a principios del siglo XX como el esquema de la teoría del delito, más allá de las variaciones provenientes de escuelas o autores diversos. Sin embargo el enfoque positivista de la imputación, centrado en la causalidad empírica, de procesos externos y de procesos psicológicos, suponía un reduccionismo porque se postulaba que la imputación, debía abandonar su tronco filosófico para determinarse, en función de conexiones empírico-causales, lo que se llamó imputabilidad.

Tanto los autores hegelianos, como los positivistas eran deudores del modo de hacer ciencia penal, que inauguraron Feuerbach y otros autores, a principios del siglo XIX. Tanto la manualística, como su pretensión revisionista, influyeron eficazmente en la manera de entender el Derecho Penal. Éste se dirige a sujetos racionales, para los que el Derecho sería un bastión de su libertad. Pero esta defensa, de la libertad no lo es tanto del libre albedrío, cuanto de la libertad política en el sentido ilustrado.

⁸⁰ Jesús María Silva Sánchez, menciona que la sociedad actual, es la denominada sociedad del riesgo o de la inseguridad donde la función del Estado es la de vigilar y prevenir, al mismo tiempo se utiliza como herramienta el Derecho Penal de tercera velocidad. Véase Silva Sánchez, la Expansión del Derecho Penal, Op. Cit.

⁸¹ Sánchez- Ostiz, Pablo, Op. Cit., pp. 14-15

Feuerbach parece entender, la libertad como cuestión psicológica, por lo que el naturalismo vincula al sujeto con sus tendencias e inclinaciones.⁸²

La atribución de responsabilidad, se redujo a mera cuestión de comprobación de las condiciones de punibilidad, como subsunción de la conducta en un precepto legal.

Feuerbach; se inspira en la filosofía de Manuel Kant; éste dedica buena parte de sus esfuerzos a abordar la filosofía práctica, dentro de ella se refiere a la imputación de responsabilidad, sobre todo en la metafísica de las costumbres. La metafísica de las costumbres se halla latente en la doctrina penal de la actualidad.

Kant; presenta la imputación bajo el punto de vista del criticismo, es deudor a su vez, de las ideas y obras de ciertos autores precedentes, en particular a los partidarios del Derecho natural racionalista, que construyeron un sistema sobre la responsabilidad humana, en exposiciones amplias y sistemáticas.

Los pensamientos de Aristóteles, que llegaron a Europa, a través de la recepción humanista, fueron sistematizados de manera novedosa; resultaba novedoso referirse a la acción humana, como una cuestión moral, a diferencia de las cuestiones sometidas a las leyes de la naturaleza.

Siglos antes, por una vía diversa, había tenido lugar en Europa, otra recepción de Aristóteles, debido a las traducciones empleadas en el Medioevo. Es la tradición aristotélica, que llega hasta la Escolástica y, en particular a Tomás de Aquino, en cuya obra se encuentran también conceptos importantes como el de libertad, persona, sociedad, aunque a menudo con diversa terminología, de la doctrina de la imputación.⁸³

En la metafísica de las costumbres; Kant describe conceptos como el de libertad, obligación, imperativo ,deber ,hecho ,persona ,cosa ,ley ,imputación.

⁸² *Ibidem*, p. 16

⁸³ Los aportes de Aristóteles a la doctrina de la imputación, son de gran importancia porque establecen un principio básico, para la teoría de la imputación; el del agente como origen del hecho, es decir la libertad del artífice, es lo que posibilita afirmar que su acción es un hecho.

Dichos conceptos, poseen un particular significado, en la filosofía moral Kantiana, que impide comprenderlos debido a que algunos conceptos están incompletos, parciales. De forma que la aportación de Kant, no puede sobrestimarse, como si se tratara de definiciones directamente aplicables, a la situación actual del Derecho Penal. Pero tampoco puede infravalorarse su aportación.

La filosofía práctica Kantiana, constituye un claro exponente, del proyecto moderno de fundamentación de la Moral y por tanto también del Derecho. Así un Derecho Penal que se considere liberal, no puede dejar de tener en cuenta la aportación Kantiana.

Para Kant; la imputación en sentido moral es; el juicio en virtud del cual, alguien es considerado como artífice, de una acción que a partir de entonces se llama, hecho, y se somete a las leyes; dicho juicio se llama imputación, con validez jurídica, si lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas, de este hecho.⁸⁴

La imputación se plasma en un juicio. Lo cual significa, que exige un acto de afirmación o negación, de una concreta relación entre dos conceptos sujeto y predicado. Imputación en sentido moral, es el juicio en virtud del cual alguien es considerado como artífice, de una acción, que a partir de entonces se le denomina hecho. Kant tiene claro, que se trata de una operación intelectual, de afirmación de una peculiar relación entre el sujeto y lo realizado.

Para Kant la imputación es el juicio en relación a ciertas leyes prácticas, acerca de una acción, en la medida en que ésta surge de la libertad de la persona. En la imputación está presente, una acción libre y una ley. El planteamiento de la imputación como juicio, y en concreto como un juicio sobre el artífice y su hecho, enlaza con el uso de estos conceptos, en la filosofía moral precedente. Entender que lo realizado es un hecho, y que el agente es su origen constituye algo propio de la filosofía moral.⁸⁵

⁸⁴ Sánchez- Ostiz, Pablo, Op. Cit., pp. 61-63

⁸⁵ Ibidem, pp. 63-65

En Kant la filosofía moral, no consiste en un estudio de la voluntad determinada, por principios empíricos, sino por principios a priori. La imputación moral es un juicio, no sólo de los hechos del agente, sino sobre el agente mismo, su artífice, entendido por el que, imputa como co-sujeto, y además como sometido a las leyes de la obligación: el juicio es ejercicio de la facultad, que permite transitar desde la facultad del puro conocer, desde los conceptos de la naturaleza a la esfera del concepto de libertad.

Puede entenderse, que entre las definiciones de la metafísica de las costumbres, la persona esta relacionada, con la imputación debido a que persona es aquel sujeto, cuyas acciones son susceptibles de una imputación. Para el ser humano fenómeno y noúmeno, se ha consumado el tránsito de la naturaleza al mundo de la libertad.⁸⁶

La imputación de responsabilidad moral, y por tanto la que se da en la Ética y la que se da en el Derecho, es un juicio que permite afirmar que una acción, en cuanto percepción de un proceso, fenómeno en el que un ser humano, se ve inmerso es considerado hecho, y su agente artífice. Su contenido es el siguiente: en primer lugar, la consideración de la acción como hecho, puesto que, quien realiza la acción es visto como artífice. En segundo lugar, la confrontación de ese hecho, con el deber que sobre el sujeto recaía al actuar, lo cual da como resultado, su valoración en cuanto correcto o incorrecto, según se adecúe o no al deber; en Derecho justo o injusto; en Ética virtud o ausencia de virtud.

Dicho juicio; permite pasar de la acción a la consideración de hecho, y del sujeto a la consideración como artífice. El juicio de imputación, encierra una operación de atribución de sentido, que permite calificarlo como juicio adscriptivo y no descriptivo, propio de lo nouménico y no de lo fenoménico.

De este modo, el sujeto imputante constituye al imputar la realidad de lo moral, evidencia también, ser él mismo persona.⁸⁷

Una vez imputada, la acción como hecho, se somete a las leyes y después se atribuye al artífice, como meritorio o demeritorio. Cuando alguien, hace más de

⁸⁶ Ibidem, p. 71

Para Kant el noúmeno es la cosa en sí, que es contraria al mundo de los fenómenos o apariencias, Cfr., Vargas Montoya, Samuel, Historia de las Doctrinas Filosóficas, México, Porrúa, 8ª edición, 1980, p.295-296

⁸⁷ Véase, Sánchez Ostiz, Pablo, Op. Cit, pp. 93-95

lo que la ley le obliga es meritorio, lo que hace de acuerdo a ésta es debido, y finalmente, cuando hace menos en comparación con lo que la ley exige es demérito moral.

El efecto jurídico de un hecho demeritorio es la pena; el de uno meritorio es la recompensa; suponiendo que estando prometida en la ley, fue la causa que movió a realizarlo. La adecuación de la conducta, a lo que es debido no tiene efecto jurídico.⁸⁸ La imputación moral, adquiere ahora un más preciso contenido cuando se trata de imputación jurídica, no se trata sólo de identificar al artífice y su hecho, sino además el de atribuirle lo realizado con un nuevo título meritorio o demeritorio.

Más allá del concepto de imputación; como juicio que permite entender, la acción como hecho, y a quien lo realiza como su artífice, la doctrina de la imputación, sigue un curso diverso en los ámbitos del Derecho y de la Virtud. En función del contenido y validez del juicio de imputación, y de las consecuencias de tal juicio, se distinguen dos formas de imputación: aquella que consiste sólo en un discernimiento o dictamen del hecho, y aquella cuyo juicio tiene validez jurídica, y viene acompañada de las consecuencias jurídicas.⁸⁹

La imputación jurídica, es el juicio que abre la vía, para poder imponer consecuencias al artífice por su hecho. Sin embargo, la concepción de Kant, sobre la imputación, no se halla condicionada por lo que entiende sobre la pena.

En la medida en que la pena, ha de respetar la dignidad de la persona, basada en la libertad, y en la medida en que la libertad condiciona la imputación, la doctrina de la pena, estaría en consonancia con lo que entiende por imputación.

⁸⁸ Ibidem, p. 104

⁸⁹ Ibidem, pp. 163-164

2.2.2 LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Cuando un contacto social, produce una defraudación, al menos dos personas se ven implicadas, una víctima y un autor. La pura relación de dos personas carece de relevancia, pues siempre cabe identificar, a terceras personas que han configurado de determinada manera el contacto, y que por tanto también son potenciales autores.

Por tanto, cuando se producen relaciones causales, que cabe constatar en cualquier contacto que produzca una defraudación, se selecciona un determinado haz, que se define como riesgo determinante, que compete a uno o varios de los intervinientes, o que la víctima debe soportar a título de desgracia. La tarea de la imputación objetiva, es precisamente repartir responsabilidades para cada uno de los intervinientes.⁹⁰

En el marco, de toda imputación jurídico penal, se vincula un suceso que acontece en el mundo, y un destinatario de la imputación, de tal modo que el destinatario, aparece como aquél a quien pertenece el suceso; es él quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de algo meritorio, como para mal, en la imputación a título de reproche.

Con lo anteriormente mencionado, puede establecerse que lo que es objetivo en la imputación objetiva son las desviaciones, respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de un rol. Por rol puede entenderse un sistema de posiciones, definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas.⁹¹

⁹⁰ Jakobs, Günther, *Moderna Dogmática Penal*, 2da edición, México, Porrúa, 2006, pp. 203-207

⁹¹ *Ibidem*, p. 209

Las expectativas; dirigidas al portador de un rol configuran, el esquema de interpretación, para que puedan adquirir, un significado socialmente vinculante las acciones individuales. En el ámbito de los hechos imprudentes, esto resulta evidente: aunque el conductor no piense en ello, conducir un automóvil a velocidad excesiva, constituye una puesta en peligro de las personas; con independencia de la opinión del autor, fumar cigarrillos cerca de materiales inflables es una puesta en peligro de esos objetos.⁹²

En el ámbito de los delitos dolosos, es determinante la interpretación que el autor dé a su hecho, sino la interpretación objetiva, orientada con base en el rol, en casos de riesgos, de gran entidad, con frecuencia ambas interpretaciones serán congruentes. Quien siendo consciente del peligro, de alcanzar al batidor, dispara sobre la pieza, puede que no interprete su comportamiento, como lesión o muerte de un ser humano, sino si tiene una consciencia de riesgo, poco desarrollada, como parte de una cacería apasionante; no obstante se han infringido los límites del rol, y por tanto se trata de un homicidio.⁹³

Esto también puede invertirse; si un mecánico repara un automóvil, sabiendo que su conductor, circula a velocidades excesivas, puede que el mecánico defina su actuar, como apoyo a la conducta imprudente del conductor, pero objetivamente ésta no le atañe, puesto que no forma parte de su rol, el preocuparse de la forma de conducir del dueño del automóvil.

La teoría de la imputación objetiva del comportamiento, aporta el material con el cual, puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona, como un acontecer socialmente relevante o irrelevante. Sin este material, lo sucedido no es más que un conglomerado naturalista, sin ninguna significación social.⁹⁴

⁹² Ejemplos, citados por Jakobs, en Moderna Dogmática Penal, Op. Cit., p.209

⁹³ Ibidem, p. 209

⁹⁴ Véase la Imputación Objetiva en Derecho Penal, Moderna Dogmática Penal, Op. Cit., p. 210

Sólo la imputación objetiva, convierte un acontecer naturalista en algo comunicativamente relevante; sólo aquello que es; objetivamente imputable puede llamarse acción. Desde el punto de vista del Derecho Penal, no se plantea la cuestión, acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social.⁹⁵

Jakobs menciona que no debe construirse el delito, tan sólo con base en datos naturalistas; que por el contrario lo esencial es, que concurra el quebrantamiento de un rol, por consiguiente ya no resulta suficiente la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico.

En el ámbito de la omisión, no todos responden de cualquier consecuencia lesiva que estén en condiciones de evitar, sino que sólo está obligado quien es titular de una posición de garantía. Son titulares de posiciones de garantía, todos aquellos que participen, en las organizaciones constitutivas de la sociedad; por ejemplo los padres de familia y el mismo Estado.

La configuración del contenido del deber en el caso de los padres de familia y del Estado es palmaria. Los deberes en virtud de la organización, que existen junto a estos deberes institucionales, se basan en una predeterminación de roles.

En el ámbito de la omisión, va implícito que los límites de los roles, funcionan a la vez como límites de la responsabilidad; por ejemplo el médico no está obligado, a evitar los daños patrimoniales de ninguna persona, el conductor de un vehículo, debe apartarlo cuando éste se convierte en un obstáculo, no es garante general de la libre circulación.⁹⁶ Quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo, aun en el caso en que bien pudiese evitarlo.

⁹⁵ Ibidem, p 211

⁹⁶ Moderna Dogmática Penal, Op. Cit., p 212

La responsabilidad jurídico-penal, siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol. Existen los roles especiales y los roles sin características especiales. Los primeros se presentan, cuando una persona configura con otras una realidad común; por ejemplo el rol del padre, que forma junto con los hijos una comunidad o el de los servicios de asistencia. Estos roles, cuando adquieren relevancia jurídica, siempre son segmentos referidos, a personas de las instituciones, que confieren a la sociedad, su configuración fundamental específica, es decir aquella configuración, se presenta con independencia de la juridicidad, de la constitución de la sociedad.⁹⁷

Los titulares de roles, de esta índole, al quebrantarlos responden a título de autores, ya que están obligados, de manera directa, frente a la víctima a mantener un ámbito común. En este sentido el tutor responde, como autor de administración desleal, tanto si dispone él mismo, ilegítimamente de la fortuna de su tutelado, como si induce a un amigo suyo, a hacerlo o si no impide, a un tercero realizar el acto de disposición.

En los roles sin características específicas; esto es roles comunes, o dicho con mayor precisión, se trata del quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir el de respetar los derechos de los demás, como contrapartida al ejercicio de los derechos propios.

Este rol común, tiene el contenido positivo de constituir a la persona, en cuanto persona en Derecho; pero aquí interesa el deber de no lesionar a otros; este deber no está dirigido, hacia la configuración de un mundo común, sino que simplemente su finalidad, es una separación de las distintas esferas; no lesionar a otro, que también es partícipe del orden jurídico.

El quebrantamiento de un rol común, implica la infracción de aquellas normas, que imponen a todos, respecto frente a los otros partícipes del contrato social. El no respeto a estas normas, resalta el lado negativo del rol. Este elemento negativo, la ausencia de un mundo común, más allá de la situación de juridicidad, no significa que el rol común pueda ser infringido, sólo por una acción y no a través de una omisión.⁹⁸

⁹⁷ Ibidem, p. 241

⁹⁸ Moderna Dogmática Penal, Op. Cit., p 242

El deber de evitar, que otro resulte lesionado no sólo puede generarse como deber institucional, de crear un mundo común, sino también como deber, de evitar las consecuencias lesivas, de la organización propia.

El quebrantamiento del rol común, tiene lugar por medio de la organización, ya sea llevando, a cabo una organización defectuosa, por medio de una conducta actual, bien lo sea porque no se conjura el peligro, que conlleva el ámbito de organización.

Existe la posibilidad, de organizar conjuntamente con otros, y no sólo de forma que, dentro de un marco común cada, uno lleve a cabo su propia obra, sino también de manera que todos, se unan en una sola obra, como por ejemplo en el caso del crimen organizado. En el ámbito del Derecho Penal, la obra cuya realización, es objeto de reparto constituye un delito.⁹⁹

Las personas que se unen, en una sola obra para alcanzar consecuencias delictivas, realizan actos de ejecución, que les son imputados a todas las personas participantes, debido a que el quebrantamiento del rol, siempre tiene objetivamente, sentido por la importancia social que tiene.

Si las prestaciones necesarias, para cometer un delito son aportadas de forma sucesiva, por varias personas, sólo responden aquellas cuyo comportamiento tenga, el sentido de salirse del rol del ciudadano respetuoso con los demás.

Quebranta su rol, quien no mantiene bajo control objetos peligrosos, especialmente, cuando hace entrega de ellos, o quien adapta su comportamiento, a la planificación delictiva de otra persona. Ante esta situación, el lado subjetivo del hecho, carece de relevancia.

La sociedad es la que determina, la cantidad de riesgo determinada, de modo objetivo, a través de la elaboración de determinadas categorías de riesgo; la

⁹⁹ Ibídem, p. 243

sociedad en atención al contexto, trata riesgos cuantitativamente idénticos como tolerables y otras como socialmente relevantes. Para entender la cantidad de riesgo, tolerado en una sociedad; Jakobs cita el ejemplo de conducir con niebla y conducir en el tráfico normal. En el primer caso, el riesgo es más alto que en el segundo y por lo mismo es más tolerado.¹⁰⁰

Como conclusión, sobre la imputación objetiva, puede decirse que una persona, se encuentra objetivamente determinada, cuando conoce y comprende las normas formales e informales de la sociedad, y en este sentido lo que es objetivo, en la imputación, es la desviación del rol del ciudadano, miembro de la sociedad. Cuando una persona se desvía del rol de ciudadano, es considerada como enemigo, y al ser considerado enemigo, surge una desmesurada ampliación de la imputación individual, para combatir riesgos que son desconocidos.

¹⁰⁰ Moderna Dogmática Penal, Op. cit., p 289

2.3 FUNCIONALISMO NORMATIVO

El Funcionalismo Normativo de Jakobs; es aquella teoría según la cual, el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, y la constitución de la sociedad. Esta posición se aleja, tanto de la conciencia individual, así como de la tradicional concepción del estado.¹⁰¹

Para el Funcionalismo Normativo; la misión del Derecho Penal, no reside en la protección de bienes jurídicos, sino que la principal misión, del Derecho Penal es garantizar la identidad normativa de la sociedad; es decir el aseguramiento de la vigencia de la norma. Desde esta posición, el Derecho Penal confirma la identidad social.

Jakobs menciona, que todas las instituciones del Derecho Penal, desde la imputación objetiva, hasta el concepto de culpabilidad, desde la exclusión de responsabilidad, no podrían haberse desarrollado desde una perspectiva puramente jurídica, que no tuviera en cuenta la función de la normatividad jurídica.¹⁰²

El sistema social, busca resolver los problemas sociales, a través del Derecho Penal y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad.¹⁰³ Por lo tanto; no es posible visualizar el Derecho Penal, de forma independiente de la sociedad. La principal función, del Derecho Penal dentro del sistema social, es fomentar el respeto a los bienes jurídicos; y para lograrlo el Derecho Penal, puede obligar a los ciudadanos, por medio de la pena, a comportarse conforme a los valores éticos de la sociedad.¹⁰⁴

¹⁰¹ Jakobs Günther, *Función de la Pena Estatal y Evolución de la Dogmática Post-Finalista*, México, Porrúa, 2006, pp. 106-108

¹⁰² *Moderna Dogmática*, Op. Cit., pp. 4-6

¹⁰³ Jakobs, concibe al sistema social, como un sistema autorreferencial, delimitado del entorno, e integrado de expresiones de sentido, de comunicaciones entre personas. Véase *Función de la Pena Estatal* Op. Cit., p. 107

¹⁰⁴ *Función de la Pena Estatal*, Op. Cit., p. 117

Existe una dependencia recíproca, entre la sociedad y el Derecho Penal: cabe pedir al Derecho Penal, que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico, alcance una complejidad adecuada, con referencia al sistema social, del mismo modo que a la inversa, el Derecho Penal puede recordar a la sociedad, que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles.

La identidad normativa que realiza el Derecho Penal, resuelve un problema social, debido a que la constitución de la sociedad, tiene lugar a través de normas. La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación, que en todo caso podría, estar configurado de otro modo a como, está configurado en el caso concreto. Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado.

La identidad de la sociedad, se determina por medio de las reglas de configuración, es decir, por medio de normas. El contexto de comunicación debe ser capaz, de mantener su configuración frente a modelos divergentes.¹⁰⁵

Desde la perspectiva funcional, de lo que se trata es del mantenimiento de un sistema, y para ello se ha generado un sistema jurídico. En la perspectiva funcional el sujeto forma parte de una sociedad, y es en esta, donde puede delimitarse y comprenderse como sujeto, pues una subjetividad aislada es poco imaginable. La subjetividad es una consecuencia de la socialidad, sin un mundo objetivo vinculante no hay subjetividad.

Aristóteles menciona; que la comunidad es lo público el Estado mismo, en este sentido quién, no puede fundamentar ningún principio de comunidad pública, no es sujeto en el ámbito público, y quien sólo conoce un principio fantástico, tampoco lo es fuera del ámbito de lo fantástico.¹⁰⁶

Jakobs menciona, que la objeción que puede hacerse al Derecho Penal funcional, de que es hostil al sujeto, no es compatible ni con la relación teórica,

¹⁰⁵ Moderna Dógmatica, Op. Cit., p 9

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 14

ni con la relación práctica, que existe entre socialidad, incluyendo la socialidad constituida jurídicamente, y subjetividad, sino que al tomar al sujeto de forma abstracta, oculta su realidad.¹⁰⁷

Esta objeción, probablemente se presenta, debido a que algunos autores presentan una confusión entre la perspectiva social-funcional y un modelo social de orientación colectivista o incluso totalitaria.¹⁰⁸

La perspectiva funcional, no es exclusiva de un modelo social, existen sociedades libres y liberales organizadas de modo funcional. Quién desconoce como está organizada una sociedad de modo funcional, no conoce la configuración concreta, no sabe sobre los contenidos de comunicaciones susceptibles que se presentan dentro de la sociedad.¹⁰⁹

En el marco de una perspectiva funcional-social, el Derecho Penal debe garantizar, que se va a contradecir toda expresión de sentido, que manifieste que la norma carece de validez. El Derecho Penal de carácter funcional, atribuye responsabilidad, a toda expresión de sentido defectuoso, que contradiga la norma.

En el marco de una explicación funcional, la distinción fundamental es: sociedad o mundo exterior. En este sentido el autor, expresa con su hecho que será o no fiel al Derecho; y si se realiza algún comportamiento, que difiere del estándar, a pesar de que la norma, es la motivación dominante, la razón de ello sólo puede estar en un defecto del autor, es decir las condiciones de la comunicación personal.¹¹⁰

Para el Derecho Penal funcional, el concepto de acción, puede entenderse con los criterios antes mencionados, como la objetivación, de la falta de reconocimiento de la norma, esto es que la expresión de sentido, de que la

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 14

¹⁰⁸ Esta confusión, se presenta en algunos textos de Eugenio R. Zaffaroni, más adelante se abordará su postura en el enemigo en el Derecho Penal

¹⁰⁹ *Moderna Dogmática*, Op. Cit., 15

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 32

norma en cuestión, no es la máxima rectora. En este sentido, la persona es imaginada como portadora de un rol, esto es en el papel de ciudadano modelo.¹¹¹

En esta perspectiva, dolo e imprudencia; son las formas en las que se manifiesta un déficit de motivación, hacia el cumplimiento de la norma; dolo e imprudencia no fundamentan el injusto, en su condición de hechos psíquicos individuales, sino como expresión, de un defecto determinado que se manifiesta en el individuo. Lo subjetivo- individual, esto es, el dolo como hecho psíquico, no fundamenta el injusto, sino que sólo es un indicio de la existencia de una falta de motivación, para cumplir la norma. En este sentido acción es la asunción culpable, de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma.¹¹²

La interpretación de la persona, que lesiona la vigencia de la norma, puede observarse, atendiendo al tipo de comunicación dentro de la sociedad; para medir la vigencia de la norma, existen dos tipos de comunicación, dentro de la sociedad: la comunicación instrumental y la comunicación personal.

La comunicación instrumental, puede definirse como la que puede servir, a alguna finalidad o no, pero en todo caso el partícipe, no se encuentra obligado a nada, y por lo tanto en esa comunicación, tampoco es persona. Esta comunicación es comparable al trato con una máquina. En la comunicación personal, por el contrario el otro es algo más, que el objeto de un cálculo estratégico, es un igual, una persona en Derecho, porque en la comunicación jurídica se le considera una esencia racional, incorporada al contrato social.¹¹³

En palabras de Jakobs, este reconocimiento como igual, consiste en una adscripción que no es de forma arbitraria; sino que esta adscripción atiende, a la racionalidad independiente de la comunidad jurídica; aquél que recibe la

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 71

¹¹² *Ibíd.*, p. 75

¹¹³ Véase *Moderna Dogmática*, Op. Cit., pp. 32-33

condición de juridicidad como una atadura, no puede responder, a la cuestión del porque las demás personas, deben tratarle como persona en Derecho.

Sólo ante el perfil, de otro sujeto puede comprenderse el sujeto a sí mismo, naciendo del mismo fundamento lógico que el otro; es decir, de la definición de una norma, en sentido estricto que se encuentra entre ellos. Las normas son el mundo objetivo; objetivo porque determinan la comunicación, y lo hacen con independencia, de las actuales preferencias de cada individuo.¹¹⁴

El sujeto se concibe a sí mismo, pues al concebir, de modo mediado por lo normativo, al otro, pero su propia autorreferencia se mantiene como algo particular: ante el otro se constituye el sujeto, a través de la vinculación a la norma. El mundo vinculante, está siempre restringido forzosamente, al alcance de la norma o normas concebidas.

Los sujetos aparecen, con tal limitación sólo en la socialidad, es decir como portadores de roles o personas; por ello la comunicación no instrumental es una comunicación personal. El Derecho se establece, para aquellos que pueden ser caracterizados como personas en Derecho.¹¹⁵

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 38- 39

¹¹⁵ Esto se apoya, en la Filosofía de Kant y Hegel, ambos coinciden en que para ser persona, es necesario respetar a las demás personas; o en términos de Kant, persona es aquella, cuyas acciones son capaces de imputación, Véase *Moderna Dogmática*, Op. Cit., pp. 38-40

2.4 EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL

A continuación se abordarán, las principales opiniones de Raúl Zaffaroni sobre el concepto de Derecho Penal del Enemigo, que en algunas posturas se oponen a las de Günther Jakobs, en esta parte se abordarán las principales posturas del Enemigo, en el Derecho Penal.

Para Zaffaroni el poder punitivo, siempre ha discriminado a las personas y el poder punitivo, puede llegar a considerar como entes peligrosos o dañinos a algunos seres humanos. A algunos seres humanos, se les señala como enemigos de la sociedad y, por lo tanto se les niega el acceso, a que sus infracciones sean sancionadas, dentro de los límites del Derecho Penal liberal.¹¹⁶

Zaffaroni menciona, que tratar a seres humanos como enemigos, es propio del Estado Absoluto, que por su naturaleza resulta incompatible, con la teoría política del Estado de Derecho. Esto introduce una contradicción, o fragmentación entre la doctrina penal, que admite el concepto de enemigo y los principios constitucionales, del moderno Estado de Derecho.

Para Zaffaroni, el considerar a las personas como enemigos, es propio del Estado Absoluto, que no reconoce las garantías, del Derecho Penal liberal, el considerar a una persona, como enemigo del Estado es contrario, a los principios del Estado Constitucional y una expansión del poder punitivo.

En este contexto la reacción contra el enemigo, es de carácter político, porque la naturaleza del enemigo es política; lo anterior se comprueba, cuando según Zaffaroni se cita Hobbes, y por ende, a la cuestión de la soberanía, materia que es propia de la teoría política.

¹¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, El Enemigo en el Derecho Penal, Buenos Aires Argentina, Ediar, 2007, p. 11

La esencia del trato de enemigo, consiste en que el Derecho le niega su condición de persona, y sólo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso. Cuando se propone distinguir, entre ciudadanos y enemigos, según Zaffaroni se hace referencia a personas, que son privadas de derechos individuales, en razón de que se les deja de considerar personas, y esta es una incompatibilidad con el Estado de Derecho.¹¹⁷

En la medida, en que se trate a un ser humano como algo peligroso, se le niega el carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos. No es la cantidad de derechos, lo que otorga la condición de persona, sino la razón misma en que se basa la privación de los mismos, es decir cuando se priva a alguien de derechos, sólo porque se le considera peligroso.

Si el Derecho Penal, acepta el concepto de enemigo, que resulta incompatible con el Estado de Derecho, lo que corresponde, es una renovación de la doctrina penal del Estado de policía, así como un mayor alcance, de los principios de la teoría política del Estado Constitucional.¹¹⁸

El Derecho Penal, siempre ha legitimado, el tratamiento penal diferenciado contra un enemigo, como se ha mencionado desde Protágoras y Platón puede encontrarse, cierta legitimación para combatir a un determinado enemigo. Platón desarrolló por vez primera, la idea de que el infractor, por su incapacidad para acceder al mundo de las ideas y cuando actúa contrario a las ideas puras puede ser eliminado.

Para Zaffaroni, el concepto de enemigo, es una construcción tendencialmente estructural, del discurso legitimante del poder punitivo, toda teorización legitimante, del tratamiento penal diferenciado, se basa en situaciones de emergencia, que amenazan la existencia misma, de la organización estatal o de la sociedad.¹¹⁹

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 18

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 26

¹¹⁹ Véase, *El enemigo en el Derecho Penal*, Op. Cit., p. 82

Para combatir un determinado mal, es común invocar la emergencia, y esta emergencia trae consigo la guerra, y la necesidad de neutralizar el mal y eliminar todos los obstáculos, para la defensa ante un enemigo en común. Cuando esto sucede el Derecho Penal, se identifica con las medidas administrativas de coerción, que son aquellas que eliminan el peligro que representa el enemigo.

Zaffaroni menciona que frente a la emergencia, pierde todo sentido la distinción, entre la coerción que ejerce la policía, y la que se práctica en la imposición de una pena; para el citado autor, ambas pasan a tener la misma naturaleza discursiva.¹²⁰

La conversión de todas las penas, a coerción directa importa considerar, que toda infracción es parte de una agresión actual, y por ende, todo el poder punitivo, se ejerce en situación de legítima defensa, lo que habilita la lesión al ofensor, en la medida necesaria para contener la agresión, sin importar la magnitud del daño que se le provoca. Por este camino, se racionaliza la legitimación de la tortura en todo planteo inquisitorial de emergencia.¹²¹

Para Zaffaroni, la doctrina actual del Derecho Penal, dejó a un lado las teorizaciones basadas en discursos teocráticos y biólogos, dando lugar a un retorno al idealismo Platónico, y se tendió a dejar al extraño, fuera del Derecho Penal, para librarlo a medidas policiales; con esto Zaffaroni da paso a la crítica que elabora contra Günther Jakobs.

Zaffaroni menciona, que hay un retorno a la filosofía idealista de Hegel; pues para Hegel, toda relación jurídica presupone la libertad de la voluntad, pues quien no es autoconsciente, no puede entrar en la relación jurídica; porque el Derecho pertenece a lo espiritual.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 82

¹²¹ *El Enemigo en el Derecho Penal*, Op. Cit., p. 82

Con este componente Hegeliano, Zaffaroni menciona que Jakobs empieza elaborando su teoría funcionalista. Así como hay un retorno a las ideas de Hegel, el mencionado maestro dice que Jakobs coloca, como garante de su teoría a Niklas Luhmann, que fue el sociólogo sistémico, de la recepción alemana de esa corriente y que la radicalizó en sus elaboraciones, en especial en su teoría de la sociedad.¹²²

Zaffaroni al abordar la teoría de Jakobs, menciona que esta se compone de elementos Hegelianos, mezclados con las posturas de Luhmann, y con una exaltación del funcionalismo ético de Hans Welsel. Para Zaffaroni, Jakobs da una vuelta radical al normativismo, acompañada de un crecimiento, del poder punitivo. En este sentido Jakobs, asigna un fortalecimiento a la prevención general positiva, mediante la ratificación simbólica de la vigencia de la norma.¹²³

Para el maestro Zaffaroni, la construcción teórica de Jakobs, se aproxima a la reducción de todas las acciones a omisiones, lo que conduce a la normativización jurídica, de los roles sociales y al criterio básico de imputación objetiva como violación de roles. Ante esta postura el bien jurídico, se ve opacado frente a la función, de fortalecimiento de la confianza en el sistema, que se convierte en el único bien jurídico. Dice Zaffaroni, que en este punto Jakobs, se inspira en el sistema Hegeliano, en que todos los bienes jurídicos se disolvían en el Estado.

Zaffaroni menciona, que el extremo normativismo de todos los conceptos, lleva a alterar tan radicalmente, los contenidos de las categorías del delito, que es difícil a corto plazo un diálogo común, entre los diversos especialistas, que ateniéndose a las denominaciones, será inevitable que se refieran a concepciones diferentes.¹²⁴

¹²² Zaffaroni, Eugenio Raúl, En torno de la Cuestión Penal, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, S.R.L, 2005, P. 93

¹²³ Ibidem, p. 94

¹²⁴ Ibidem, p. 95

Ante este tipo de objeciones, Jakobs empieza citando, un principio de Aristóteles que dice; que quien no puede fundamentar ningún principio de comunidad pública, no es sujeto en el ámbito público, y quien sólo conoce un principio fantástico, tampoco lo es fuera del ámbito de lo fantástico.¹²⁵

Jakobs en su obra dice que la objeción de que el Derecho Penal funcional es hostil al sujeto, no es compatible ni con la relación teórica ni con la relación práctica que existe entre socialidad y subjetividad, sino que por el contrario al tomar al sujeto en su forma abstracta oculta su realidad.

Esta objeción deriva de que algunos autores, muestran una confusión entre la perspectiva social-funcional, y un modelo social de orientación colectivista y totalitaria; sin embargo la perspectiva funcional, no está atada a un modelo social determinado.

Las sociedades, poseen un instrumento, para tratar los conflictos que se producen de forma cotidiana. Desde una perspectiva funcional, lo más importante, es la fuerza de autoconservación del sistema, para regresar al equilibrio, que fue desestabilizado por algún conflicto.

¹²⁵ Moderna Dogmática, Op. Cit., p. 14

2.5 TEORÍAS DE LA FRAGMENTACIÓN

A continuación se abordarán, las principales formas de la fragmentación penal del Estado de Derecho, empezando por el moderno Estado de excepción, y la idea de la seguridad, que es acompañada de la criminalización, en el estadio previo a la lesión, del bien jurídicamente tutelado.

2.5.1 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO EXPRESIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

La doctrina constitucionalista y penal de la actualidad, discute la naturaleza del Estado de Excepción, o como suelen denominarlo algunos autores, *hostis iudicatio*, para algunos tratadistas, la exclusión de algunas personas, del circuito de comunicación, es un claro indicio de la existencia del Estado de Excepción en el Estado de Derecho.¹²⁶

Desde todo lo que anteriormente se ha comentado, el Derecho Penal del Enemigo constituye el germen del Estado de Excepción, en el Estado de Derecho. En este sentido el Derecho Penal del Enemigo, se convierte en un instrumento de lucha dirigido a combatir la delincuencia organizada.

La doctrina constitucionalista; es la que con mayor frecuencia aborda el problema del Estado de Excepción. Es común escuchar, que los constitucionalistas, admiten la duplicidad de un sistema jurídico; por un lado se encuentra el sistema ordinario o legal, y por otro se encuentra el sistema extraordinario o factual.

Entre la constitución y la excepcionalidad, parece existir una dicotomía; por un lado esta la salvaguarda de las instituciones, y de la identidad normativa de la sociedad, y por otra parte se encuentra la normalidad constitucional, que tutela los Derechos y garantías fundamentales, de todas las personas, ambos

¹²⁶ Cornacchia Luigi, La Moderna Hostis Iudicatio, Entre Norma y Estado de Excepción, en Cancio Meliá Manuel, Gómez Jara Díez, Carlos, Op. Cit., Volumen 1, p. 420

sistemas jurídicos coexisten, en el orden jurídico; y la consecuencia de esta coexistencia, es el denominado Estado de excepción, que permite que la excepcionalidad, pueda ser una opción válida.

El Estado de excepción, como ruptura de la normalidad constitucional, bajo el presupuesto de una valoración, de inevitabilidad, comúnmente comporta la suspensión, de algunos principios constitucionales; no obstante no deben eliminarse, sino que esta eliminación debe ser provisional, teniendo en cuenta que una vez que el peligro cese, regresaran las cosas a la normalidad.

Sin embargo, la situación es diferente cuando, el Estado de Derecho vive en situación constante de emergencia, y ante esta situación el Derecho Penal del Enemigo constituye, la cristalización formal del Estado de emergencia, en el Estado de Derecho.

El Estado de Derecho, ante esta situación de permanente emergencia, retoma como concepto central la seguridad pública, que viene a coincidir con el concepto de seguridad interior de la Nación. Los Estados modernos y principalmente el Estado social de Derecho, buscan legitimarse para gobernar la seguridad interior, en el gobierno represivo-preventivo de los conflictos.¹²⁷

El sistema de justicia penal, en esta situación es más valorizado, como recurso simbólico para tranquilizar sentimientos individuales de inseguridad, dada la incapacidad, para garantizar niveles satisfactorios de seguridad real.

El gobierno de la seguridad, revalora la concepción originaria, del Estado de Derecho de pleno respeto a los derechos fundamentales. En el gobierno de la seguridad, el bien público de la seguridad, se corresponde con la necesidad de ser o de sentirse seguros, de que todos los participantes del contrato social, se comportarán como personas en Derecho.

¹²⁷ Sergio Moccia, Seguridad y Sistema Penal, en Cancio Meliá-Gómez Jara Díez, Op. Cit, vol. 2, p. 299

El término seguridad, en general, no va referido a la tutela de los bienes colectivos, siempre menos percibidos como bienes; en realidad, las víctimas de la falta de tutela de los bienes colectivos, y por tanto de la seguridad colectiva, son poco visibles, no tienen todavía aquella fisonomía de víctima, con la que la denominada opinión pública, puede identificarse fácilmente. Son más ocultas, las propias víctimas, muchas veces no se perciben a sí mismas como tales.¹²⁸

Una construcción de redes preventivas, para la tutela de este tipo de seguridad, a través de la predisposición de controles preventivos. El término seguridad, no es empleado tampoco en otra acepción, mucho más significativa: garantizar la seguridad de acceso, a los derechos propios a quien no goza, de dicha seguridad.

El término seguridad, actualmente aparece considerado en un solo aspecto: el de la tranquilidad de la vida ciudadana, frente a las agresiones urbanas, a bienes individuales llevadas a cabo por personas, procedentes de sectores sociales de marginación.¹²⁹

En este sentido, el concepto de seguridad nacional, pública, urbana, acaba avalando tendencias, hacia una tutela penal, orientada hacia la tolerancia cero, endurecimiento de sanciones, extensiones y anticipaciones, de la tutela en el plano de los tipos penales.

La idea de la seguridad, también influye de modo importante, en el plano de la dogmática penal, en lo que la moderna Dogmática Penal, denomina criminalización, en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, de esta forma surge una fragmentación, en el Estado de Derecho.

Günther Jakobs, menciona ciertas disposiciones, que tienden a aceptar la anticipación de la punibilidad; se puede partir de la tendencia, a la

¹²⁸ *Ibidem*, p. 301

¹²⁹ *Ibidem*, p. 302

subjetivización, que se nutre del concepto de culpabilidad. Además hay argumentos preventivo-policiales, a favor de estas anticipaciones.¹³⁰

En este sentido, el autor viene definido por sólo por el hecho, de que puede constituir, un peligro para el bien jurídico, con esto se puede anticipar, la tutela penal, sin límite alguno, el autor o posible autor todavía no realiza una acción socialmente relevante.

El autor, no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito, para una conducta todavía no socialmente relevante, sino que es sólo una fuente de peligro, o en otras palabras su existencia misma, representa un peligro para el bien jurídico, y por lo mismo se convierte en un enemigo del mismo. En un desarrollo de este criterio, se criminalizan los pensamientos peligrosos, de autores potenciales.

Para combatir esta fuente de peligro, desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, el Estado de Derecho se fragmenta, al crear los delitos de peligro abstracto; cuya principal característica, es atender a las desviaciones del estándar del ciudadano.

En su generalidad, los delitos de peligro abstracto, definen las anticipaciones de punibilidad, en tanto que su consumación no depende de la lesión de un bien jurídico. En un primer grupo, de delitos de peligro abstracto, concurre un comportamiento externo y perturbador; sólo se determina mediante una generalización, a la tendencia a la producción de un daño.¹³¹

Esto sucede, cuando una conducta tipificada, de un determinado modo es definida como perturbadora, porque puede producir efectos externamente perturbadores. En el delito de peligro abstracto, se criminaliza una conducta que no sería peligrosa, o lo sería en una medida muy limitada sin un comportamiento sucesivo.

¹³⁰ Jakobs, Günther, Moderna Dogmática, Op. Cit., p. 393

¹³¹ Ibídem, p. 411

El problema consiste, en que la conducta, puede dar comienzo a un curso causal peligroso, porque la realización del peligro, sólo es inminente por hechos, que quizá no hayan sido ya proyectados, y que en todo caso no pueden valorarse como una perturbación externa.

Jakobs cita, el ejemplo de que quien se procura un arma, se encuentra en el estadio preparatorio de un delito, que se haya de cometer con ella y, a pesar de esto, incluso un Estado de libertades, difícilmente tolerará que los ciudadanos adquieran armas de alto calibre.¹³²

Los delitos de peligro abstracto, son la vía por medio de la cual, el Estado de libertades, busca combatir un peligro futuro de propios y extraños, ante esto los ciudadanos, tienen que ceder un fragmento de su privacidad, para el bien de la comprobación pública de la seguridad.

En los delitos de peligro abstracto, el injusto únicamente se compone de la conducta en su abstracta peligrosidad. En este sentido el autor o posible autor solo se arroga, a la ejecución de un comportamiento, abstractamente peligroso.¹³³

En este tipo de delitos, el autor hace públicos sus actos preparatorios, reales o imaginarios, estos actos el autor, los ejecuta de forma, que pueden ser percibidos o detectados sin necesidad, de intervenir directamente en su vida privada.

Con los delitos de peligro abstracto, el Estado de libertades busca combatir todo tipo de riesgos, en este sentido la conducta injusta, consiste en una aparente y notoria elevación del riesgo, desde la perspectiva del afectado, o de los posibles afectados, esta conducta injusta, atenta contra la vigencia de la norma, porque el riesgo se aparta de la garantía normativa, de ofrecer seguridad en las expectativas.

¹³² *Ibídem*, p. 413

¹³³ *Moderna Dogmática, Op. Cit.*, p. 415

El Estado de Derecho, si bien no se anticipa discrecionalmente, a la lesión de un bien jurídico, lo que si le resulta posible, es fragmentar el bien jurídico de forma parcial, en el que si bien no se lesiona el bien jurídico, si puede lesionarse una norma de flaqueo, cuya misión principal, es garantizar las condiciones de vigencia, de las normas principales.¹³⁴

La principal función, de estas normas de flaqueo, es garantizar las condiciones de vigencia, de las normas principales; es decir asegurar las expectativas, de que la norma es reconocida, y no se atentará contra su vigencia en el futuro. Una persona puede lesionar una norma de flaqueo, si hace públicos sus actos, preparatorios, reales o supuestos.¹³⁵

Lo anterior puede constatarse, cuando una persona amenaza con perturbar la paz jurídica, con menoscabar la vigencia de la norma. Si la amenaza o provocación, no tiene resultado, falta el injusto correspondiente, al acto preparatorio, pero si el autor ha hecho público su pensamiento, de perturbar la paz jurídica, incurrirá en responsabilidad penal por ese sólo hecho.

Con lo anteriormente mencionado, puede concluirse que el Estado de Derecho, puede fragmentar bienes jurídicos, y una vez que se han fragmentado, el Estado de Derecho, se autoriza a sí mismo para actuar de forma preventiva, para mantener la vigencia real del orden jurídico.

¹³⁴ Martínez Álvarez, Isabel Claudia, El Derecho Penal del Enemigo, México, Porrúa, 2009, p.

61

¹³⁵ Moderna Dogmática, Op. Cit., p. 421

CAPÍTULO III FENÓMENOS EXPANSIVOS

3 FENÓMENOS EXPANSIVOS

A continuación, se abordarán las principales características, de los Fenómenos expansivos del Derecho Penal. Antes de entrar de lleno a tales fenómenos, debe mencionarse, que así como en curso de la historia, las ideas del garantismo y de los derechos fundamentales, se expandieron a todo el mundo, un fenómeno de igual naturaleza, puede palpase en el Derecho Penal, a partir del año de 2001.

3.1 EL AÑO 2001 COMO PUNTO DE PARTIDA A LA EXPANSIÓN

El Derecho Penal, es la principal herramienta con la que cuenta el Estado, para proteger bienes jurídicos; a partir del año 2001, con el atentado a las torres gemelas en los Estados Unidos, la sociedad global, observó la necesidad de crear nuevos bienes jurídicos, dando como resultado, de estos nuevos bienes jurídicos, la expansión del Derecho Penal, que es vista como un criterio común en casi todas las legislaciones penales.

La referencia a la expansión, o transformación del Derecho Penal, constituye un tema de relevancia, tanto para la política criminal actual, como a las instituciones dogmáticas. Esta transformación es palpable, ya sea desde la política criminal, o de la dogmática jurídico-penal; como anteriormente se ha mencionado, estos cambios políticos y jurídicos no son exclusivos, de un solo país sino que corresponden a un contexto de carácter global.

A partir del atentado, a las Torres Gemelas y al pentágono el 11 de septiembre de 2001, la gran mayoría de las legislaciones penales, en Latinoamérica y en Europa han cambiado, algunos principios garantistas alterando la unidad sistemática del *ius puniendi*, en materia de legalidad.

Este Derecho Penal de la expansión, pide a la mayoría de las legislaciones, centrar su actuar en la delincuencia económica, organizada y en modalidades delictivas relacionadas con está. Con este Derecho Penal de la globalización, surge una homogeneización, de los criterios dogmáticos de imputación en un plano global, dando origen a un carácter supranacional del Derecho Penal.¹³⁶

La causa principal, por la que el Derecho Penal se expande, es la necesidad de homogeneizar criterios dogmáticos y políticos en el Derecho Penal, no sólo en el contexto nacional o estatal, sino atendiendo a criterios de carácter supranacional; por citarse un ejemplo la determinación de algunas estructuras lógico-objetivas como la acción, la culpabilidad, la imputación.

Lo anterior, determina que la ciencia del Derecho Penal, sea vista de una forma global, universal, desvinculada de referencias, espacio-temporales, independiente de culturas, formas de pensar, formas de observar las normas jurídico-penales, donde los actuales, fenómenos expansivos del Derecho Penal buscan la posibilidad, de construir un modo completo y uniforme, de las estructuras del Derecho Penal, en un contexto de carácter global.

Una de las características, del Derecho Penal de la globalización, es la importancia, que el mismo le otorga al delito económico organizado, tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada.

La delincuencia de la globalización; que puede ser vista, donde son utilizados los avances tecnológicos, donde el marco económico es cambiante, ante este marco, se tiende a asignar menos garantías, por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente, al ámbito de la clasificación denominada legislación excepcional, a la que se tiende asignar, menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene.¹³⁷

¹³⁶ La Expansión del Derecho Penal, Op. Cit., pp. 95-96

¹³⁷ Silva Sánchez, Op. Cit., p. 106

En el plano procesal, la configuración del Derecho Penal de la globalización, como un instrumento represivo, que da respuesta a las exigencias de la política, que determina el conflicto, entre los sistemas orientados al principio de legalidad y aquellos en los que rigen, de modo general el principio de oportunidad, la posibilidad de acuerdos.

La globalización como fenómeno económico, no se limita a producir o facilitar la actuación de la macrocriminalidad, también incide sobre la microcriminalidad en tanto que criminalidad de masas. Así los movimientos de capital, y de mano de obra, que se deriven de la globalización, de la economía, determinan la aparición en occidente de capas de subproletariado, de las que puede proceder un incremento, de la delincuencia patrimonial de pequeña y mediana entidad.¹³⁸

A finales del siglo XIX, en Europa tuvo lugar un fenómeno, que había de modificar de forma sustancial, el concepto de Derecho Penal. Como consecuencia de la industrialización, se produjo un movimiento masivo de emigración hacia las ciudades.

Sin embargo, ni las ciudades ni la industria, estaba preparada para la situación, que estaba ocurriendo; por un lado el proletariado que había emigrado en algunas situaciones, empezó a quedar marginado, y esto dio origen a que naciera, en esta etapa la delincuencia de modo reiterado, principalmente la delincuencia de carácter patrimonial.

En este contexto, la concepción clásica de la pena, se reveló insuficiente, se necesitó, que la sanción penal enfrentara la nueva realidad. De esta forma nació la pena, en términos preventivo- especiales. Ésta por su parte, tenía tres manifestaciones, como medio de intimidación individual, como instrumento de resocialización, como mecanismo de inocuización.¹³⁹

¹³⁸ *Ibíd*em, p. 112

¹³⁹ *Op. Cit.*, p. 113

Con lo anterior, se sentaban las bases del actual fenómeno expansivo, del Derecho Penal, que es el Derecho Penal de las medidas de seguridad; que lo que busca no es tomar como referencia la culpabilidad, sino la peligrosidad o la aparente peligrosidad de las personas.

Las décadas posteriores, a la segunda guerra mundial pusieron de relieve, que la prevención especial del siglo XIX desaparecería, y que en los ordenamientos del Estado de Derecho, debería consagrarse la idea resocializadora, de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad.

Sin embargo en la actualidad, se ha replanteado la situación por parte de los Estados, debido al fenómeno de la migración tanto en Estados Unidos, como Europa, muchos de los emigrantes, carecen de permiso en los principales países Europeos y en Estados Unidos.

Este fenómeno de la migración, ha sido una de las causas, que ha originado esta expansión del Derecho Penal; porque para los Estados Europeos, como para Estados Unidos, estas personas que emigran, constituyen una criminalidad, que puede llegar a constituir, una habitualidad y profesionalidad y constituyen un riesgo, para sus sociedades, y para defenderlas recurren al Derecho Penal.

Como ya se ha mencionado anteriormente, la globalización ha provocado una tendencia, hacia la universalización del Derecho y principalmente del Derecho Penal. Esto ha provocado que diversas legislaciones, unifiquen criterios, tal como pasa en el caso del Derecho Penal del Enemigo, que elimina las barreras de punición, que anteriormente tenían algunos Estados.

La idea de la inseguridad, también influyó considerablemente en esta expansión, generalización del Derecho Penal, ya que en la población mundial, se ha difundido el sentimiento de inseguridad, que no parece guardar exclusiva

correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la cobertura mediática, de los sucesos peligrosos o lesivos.¹⁴⁰

Ante esta idea generalizada, de la inseguridad Augusto Sánchez menciona, que la inseguridad es producto, de la desazón que sufren las personas, por la incapacidad de tener ellas mismas, su propia seguridad o para defender ellas mismas por propia mano.¹⁴¹

Lo anterior, sumado al acelerado cambio tecnológico, y a la extendida percepción social, de que la moderna sociedad tecnológica, conlleva una notable transformación, de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la seguridad colectiva. Todo esto demanda, la intervención del Estado, para prevenir riesgos, y eso se aplica entre otras cosas a la política criminal.

El espectro de la inseguridad, se hace patente en la política criminal, haciendo que esta proporcione respuestas, a partir de cuatro rasgos: en primer lugar una notable ampliación de los ámbitos objeto de intervención penal, la cual pretendería incidir, sobre nuevas realidades sociales preexistentes.

Para Sánchez Sandoval, una buena política criminal que atienda el problema de la inseguridad, debe incidir en la creación de políticas públicas, que se basen en el diagnóstico de la fenomenología de la criminalidad, así como en la evaluación de la funcionalidad, de los operadores en las instituciones de la administración del Derecho.¹⁴²

También influye, en la expansión modernización del Derecho Penal, el hecho de que sea blanco, de transformación de la nueva política criminal, la cuestión de que ciertas organizaciones sociales, soliciten la intervención penal de acuerdo, a sus intereses tales como las organizaciones ecologistas, los programas de la izquierda política. Otro factor de gran relevancia, a esta

¹⁴⁰ Canció Meliá Manuel- Gómez Jara Díez Carlos, Vol. 1, Op. Cit., p 556

¹⁴¹ Sánchez Sandoval, Augusto (coordinador), Seguridad Pública Y La Teoría de los Sistemas, En la Sociedad Del Riesgo, México, Porrúa, 2007, p. 101

¹⁴² Ibidem, p.102

expansión del Derecho Penal, es la relativa a considerar el Derecho Penal, como el mejor instrumento de control social.

La contundencia socializadora, del Derecho Penal se considera más eficaz, en la prevención de conductas, que en otras medidas de política económica o social, o que intervenciones llevadas a cabo, en el seno de otros sectores jurídicos, como el Derecho Civil o el Derecho Administrativo.¹⁴³ El Derecho Penal, resultante de esta política criminal expansionista, podría resumirse en; un incremento de la criminalización de comportamientos, creación de nuevos bienes jurídicos, predominio de los delitos de peligro abstracto, significativas modificaciones a la doctrina de la imputación.

Esta política criminal no es exclusiva de un Estado, y para demostrar que es una ola expansionista, de esta política criminal, a continuación se observará este fenómeno en Argentina y Colombia, donde puede apreciarse, este fenómeno, debido a que ambos países han introducido en sus leyes penales, el Derecho Penal del Enemigo.

3.2 EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN ARGENTINA

A continuación, se abordarán las principales figuras, del Derecho Penal del Enemigo en Argentina, en la legislación antiterrorista del mencionado País pueden, apreciarse las principales características del Derecho Penal del Enemigo; ampliación de los espacios de riesgo, tipos penales abstractos, así como todo lo relacionado a esta política criminal, expansionista.

La legislación antiterrorista, que en el mundo se ha venido dictando, después del 2001, ha producido una inflación legislativa en muchos casos contradictoria y poco eficaz, para combatir lo que de peligroso, tienen las actividades de victimización masiva.¹⁴⁴

Existe el peligro a nivel mundial, que con el pretexto de lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, los gobiernos aumenten sus fuerzas, para terminar con la sensación de beligerancia, y suprimir cualquier tipo de

¹⁴³ Cancio Meliá Manuel- Gómez Jara Díez Carlos, Vol 1, Op.Cit, p. 557

¹⁴⁴ El Antiterrorismo y los Derechos Humanos, (a propósito de la sanción de la ley de financiación del terrorismo en Argentina), ensayo disponible en: www.urbeetius.org/newsletters128/docs/Bailones.doc, pág. 1.

oposición. En el clima actual, pueden cuestionarse algunas de las medidas, antiterroristas y en general contra la criminalidad organizada, posteriores al 11 de septiembre de 2001.

La legislación antiterrorista en Argentina, ha producido una inflación legislativa y poco eficaz, en la realidad para combatir lo que de peligroso, tienen las actividades de victimización masiva. En el Derecho Penal Argentino se ha producido una transformación del status del ciudadano.

La Ley Antiterrorista, aprobada por el Senado y la Cámara de Diputados, de la Nación Argentina, aprobada en Buenos Aires Argentina, el trece de junio del año 2007, incorpora al código penal argentino, el capítulo VI, en el Título VIII del Libro Segundo del Código Penal Argentino, lo relativo a las Asociaciones ilícitas terroristas y al financiamiento del terrorismo.

Una apreciación bastante notable, del Derecho Penal del enemigo en dicha ley, es la incorporación del Artículo 213 ter, al Código Penal de la Nación Argentina, dicho numeral menciona, que se impondrá reclusión o prisión de, cinco a veinte años, al que tomaré parte de una asociación ilícita, cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos aterrorizar a la población, u obligar a un gobierno o a una organización internacional, a realizar un acto o abstención, que tenga por característica propagar el odio, étnico, religioso o político, así como la disposición de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos, cuya finalidad sea poner en peligro la vida o la integridad de las personas.¹⁴⁵

El mismo artículo en su apartado, quater, menciona que será reprimido con prisión de cinco a quince años, al que recolectaré, bienes, dinero, con conocimiento, de que serán utilizados para financiar una asociación terrorista, a un miembro de las mismas, para la comisión de cualquier delito.

Un punto, que debe resaltarse, es que esta ley crea, una unidad de información financiera, cuya principal tarea es la de impedir el delito de lavado de activos, provenientes de delitos relacionados con el tráfico y comercialización de estupefacientes, delitos relacionados con la prostitución de menores, delitos de contrabando de armas.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Véase, Ley Antiterrorista, de la Nación Argentina, disponible en http://www.originarios.org.ar/civitas/modulos/noticias/adjunto_13447_1.pdf

¹⁴⁶ Véase, Artículo, 4º, de la ley en cita

La Ley Penal en Argentina, se compone de un programa que básicamente, se compone de políticas para combatir de forma efectiva, el crimen internacional organizado, antiblanqueo de capitales, y control de la inmigración o migración.

Ante esta situación, Zaffaroni ha mencionado que desde las medidas racionales, de prevención que nadie discutiría seriamente, es fácil el desplazamiento hacia la quiebra de la regla del Estado de Derecho, y a su vez, de ésta al crimen de Estado, originando una contradicción permanente en el Estado de Derecho.¹⁴⁷

Ningún crimen de Estado, se comete sin ensayar un discurso justificante, y el riesgo en tiempos de terrorismo, y delincuencia organizada, es la prevención de crímenes de destrucción masiva e indiscriminada, si bien fuera de toda duda es, imprescindible, pase rápidamente a ser la nueva justificación del crimen de Estado.¹⁴⁸

Es fundamental estudiar las leyes, que pretenden imponer los organismos internacionales a la luz del Derecho Constitucional. Ciertos organismos que dicen luchar contra el terrorismo, nunca han propiciado dentro de sus instituciones, un debate sobre la adecuación de la legislación antiterrorista, con los derechos humanos.

Las políticas criminales internacionales contra el terrorismo, dirigidas a la convergencia y coordinación de estructuras legales y sistemas operacionales, es una tendencia hacia una forma de hacer política, que se caracteriza por un consentimiento forzado.

Consentimiento forzado, al que sigue la dominación de temas, como seguridad y violencia, asuntos que se encuentran cargados políticamente, pero excluidos de los debates políticos. La consecuencia de esto consiste entonces, en una

¹⁴⁷ El Enemigo En el Derecho Penal, Op. Cit.,p.12

¹⁴⁸ El Antiterrorismo y los Derechos Humanos, Op. Cit., p.2

escalada de acciones represivas y un incremento de competitividad, entre los políticos para ver quién presenta las políticas más duras.

Las leyes en Europa, han producido cambios en el Derecho Penal tradicional del Estado de Derecho, introduciéndose mecanismos autoritarios, y limitantes de derechos, lo mismo ha ocurrido en América latina, y en este caso en la legislación Argentina.

La cooperación internacional, la posición de la policía y de los servicios secretos abogan, por el predominio del concepto de prevención y por la retirada del Derecho Penal tradicional, que fue diseñado, acorde a los preceptos constitucionales y a los Derechos Fundamentales.

En el Derecho Penal del Enemigo argentino, se da un concepto de terrorismo difuso, reñido con el principio de legalidad, al mismo tiempo, que abre la puerta de la analogía, en el sistema penal argentino. Estos tipos penales abiertos, posibilitan la incriminación, de conductas de violencia espontánea o social, que nada tienen que ver con el terrorismo. Por esta vía, podría ser castigado a título de terrorismo, cualquier tipo de manifestaciones, de disidencia política, dando paso a una verdadera criminalización de las protestas sociales.

En la legislación Argentina, se busca destruir las bases económicas y financieras del terrorismo, a partir de una consideración errada, por parte de los países centrales, que tiende a exportarse cada vez más, a los países de Latinoamérica; y que es estimar que el terrorismo, es una forma de crimen organizado, como el narcotráfico, la trata de personas, y en general la criminalidad económica.

Terrorismo y crimen organizado, no son equiparables porque existen diferencias de carácter teleológico y operacional. El terrorismo, tiene una finalidad política, por otra parte, el crimen organizado tiene una finalidad lucrativa, la diferencia operacional, radica en que el terrorismo tiende a comunicar socialmente un mensaje, en cambio la criminalidad organizada reclama en silencio y encubre sus actos.

En consecuencia, el terrorismo no puede equipararse en su tratamiento a la criminalidad económica, porque si bien, se estructura como organizaciones criminales, que forman redes internacionales, y se financian a través de actividades delictivas, propias de la criminalidad económica, debe resaltarse que la característica esencial del terrorismo, es atacar contra bienes jurídicos teniendo una finalidad política.

Se crean tipos penales abiertos, donde existe un adelantamiento exagerado, de la barrera de protección penal, donde el nivel probatorio que se necesitará, no podrá alcanzarse, salvo que se incurran en violaciones graves a las garantías individuales.

En Latinoamérica se difunde la idea, de que creando tipos penales abiertos, por recomendación de organismos internacionales, se soluciona de forma eficaz el problema de la criminalidad organizada. Y para ello, se vulneran garantías individuales, preceptos constitucionales, y las normativas del derecho internacional de los derechos humanos.

En el Derecho Positivo Argentino, podemos encontrar una definición indeterminada, de lo que es el enemigo público, anteriormente se ha mencionado, que una de las principales características del Derecho Penal del Enemigo, es la criminalización en el estadio previo, es decir se anticipa la consumación, para conceder a la policía la posibilidad de intervenir.

En el artículo 209, del Código Penal de la Nación Argentina, podemos encontrar un claro ejemplo, de lo que es un delito de peligro abstracto; dicho numeral menciona que; todo aquél que públicamente instigará, a cometer un delito determinado, contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Véase Artículo, 209 del Código Penal de la Nación Argentina.

El artículo 209, del Código Penal de la Nación Argentina, es un claro ejemplo, de lo que es la criminalización, en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, porque el autor, viene definido tan sólo por el hecho, de que puede constituir un peligro, y por ello cabe anticiparse sin límite alguno. El autor no tiene, ninguna esfera privada, ningún ámbito, para una conducta todavía-no-socialmente-relevante, sino que sólo es un enemigo del bien jurídico.¹⁵⁰

Esta situación de la punibilidad, en el Derecho Argentino es equiparable a la nuestra, en el caso del terrorismo, que en el caso de la amenaza de cometer el delito de terrorismo, se aplicará una pena de cinco a quince años de prisión, así como las disposiciones comunes, que menciona el artículo 142 del código penal federal, en el caso de la instigación a cometer delitos contra la seguridad de la nación.¹⁵¹

Como ya se ha mencionado anteriormente, el Derecho Penal del enemigo, también busca combatir la delincuencia de carácter económico; esta situación se ve reflejada, en la Ley Penal Tributaria de Argentina. Algunos tratadistas argentinos, se han preocupado por desentrañar las penas en materia de impuestos.

En el Derecho Penal Tributario Argentino, se pueden apreciar aristas muy especiales, que identifican al Derecho Penal del Enemigo, porque las normas que tipifican delitos e infracciones tributarias, así como sus sanciones, no se encuentran detalladas en el Código Penal, sino en legislaciones especiales.¹⁵²

La Ley Penal Tributaria en Argentina, hace alusión al enemigo evasor de impuestos, en su artículo primero, dicha ley menciona, que será reprimido con prisión de dos a seis años, el obligado mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier engaño, ya sea por acción o por comisión

¹⁵⁰ Moderna Dogmática, Op.Cit., p. 393

¹⁵¹ El artículo 142, del código penal federal mexicano, establece que al instigue, incite, o invite a la ejecución de los delitos, previstos en el título relativo a los delitos contra la seguridad de la nación, se le aplicará, la misma penalidad señalada en el delito de que se trate.

¹⁵² Análisis de la Ley Penal Tributaria No 24. 769. Análisis Exegético, por Álvarez Echagüe, Juan Manuel, ensayo disponible en <http://www.aeyasoc.com.ar/articulo14.pdf>

evadiera total o parcialmente, el pago de tributos al fisco nacional, siempre que el monto evadido exceda los cien mil pesos (\$100 000).¹⁵³

La Ley Penal Tributaria, en Argentina en su artículo segundo, hace alusión al enemigo, que evade impuestos de forma agravada, imponiendo una pena de tres años y seis meses, a nueve de prisión cuando el monto evadido, supere la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), la misma pena se le impondrá a todo aquél, que ayude al sujeto obligado a evadir su obligación.

Otro ejemplo, que puede encontrarse en la Ley Penal Tributaria Argentina, sobre el enemigo evasor, es el relativo a la obtención fraudulenta, de beneficios fiscales, ante esta situación la ley en cuestión, reprime con prisión de uno a seis años, al que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas, por acción u omisión, obtuviere un reconocimiento o autorización para gozar de una exención.¹⁵⁴

En este caso, no es necesario que el autor perciba el beneficio, sino que basta con el solo hecho, de poner en práctica el engaño, por lo cual no es un delito de peligro concreto, ya que no impone el resultado del desplazamiento patrimonial, para que se configure el ilícito. Se trata de un tipo en blanco, porque para determinar, cuándo corresponde un beneficio fiscal, debe recurrirse a la legislación tributaria procesal.¹⁵⁵

Este último ejemplo, coincide con el aspecto, de que si los hechos no se han correspondido con la expectativa normativa, estos son declarados defectuosos, lo que significa que aunque sean hechos, no pertenecen a los datos de orientación, como esto no sucede, los hechos quedan definidos en función de la conexión con el autor.¹⁵⁶

¹⁵³ Véase, Ley Penal Tributaria en Argentina, Art, 1º

¹⁵⁴ Véase, Ley Penal Tributaria en Argentina, Art, 4º

¹⁵⁵ Álvarez Echagüe, Juan Manuel, Op. Cit.

¹⁵⁶ Moderna Dogmática, Op. Cit, p. 127

Con estos ejemplos, puede apreciarse como en Argentina, al evasor se le considera un enemigo de la sociedad, porque esta última así lo considera. Algunos tratadistas en Argentina, mencionan que es más grande el ataque al bien jurídico de la hacienda pública, que el ataque al bien jurídico de la vida.

Siguiendo la línea que se ha mostrado, el Derecho Penal garantiza la expectativa, de que quién está al Derecho no se va a comportar culpablemente, lo que significa que va a mostrar fidelidad al Derecho, y en caso de que no muestre una fidelidad suficiente, esto es de su incumbencia, es decir, su culpabilidad, y no un error de quien tiene una expectativa.

El grado suficiente de fidelidad al Derecho, no se determina según el estado psíquico del sujeto, sino que se establece como objetivo, a través de una pretensión que va dirigida a cada ciudadano; es decir se trata de un parámetro.

La Doctrina penal argentina, estudia las percepciones de Günther Jakobs para explicar esta modernización-expansión del Derecho Penal, en sus leyes, principalmente en materia penal y tributaria. Graciela Manonellas, menciona que la sociedad es consciente de los riesgos, y esto conduce, a que se le exija al Derecho, que la imposición de penas sea preventiva de una manera perceptible.

Sin embargo, la prevención mediante pena, concebida esta como pena impuesta jurídicamente, se ve sujeta a limitaciones, que una sociedad consciente del riesgo, como la argentina no acepta porque le resultan demasiado restringidas; y de este modo surge la necesidad, de un balance en las leyes argentinas entre juridicidad y efectividad.

La incompatibilidad entre juridicidad y efectividad, constituye el actual problema del Derecho Penal Argentino, los tratadistas argentinos, retoman el concepto de persona como garante, de una garantía cognitiva de que se va a comportar como persona.

En la República Argentina, existen personas que en materia tributaria, no prestan esta garantía cognitiva, y por ello han crecido los niveles de evasión, evidenciándose las tasas más altas en ganancias, bienes patrimoniales e IVA.

3.3 EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN COLOMBIA

En el código penal colombiano, claramente pueden apreciarse algunas figuras, que ya se han detallado anteriormente, desde el punto de vista de la política criminal, como de la dogmática penal.

Anteriormente se ha abordado, el problema de la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, lo que caracteriza esta problemática, es el hecho de que las conductas, puedan dar comienzo a un curso causal peligroso, y la realización del peligro, sólo es inminente por hechos que aún no son proyectados.

Otro problema, de la criminalización en el estadio previo, es la arrogación de organización, cuando se añade la representación no objetivada del autor, y es socialmente insignificante, y si se le convierte artificiosamente en tentativa, se castigan representaciones, no hechos.¹⁵⁷

Estas cuestiones dogmáticas, del Derecho Penal del Enemigo, claramente pueden apreciarse, en el artículo 340 del Código Penal Colombiano, dicho numeral menciona: que es un concierto para delinquir, cuando varias personas, se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres a seis años.

Cuando el concierto, sea para cometer delitos de genocidio, desaparición de personas, tortura, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis a doce años.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Véase Moderna Dogmática, Op. Cit., p.406

¹⁵⁸ Véase Código Penal Colombiano, Art. 340

En este numeral, claramente pueden apreciarse, las características dogmáticas del Derecho Penal del enemigo, que ya se han mencionado anteriormente.¹⁵⁹

El Derecho Penal Colombiano, castiga severamente este tipo de conductas, porque aumenta, la pena privativa de la libertad en la mitad, es decir hasta veinticuatro años de prisión, a quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.

Otra cuestión, que es de llamar la atención, es que el Derecho Penal del Enemigo colombiano, castiga con una pena de quince a veinte años, a todo aquél que entrene a terroristas, personas miembros de escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada, sicarios. En el ejemplo del artículo, 341 del Código Penal Colombiano, puede apreciarse, hasta donde puede extenderse, el comportamiento por organización, tratándose de la peligrosidad abstracta.

Al enemigo terrorista, en Colombia se le impone una pena de diez a quince años de prisión, si provoca un estado de zozobra, terror, mediante actos que pongan en peligro, la vida de las personas, la integridad de edificaciones, medios de comunicación, valiéndose de medios, capaces de causar estragos. El código Penal Colombiano, hace extensiva la causa del terror, al causado por llamadas telefónicas y a cualquier escrito anónimo, que cause terror en las personas.¹⁶⁰

Otra peculiaridad, del Derecho Penal del Enemigo colombiano, son las circunstancias de agravación punitiva, que se enumeran en el artículo 344 del Código Penal Colombiano, las principales circunstancias son; cuando se hace copartícipe, en la comisión de un delito a un menor de dieciocho años, se tomen instalaciones de la fuerza pública, el autor sea un miembro de la fuerza pública, en estos casos la pena será, de doce a veinte años de prisión.

¹⁵⁹ En el capítulo segundo de esta obra, se detallan ampliamente las posturas dogmáticas sobre los delitos de peligro abstracto, y la arrogación a una organización ajena.

¹⁶⁰ Véase Código Penal Colombiano, Art. 343

La experiencia Latinoamericana, pone en evidencia que la condición de enemigo, no es algo que exista antes del Derecho Penal y, en consecuencia, es el Derecho Penal del enemigo, el que crea los enemigos del Derecho Penal.

Si se estudian las normas, de lucha contra la criminalidad organizada, se notará que en muchas de ellas, se establecen y tratan con extremo rigor, conductas que antes eran, consideradas en forma más benigna o que ni siquiera formaban parte del ordenamiento jurídico- penal en Colombia.¹⁶¹

Un ejemplo de lo anterior, sería la legislación en materia de delincuencia financiera que hasta el año de 1982, había permanecido al margen de la legislación penal, no obstante en ese año surge un interés por el tema, y se dicta el Decreto 2920, en el que se consagran algunos tipos penales, encaminados a combatir, conductas relacionadas con la delincuencia financiera.

Se podría decir, que este cambio legislativo, se debió a que con anterioridad a los hechos de la década de los 80, no se habían presentado en este sector, ese tipo de conductas delictivas, no obstante, cualquier persona bien informada sabe que eso no es verdad, primero porque en el país, sí se habían experimentado importantes quiebras financieras a lo largo de todo el siglo XX.

En Colombia, es un secreto a voces, que lo que se escondía detrás de la criminalización, de las conductas de los banqueros, era la pugna de intereses económicos, entre los representantes del gran capital industrial y financiero, y que fue, precisamente el triunfo electoral, de un representante de los intereses del primer sector, lo que condujo a la criminalización de estas conductas, cuestión que resultó muy lucrativa, para los grandes industriales que se pudieron quitar de encima, a sus enemigos del sector financiero y completar el proceso de monopolio, en la economía colombiana.¹⁶²

El caso colombiano, resulta muy ilustrativo, para la comprensión de la dinámica del Derecho Penal del Enemigo; porque el Estado, confronta a las guerrillas con estrategias de guerra de la más diversa índole, asimismo se les reclama, que respeten el derecho internacional humanitario, y denuncia las violaciones de este derecho de manera constante.

¹⁶¹ Grosso García, Manuel Salvador, ¿Qué es y Qué Puede Ser El Derecho Penal Del Enemigo?, Una Aproximación Crítica Al Concepto, en Cancio Meliá Manuel- Gómez Jara Díez Carlos, Op. Cit., p.12

¹⁶² Ibidem, p. 13

Cuando un guerrillero, cae en combate, o es capturado por los organismos de seguridad, o la policía judicial, se le envía a un centro de detención penitenciario, y se le somete a un proceso penal, juzgándolo como un delincuente, a pesar de que esas organizaciones subversivas, han declarado que no reconocen el orden jurídico colombiano.

No obstante, si el Estado realiza algún tipo de negociación o acuerdo, con el grupo guerrillero condenado, y canjearlo como si de un prisionero de guerra se tratara. Es decir en la condición de ciudadano y enemigo, es perfectamente intercambiable según las circunstancias, las necesidades o las conveniencias.

Algunos de los miembros, de organizaciones subversivas que en el pasado realizaron crímenes, fueron amnistiados o indultados, y han llegado a ocupar escaños en el Congreso.¹⁶³

El caso Colombiano, es curioso porque el enemigo nace con esa condición; porque muchos de los guerrilleros, que combaten al Estado, son la segunda generación que nació en la guerrilla, y que no han tenido ocasión, de un proceso de socialización, distinta que la vida irregular, en condición de subversión.

Sucede lo mismo, en el caso de las personas, incorporadas al cultivo y producción de narcóticos, población conformada, en su mayoría por campesinos, desplazados por la violencia, que viven en zonas de influencia de grupos armados, sin presencia del Estado, y son forzados a esta actividad so pena de un nuevo desplazamiento forzado.

¹⁶³ *Ibíd*em, p. 40

También pueden mencionarse, algunos grupos islámicos radicales, que han sostenido enfrentamientos, con pueblos rivales, como ocurre con los libios o los palestinos, que desde niños, adiestrados tanto en el manejo de armas, como en su odio hacia los israelitas y sus aliados occidentales.

Para Manuel Grosso García, la posición de Jakobs, sobre los conceptos de ciudadano y persona, tienen un alcance restringido. Haciendo alusión, a la distinción que realiza Luhmann entre sistema psíquico y persona, Jakobs usa la expresión persona, en un sentido de identificación del individuo con el sistema social. En consecuencia, se encuentra sujeto a un sistema de expectativas de acción, de carácter normativo, que hace esperar, en forma más o menos confiable, que se comportará de acuerdo con esas expectativas.

Lo que Luhmann plantea, es que un individuo es en esencia sujeto, pero cuando se incorpora a la sociedad, se convierte en portador de un rol, en componente de un proceso comunicativo, es decir que actúa como persona.¹⁶⁴

Retomando el caso colombiano, uno de los momentos más importantes, para la sociedad colombiana, fue lo que aconteció con el decreto 1923 de/ 78, que fue creado para proteger la vida y honra de los ciudadanos, terminó convirtiéndose en un estatuto legal, que introdujo serias restricciones, creando tipos penales abiertos, tipificando arrestos por grandes períodos.

¹⁶⁴ *Ibíd*em, p. 43

3.4 USOS SIMBÓLICOS DEL DERECHO PENAL

Gran relevancia corresponde, a aquellos fenómenos de neo-criminalización, respecto de los cuales, se afirma que tan sólo cumplen efectos meramente simbólicos. Quien pone en relación, al ordenamiento penal con elementos simbólicos, puede crear la sospecha, de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica, de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal.

La idea de que se inflige un daño concreto, con la pena para obtener efectos algo más que simbólicos, por lo tanto, para abordar el concepto, hay que mencionar, que el moderno principio político-criminal, de que sólo una pena socialmente útil, puede ser justa ha sido interiorizado, en el discurso político-criminal.

A pesar del postulado, de que se satisface, con la existencia del sistema penal, un fin que se obtiene un resultado concreto y mensurable, aunque sólo sea en el caso de las teorías retributivas. Los fenómenos de carácter simbólico, forman parte del Derecho Penal, de manera que en realidad es incorrecto, hablar del discurso, del Derecho Penal simbólico, como fenómeno extraño al Derecho Penal.

Desde las posturas, de la criminología crítica, que pone en relevancia, las condiciones de la atribución social, de la categoría del delito, hasta la teoría de la prevención general positiva, que entiende delito y pena, como secuencia de tomas de posición comunicativa respecto de la norma. Los elementos de interacción simbólica, son la misma esencia del Derecho Penal.

Cuando se usa en sentido crítico, el concepto de Derecho Penal simbólico, se quiere hacer referencia, a que determinados agentes políticos, tan sólo persiguen, el objetivo de dar la impresión tranquilizadora, de un legislador atento y decidido, es decir que predomina una función latente, sobre la manifiesta.

En la Parte Especial, de este Derecho Penal simbólico corresponde especial relevancia, a ciertos tipos penales, en los que se criminalizan meros actos de comunicación, como: los delitos de instigación al odio racial, o los de exaltación o justificación de autores de determinados delitos.

Reconducir los fenómenos de expansión, de modo global sólo a estos supuestos de promulgación, de normas penales meramente simbólicas no atendería al verdadero alcance de la evolución. Pues el recurso del Derecho Penal, no sólo aparece como instrumento, para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación, de normas evidentemente destinadas, a no ser aplicadas.

También existen procesos, de criminalización a la antigua usanza, es decir la introducción de normas penales, nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación, con toda decisión, es decir procesos que conducen, a normas penales nuevas, que sí son aplicadas, o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes.

De este modo se invierte, el proceso habido, en los movimientos de reforma en las últimas décadas en España, después de 1978, en el que fueron desapareciendo diversas infracciones. En este sentido, se advierte la existencia en el debate político, de un verdadero clima punitivista: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo, en el alcance de la criminalización, como único criterio político-criminal.¹⁶⁵

Un ambiente político criminal, que desde luego no carece de antecedentes, pero estos procesos de criminalización, en muchas ocasiones se producen, con coordenadas políticas distintas, al reparto de roles tradicional, que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política- demandas de descriminalización, derecha- demandas de criminalización.

¹⁶⁵ El Derecho Penal Simbólico, Manuel Canció Meliá, ensayo disponible en <http://es.scribd.com/doc/67142771/DerechoPenalDelEnemigo-ManuelCancióMeliá>

Respecto de la izquierda política, resulta especialmente llamativo, el cambio de actitud: de una línea simplificando, claro está que identificaba la criminalización, de determinadas conductas, como mecanismos de represión, para el mantenimiento, del sistema económico-político de dominación, a una línea que descubre las pretensiones de neo-criminalización, específicamente de izquierdas: delitos de discriminación, delitos en la que las víctimas son mujeres maltradas.

Sin embargo, el cuadro estaría incompleto, sin hacer referencia a un cambio de actitud, también en la derecha política: en el contexto de la evolución, de las posiciones de estas fuerzas, también en materia de política criminal, nadie quiere ser conservador, sino igual de progresista que todos los demás grupos.

La derecha política, en particular en España, ha descubierto que la aprobación de normas penales, es una vía para adquirir matices políticos progresistas. Igual que la izquierda política, ha aprendido de lo rentable que puede resultar el discurso de la ley y el orden, antes monopolizadas por la derecha política.

En lo que se refiere, a la realidad del Derecho Positivo, que la actual tendencia del legislador, es la de reaccionar con decisión, dentro de muchos sectores diversos de regulación, en el marco de la lucha contra la criminalidad, es decir con un incremento de las penas previstas.

En España, en el caso del tráfico de drogas se duplica la pena; de modo que la venta de drogas, supone una pena, de tres a nueve años de privación de libertad; pena potencialmente superior, a la que correspondería a un homicidio, culposo que sería, de uno a cuatro años de prisión privativa de libertad.

En este sentido, puede resaltarse el resurgimiento del punitivismo, y del Derecho Penal simbólico, tanto en Latinoamérica como en España, en ambos contextos se introducen, legislaciones radicalmente punitivistas en materia de drogas, dando como resultado una inmediata incidencia en la política criminal.

3.4.1 DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

A continuación se abordarán, algunos postulados del Derecho Penal simbólico, elaborados en la Universidad de Frankfurt.

Winfried Hassemer, en su tratado de Derecho Penal Simbólico, menciona que el hecho, de que las leyes penales estén vinculadas a efectos simbólicos, no es en principio ningún reproche, sino que de acuerdo, a la opinión contemporánea es una obviedad bastante clara.¹⁶⁶

En la doctrina Alemana; pueden encontrarse diversas formas de clasificación simbólica del Derecho.

- a) Leyes de declaración de valores: por ejemplo el aborto
- b) Leyes con carácter de apelación moral: por ejemplo Derecho Penal del medio ambiente, con el objeto de dotar de conciencia ecológica.
- c) Respuestas sustitutorias del legislador: leyes que sirven al legislador para tranquilizar a la sociedad.
- d) Leyes de compromiso: por ejemplo las cláusulas penales, que si bien no son decisorias, siempre tienen un núcleo central para satisfacer la necesidad de actuar

En la determinación de la pena, no se puede entender el principio de defensa del orden jurídico, sin tomar en cuenta los factores simbólicos. La conservación de la confianza en el Derecho, o la confianza en la invulnerabilidad del Derecho.

¹⁶⁶ Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos, Winfried Hassemer, disponible en <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/241/derechopenalsimbolicoyprotecciondebienesjuridicoswhassemer-2/>

La conservación y promoción, de la confianza y fidelidad en el Derecho, son procesos comunicativos, y de largo alcance con variables cognitivas, en el cual las decisiones penales, no siempre es posible saber en qué dirección giraran.

Transmisión de una vida fiel al Derecho, por medio de una utilización instrumental del Derecho Penal; ésta es la característica de un Derecho Penal contemporáneo, la fundamentación absoluta de la pena. Lo que se conoce, como teoría retributiva, tiene en realidad fines preventivos.

El problema de las leyes penales simbólicas, radica en la definición del concepto; no es posible encontrar un concepto preciso, y apto de lo simbólico, existe un consenso respecto, de la dirección en la cual se busca el fenómeno del Derecho simbólico.

Lo que se busca, es destacar la oposición entre realidad y apariencia, entre manifiesto y latente, entre lo verdadero y lo falso; se trata siempre de los efectos reales, de las leyes penales. Simbólico en sentido crítico, es por consiguiente un Derecho Penal, en la cual las funciones latentes predominan sobre las manifiestas.

Con ello se entiende, que las funciones manifiestas expresan las condiciones, objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza, en su formulación; una regulación de casos, que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es la protección del bien jurídico, que se prevé en la norma.

Las funciones latentes son múltiples, se sobreponen unas a otras son descritas ampliamente, desde la satisfacción de necesidades, a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte. Una predominancia de las funciones latentes, fundamenta lo que podría denominarse engaño o apariencia de las leyes penales.

El contraste aparente, entre funciones manifiestas y latentes, constituye el núcleo esencial del Derecho Penal simbólico. El Derecho Penal simbólico, bajo este contraste, permite descifrar la crisis del Derecho Penal, orientado a sus consecuencias. La cuestión simbólica, sobre cuando cumple el Derecho Penal, su función preventiva, se relaciona con la cuestión, de cuando el Derecho Penal protege verdaderamente bienes jurídicos. La doctrina del bien jurídico, en la actualidad debe preocuparse, de los intereses políticos criminales, de conseguir una criminalización global, y los intereses de la ciencia penal, ante este fenómeno de expansión del Derecho Penal, deben radicar en la sistematización de la doctrina del bien jurídico.

Las dificultades originarias, de la doctrina del bien jurídico, no han sido solventadas de forma positiva, por el contrario, los llamados bienes jurídicos universales, se han convertido en un tema fundamental, de la política criminal; este desarrollo, amenaza el concepto de bien jurídico y cambia el Derecho Penal, preventivamente orientado en una forma específica.

CAPÍTULO IV EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU IMPLANTACIÓN EN MÉXICO

4.1 INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES QUE INFLUYERON PARA QUE MÉXICO ADOPTARA EL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN

Con el advenimiento del Estado neoliberal, surgió inicialmente la necesidad, de controlar los capitales, de la economía informal y los delitos políticos, que traspasan las fronteras del mundo global. Con esos objetivos, se adoptó en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988, la Convención de las Naciones Unidas, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que vino a fijar los principios, del control formal posmoderno transnacional.

Con esa Convención, que es vinculante jurídicamente para México, pues adquirió rango constitucional, en virtud del artículo 133 de nuestra ley fundamental, los países firmantes pierden su soberanía, no solamente en el tema del narcotráfico, aunque éstos tengan carácter político, porque la Convención prohíbe que a un delito se le dé ese carácter.

Con la Convención, se invierte toda la racionalidad jurídica de la modernidad, que se había mencionado, a lo largo del siglo XIX y XX, respecto a la territorialidad de la ley, de tal forma que en nuestro país, pueden observarse nuevos principios, del Derecho Penal posmoderno transnacional, como los que a continuación se enumeran:

- a) Principio de incriminación penal por simple sospecha: En la Convención se establece, la posibilidad de detener a una persona, por simple sospecha de que la persona, esté involucrada en temas de delincuencia organizada, para incriminarlo, detenerlo y arraigarlo. Para ello basta, presumir la intención o la finalidad, de los elementos que constituyen los delitos que la Convención define.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Convención de las Naciones Unidas, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, artículo 3º, numeral, 3

- b) Principio de utilización de la analogía en materia penal. La modernidad la excluía del Derecho Penal, pero la Convención la admite, para agravar los delitos, cuando al sujeto imputado, se le conozcan declaraciones de culpabilidad anteriores, por delitos análogos, a los que se le incriminan, ya sea por tribunales extranjeros o del propio país.¹⁶⁸
- c) Principio de discrecionalidad de las autoridades. El Derecho moderno la prohibía, y solo permitía a los servidores públicos, hacer lo que la norma les autorizaba. La posmodernidad global, alienta a las partes firmantes para que todas las normas permitan discrecionalidad, en las autoridades, conforme al derecho interno y se ejerza, con la máxima eficacia para el enjuiciamiento, de los delitos contenidos en la Convención.¹⁶⁹
- d) Principio de no utilización, de los beneficios penitenciarios: la modernidad inventó los sustitutivos penales, y los beneficios penitenciarios; sin embargo la Convención recomienda, que en ciertos casos es conveniente demorar los beneficios de la libertad anticipada o de la libertad condicional. En este sentido, la modernidad instituye la prisión de máxima seguridad.¹⁷⁰
- e) Principio de no prescripción, de la acción penal ni de la pena. Las partes pueden prolongar, los plazos para evitar que prescriban los delitos.¹⁷¹
- f) Principio de negación, del concepto teórico del delito político. La Convención rechaza, que a cualquier delito que ella indique, se le califique como delito político.¹⁷²
- g) Principio de que la carga de la prueba, es para el acusado. Augusto Sánchez, menciona que con este principio, se rompe la racionalidad jurídica moderna, debido a que antes, eran los agentes de la administración de justicia, quienes debían probar, que una persona había cometido un delito, ahora se impone a una persona sospechosa la

¹⁶⁸ *Ibidem*, numeral, 5

¹⁶⁹ *Ibidem*, numeral, 6

¹⁷⁰ Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas Ideológicos y Control Social*, México, UNAM, 2008, p. 178

¹⁷¹ Véase Convención, numeral, artículo 3, numeral 8

¹⁷² Véase Convención, art 3, numeral 10

obligación de probar, la proveniencia lícita de sus bienes, o en su caso probar, que no sabía de la proveniencia ilícita de los mismos.¹⁷³

- h) Principio de la competencia, jurídico-penal transnacional. Este principio obliga a los países firmantes, a declararse competentes de los delitos que define la Convención, comprometiéndose a conceder la extradición, cuando sean requeridos, y si la parte requerida no lo extradita, deberá juzgar al sujeto de acuerdo a sus leyes, que deberán establecerse de acuerdo a la Convención.¹⁷⁴
- i) Principio de extradición universal. Si no existe tratado entre las partes, la Convención se erige como fundamento jurídico, para poder proceder a la misma; es decir las normas son abiertas, y por tanto cabe la extradición de ciudadanos nacionales.¹⁷⁵
- j) Principio de la utilización de agentes infiltrados. En materia de espionaje, la Convención introduce la figura, del agente infiltrado, para con ello favorecer y legitimar la acción de policías, para-policías, militares infiltrados en las mafias provocando, al interior de esas asociaciones de personas, que sirvan para motivar la acción directa, de los aparatos represivos del Estado.

Otro instrumento, de gran relevancia que influyó en nuestro orden jurídico, es la Convención de las Naciones Unidas, Contra la Delincuencia Organizada, que se firmó en Palermo, Italia en el mes de diciembre del año 2000, donde se determina lo que debe entenderse, por una organización regional de integración económica.

Por Organización Regional, de Integración Económica, puede entenderse una organización constituida, por Estados Soberanos, de una región determinada, a la que sus Estados miembros, han transferido competencia en las cuestiones regidas por la misma Convención.

¹⁷³ Ibídem, numeral 1, ordinal b

¹⁷⁴ Véase Convención, art 4º, numeral 2

¹⁷⁵ Ibídem, art 6º, numerales 9 y 10

La Organización Regional, de Integración Económica se encuentra debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos para firmar, ratificar, aceptar a dichos miembros; es decir a los Estados nacionales soberanos, se les impone la obligación de ceder su soberanía en temas tratados en la organización.

El Estado parte, entonces ya no será Canadá, Estados Unidos o México, que participan del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, ni tampoco un país que participe de la Unión Europea, sino la Organización Regional de Integración Económica que componen.

4.2 REFORMAS CONSTITUCIONALES DE JUNIO DE 2008-2009

A continuación, me permito transcribir, una ponencia que presente vía video conferencia, en el Ceted, en la FES Acatlán el día, jueves 12 de Noviembre del año 2009, al X Congreso Nacional sobre Sociología Jurídica, que fue celebrado, en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Mi participación en dicho evento, fue noticia publicada en el Boletín informativo, de la FES Acatlán, de fecha jueves 3 de diciembre de 2009 No.508.

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES MEXICANAS DE JUNIO DE 2008

COMISIÓN 3 DELITO Y CONTROL INSTITUCIONAL

BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

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

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

Siguiendo las pautas, de dicha convención, nacieron algunas figuras jurídicas en materia penal, y otras se agravaron, lo anterior dio nacimiento a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada a fines de 1996.

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

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

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

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

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

El Estado, mediante la creación de leyes civiles, cumple su fin de protección a los miembros de la comunidad, al establecer que dichas leyes, limitarán la

libertad natural de los hombres, y con ello se logrará la supervivencia de la comunidad.

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

Aquellos individuos, que no ofrecen garantías de comportamiento social, por su abierto e incluso permanente enfrentamiento, con el orden jurídico, no pueden ser tratados como ciudadanos, sino como enemigos, por lo que se les debe aplicar un Derecho distinto, de los que prestan fidelidad al orden jurídico.¹⁷⁶

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

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

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

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

¹⁷⁶ El Derecho Penal del Enemigo y las Reformas Constitucionales Mexicanas, de Junio de 2008, fue el título de la ponencia, que presente en el X Congreso Nacional, sobre Sociología Jurídica, que se realizó en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, transmitido por videoconferencia en el Ceted, de la FES Acatlán en el año 2009

Nos encontramos ante la existencia, de diversos derechos penales a saber, un derecho penal del ciudadano, que se caracteriza por el mantenimiento de la vigencia de la norma, y un derecho penal para enemigos, que se orienta a combatir peligros.

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El artículo 16 de la Constitución Federal vigente en México, establece que la autoridad judicial, a petición de parte y tratándose de delitos, de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario, para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse siempre y cuando el Ministerio Público, acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.¹⁷⁷

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

El mismo artículo 16 de la Constitución en comento, establece un concepto de delincuencia organizada, que debería ser propio de una legislación secundaria, para así evitar problemas de constitucionalidad, al establecer que por delincuencia organizada, se entiende una organización de hecho de tres o más

Cfr. Artículo 16 de la Constitución Federal Vigente en México

personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

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

El párrafo noveno, del artículo 16 de la Constitución en comento, dispone que ningún indiciado, podrá ser retenido por el Ministerio Público, por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad, o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse, en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

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

El mismo artículo en comento, en su párrafo décimo segundo, establece que, exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad, que faculte la ley, o del titular del Ministerio Público, de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar, las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración.

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

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

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

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

El artículo 19, de la Ley Fundamental en México indica, que el Ministerio Público, sólo podrá solicitar al juez, la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares, no sean suficientes para garantizar la comparecencia, del imputado en el juicio. En materia de delincuencia organizada, el juez podrá ordenar la prisión de forma oficiosa, con ello violando el principio, de presunción de inocencia que debe tener todo presunto responsable.

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

Importante, de la investigación contra algún miembro de la delincuencia organizada.

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

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

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

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

La implantación del Derecho Penal del Enemigo en México, resulta innegable, ya que reduce, de forma considerable, garantías jurídico procesales, de todos aquellos, que no ofrecen ninguna seguridad cognitiva, G. Jakobs en su teoría del Derecho Penal del Enemigo, hace alusión al enemigo, siendo un individuo

que no respeta al Estado, ni a sus instituciones, y por lo tanto debe neutralizarse, para que no altere el orden social establecido.¹⁷⁸

Sergio Moccia afirma, que es la promesa de la seguridad, en la sociedad civil en lo que se funda el pacto social, es decir la atribución al Soberano, y por tanto, a la autoridad, de los nacientes Estados de Derecho, del poder monopolístico, de gobernar los conflictos a través del ejercicio de la fuerza legal.¹⁷⁹

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

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

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

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

¹⁷⁸ Cfr. Artículos 18, 19, 20, 22, 73 de la Constitución Federal Vigente en México

¹⁷⁹ Véase Sergio Moccia, en Cancio Meliá Manuel- Gómez Jara Diez Carlos, Derecho Penal del Enemigo, volumen 2, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, pp.299-320

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

Si se intenta clasificar, los sistemas jurídico-penales existentes, con ayuda de la dicotomía Derecho penal del ciudadano/ Derecho penal del enemigo, rápidamente se advierte, que resulta imposible asignar con claridad un ordenamiento a uno u otro grupo. Al menos en el ámbito jurídico europeo, no existe un sistema de Derecho Penal, orientado exclusivamente hacia un combate efectivo de determinados peligros.

La idea de Jakobs, de un Derecho penal de ciudadanos, que solo se centra en la prevención general intimidatoria, que han marcado los ordenamientos penales, no sólo en los últimos tiempos, sino de modo tradicional. Tal y como lo describe Jakobs, las anticipaciones de la punibilidad, existen al margen de normas especiales, y significan que se entreveran reglas, propias del Derecho Penal del Enemigo.

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

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

En este ámbito, un sistema orientado, hacia el Derecho Penal del Enemigo se caracteriza, por una amplia cobertura de criminalización, que persigue el fin de, amenazar conductas potencialmente peligrosas, también cuando se produzca, en un momento temporal, muy anterior a una acción, que lesione bienes individuales o de la colectividad. Un Derecho Penal del Ciudadano, en cambio, se centra en la punición, de modalidades de conducta que lesionan bienes, o al menos los ponen en concreto peligro.

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

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

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

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

Es posible mostrar, evoluciones político-criminales, que pueden ser interpretadas, como un cambio de orientación del sistema jurídico- penal hacia el tipo "Derecho Penal del Enemigo". En cambio, en parte la actual evolución político-criminal, se aleja en algunos ámbitos del polo opuesto, de un Derecho Penal del Ciudadano. No sólo en la legislación, sino también en la jurisprudencia, de los tribunales superiores, aumentan las tendencias punitivas. La disposición a mostrar comprensión por el infractor, y tener en cuenta de modo correspondiente, las circunstancias atenuantes descende.

Las necesidades de aseguramiento, de la colectividad, se consideran más importantes. La tendencia de la legislación, de crear nuevos delitos que penalizan, un comportamiento considerado peligroso, en el ámbito previo a una lesión de un bien jurídico, ha sido descrita, en muchas ocasiones en la bibliografía más reciente.

Las informaciones, en los medios de comunicación, sobre los intentos de adultos, de encontrar niños en los chats, de internet para contactos sexuales motivaron al legislador, a introducir nuevos tipos penales.

Ahora incurre en responsabilidad criminal, quien influye mediante escritos, en un niño, con la intención de motivarle, a la realización de conductas sexuales. Este tipo muestra una anticipación, especialmente amplia de la punibilidad que

amenaza de pena, una toma de contacto objetivamente, de relevancia únicamente por las intenciones, perseguidas para un momento posterior.

El Derecho Penal del Enemigo, tal y como lo esboza Jakobs, presupone un claro objetivo teleológico- racional: han de combatirse determinados peligros, que emanan de determinados sujetos, y deben combatirse efectivamente. Algunas líneas de evolución, típicas de la presente época, no cuadran con esta imagen concretamente, aquellas pertenecen al ámbito, de las “normas penales para la protección de sentimientos y tabúes”.

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

Como ejemplo más claro, del debilitamiento de actitudes comprensivas, frente a determinados grupos de autores, de hechos delictivos y del incremento de necesidades de aseguramiento, de la colectividad ha de mencionarse la ampliación, de la custodia de seguridad. Esto significa que el tiempo transcurrido, bajo custodia de seguridad, no se considera cumplimiento de una pena criminal, sino que sirve exclusivamente, para el aseguramiento de la colectividad frente a personas peligrosas. No rige el principio de culpabilidad, los custodiados pueden, ser encerrados de por vida, con independencia de la culpabilidad manifestada en el hecho.

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

No es sencillo identificar, respecto del Derecho Procesal Penal, una tendencia unívoca, bien en dirección al tipo ideal Derecho Penal del Enemigo, bien en dirección al tipo ideal Derecho Penal del ciudadano. En este ámbito concurren, tendencias contrapuestas, por un lado, se deplora por unos la extensión del instrumental, de los órganos de persecución criminal.

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

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

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

La transposición, del modelo análogo a la indemnización, no es suficiente en el caso de adversarios de principio, por actitud, y también activos, es decir, entre otro, en el caso de los terroristas; pues con completa independencia de la respuesta a la cuestión hasta ahora, casi nunca planteada, de cuál es la

situación de la culpabilidad, al menos de aquel terrorista, que haya sido socializado, en una cultura hostil a la de aquí, en el caso de todo terrorista como en el caso de cualquier enemigo, también hay que compensar un déficit de seguridad cognitiva.

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

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

Se pretende dar al Derecho Penal del Enemigo, al menos una parte de las garantías propias del Estado de Derecho, que existen en el Derecho Penal material y procesal, para hacerlo soportable, en términos de Estado de Derecho, pero también para ocultar la diferencia, frente al Derecho Penal del ciudadano.

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

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

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

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

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

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

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

4.3 FIGURAS JURÍDICAS QUE UBICAN EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En el presente cuadro, cuya autoría es de la Doctora Leticia García García, puede apreciarse, un estudio comparativo de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada; que es la adopción del Derecho Penal del Enemigo en nuestro ordenamiento, y como esta se confronta, con los principios del Derecho Penal moderno. Por otra parte en el mismo cuadro, se enlistan los tipos penales del enemigo, contenidos en el Código Penal Federal.

ART.	CONTENIDO LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MODERNO (ORDINARIO) QUE SON VIOLADOS	CONTENIDO CÓDIGO PENAL FEDERAL	DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO (CPF) Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO (LFCDO)	ADOPCIÓN DEL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN
1º.	La presente ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución... por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada	Principio de Igualdad en la Aplicación de las Leyes Art. 13 Constitucional: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales..."			Se establece un nuevo Derecho Penal, se establecen formas distintas de investigación (infiltración agentes, intervención de comunicaciones, etc.), de persecución (incluyendo a la SHCP), de prescripción para la acción penal y para ejecución de las penas, de carga de la prueba, etc. Se crea una ley paralela con normas y reglas especiales cuyo fin es extremar la represión contra los enemigos del capitalismo dominante.
2º.	Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o	Principio de seguridad jurídica.	Terrorismo arts. 139 al 139 ter, delitos contra la salud arts. 194 y 195, falsificación o alteración de moneda arts. 234, 236, 237, operaciones con recursos de	Una de las características del Derecho Penal del Enemigo es el adelantamiento notable de la punibilidad, o sea la tipificación de hechos	Se encarcelará por un delito que no se manifestó ni siquiera en tentativa. En un Derecho Penal material, donde debe castigarse el hecho, se castiga

	<p>resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada</p>		<p>procedencia ilícita, arts. 400, 424 bis, acopio y tráfico de armas, previsto en los arts. 83 bis y 84 de la LFAFE, tráfico de indocumentados art.138 de la LGP.</p> <p>Tráfico de órganos, arts. 461,462 y 462 bis de la LGS.</p> <p>Corrupción de personas art. 201, pornografía art. 202, turismo sexual art.203 y 203 bis, lenocinio art. 204, asalto art. 286 y 287, secuestro art.366, tráfico de menores art. 366 ter, robo de vehículos art. 376 y 377. Trata de personas arts. 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.</p>	<p>antecedentes o incluso solamente preparatorios, a la lesión del bien jurídico, en otras palabras la criminalización en el estado previo a la lesión del bien jurídico tutelado.</p>	<p>sólo la intención. El solo hecho de acordar o planear es castigado. Según este tipo penal, además del delito por el cual se juzgue, se juzgará por delincuencia organizada; las penas mencionadas en esta ley, se aumentarán a las del primer delito. Es un tipo a todas luces desproporcionado, justificado sólo por la exigencia de control social en determinados rubros, esto es, en el narcotráfico, con el fin de proteger el sistema de producción dominante.</p>
4°.	<p>...se decomisarán los objetos, instrumentos o productos del delito... si no acredita la legítima procedencia de</p>	<p>Principio del No Interés Fiscal: El que tiene a su cargo la seguridad jurídica no debe tener interés en verla ofendida</p>		<p>En el Derecho Penal del Enemigo se reducen las garantías</p>	<p>Se reforma el Art. 22 Constitucional el 3 de julio de 1996 (“Tampoco se considerará confiscación...)</p>

	dichos bienes.	<p>para beneficiarse.</p> <p>Principio de inocencia: Debe presumirse que todo hombre es inocente mientras no se pruebe y declare que es culpable.</p> <p>Carga de la Prueba: Art, 248 del CPPDF: “El que afirma está obligado a probar...”.</p>		<p>jurídico procesales, imponiendo al enemigo la obligación de demostrar su inocencia.</p> <p>Se ha creado un régimen de extinción de dominio, que es la pérdida de los derechos de propiedad sin compensación alguna.</p>	Inversión de la carga de la prueba.
6°.	Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas... se duplicarán...	<p>Art. 101 CPF: “La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley...”.</p> <p>Principio de la Exacta Aplicación de la Ley.</p> <p>Principio de igualdad en la aplicación de las leyes.</p>		El Derecho Penal del Enemigo mide las consecuencias jurídicas con base en la dimensión de la peligrosidad del autor.	Se extraen del Código Penal determinados delitos para darles características especiales.
9°.	“Cuando el M. P. de la Federación investigue actividades de miembros de la delincuencia organizada relacionadas con el delito de	Artículo 21 Constitucional: “...La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...”		Frente al enemigo se permite la utilización de medidas que van más allá de lo permitido por las normas constitucionales.	A pesar de que el Art. 21 Constitucional indica que la persecución de los delitos corresponde exclusivamente al Ministerio Público

	operaciones con recursos de procedencia ilícita, deberá realizar su investigación en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público...”	Principio de Exacta aplicación de la ley.			en carácter de representante de la sociedad, aquí se habla de la intervención de una institución cuyas funciones deben ser fiscales únicamente.
ART.	CONTENIDO	PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MODERNO (ORDINARIO) QUE SON VIOLADOS			ADOPCIÓN DEL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN
11º.	...el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes.				Se legitima la infiltración de agentes a mafias, grupos de estudiantes, sindicales, etc., donde frecuentemente fungen como grupos de choque. Se induce al delito para después reprimir por ello. En cuanto a los agentes, se les garantiza impunidad respecto de los delitos y tropelías que cometan en el cumplimiento de su misión.
12º.	Se autorizan hasta 80 días de arraigo en el	Principio de Inocencia.		Como ejemplo más claro del debilitamiento	La figura del Arraigo, a pesar de estar regulada

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

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

				mejora de la lucha contra la criminalidad organizada.	
21°.	Si se descubren delitos diversos en la intervención de comunicaciones... se hará constar en el acta			<p>Este precepto es contrario a lo establecido por los artículos 14, 16 de la Constitución.</p> <p>El Derecho Penal del Ciudadano es respetuoso de la garantía de audiencia, sin embargo para hacer frente a los riesgos es permitido vulnerar las garantías del Estado de Derecho.</p>	No menciona qué acción se tomará además de levantar el acta, pero es lógico y entendible que se iniciará la persecución de tales delitos. Se trata simplemente de encontrar causas para encarcelar a determinada persona, sea el delito que sea.
29° y 30°	Sólo por indicios puede una persona ser sujeto de aseguramiento de sus bienes. Se invierte la carga de la prueba	Principio del no interés fiscal Principio de Inocencia Principio de Legalidad Principio de la carga de la prueba: Art, 248 del CPPDF: "El que afirma está obligado a probar...".		Jakobs menciona que el Derecho Penal del Enemigo pueden acabar desapareciendo todos los límites inherentes a un Estado democrático de Derecho, especialmente cuando se combaten riesgos.	Basta la presunción para el aseguramiento de bienes... No es posible que cualquiera pueda afirmar y el "sospechoso" deba comprobar la proveniencia lícita, sobre todo si para ello cuenta con la efectividad del control inmobiliario de nuestro país.

35°. Y 36°.	Se permiten negociaciones con colaboradores que denuncien a implicados en la delincuencia organizada... se les podrán reducir las penas.	<p>Art. 529 C.F.P.P.: “...Será deber del M P: practicar todas las diligencias conducentes a fin de que las sentencias sean estrictamente cumplidas...”</p> <p>Principio de igualdad en la aplicación de la ley.</p> <p>Principio de Imparcialidad de la ley.</p> <p>Principio Exacta Aplicación de la Ley.</p> <p>Principio de proporcionalidad de las penas respecto al delito: No puede pensarse en penas mayores para unas personas y menores para otras cuando el delito cometido haya sido el mismo.</p>		En el Derecho Penal del Enemigo el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. Estos artículos ejemplifican lo anterior.	Se permiten negociaciones con detenidos para obtener negociaciones a cambio de penas más benévolas, cuando en la Constitución se habla de igualdad e imparcialidad de la ley. Con los preceptos comentados, sin respetar estos principios, se están usando la oportunidad y conveniencia. Si el MP debe actuar de oficio, debe ejercitar acción penal cuando así convenga, no negociarla. En México esto no se permite en la Constitución, tampoco se prohíbe, pero doctrinariamente el ejercicio de la acción penal y la cantidad de la pena no están a disposición del M.P. Con este sistema se está favoreciendo la impunidad de los delatores.
37°.	Se permite ofrecer recompensas	Artículo 21 Constitucional: “...La		Los ciudadanos que presten fidelidad al	La investigación de los delitos corresponde a la policía a cargo del

		persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...”		orden jurídico, y ayuden al Estado en su lucha contra el Enemigo, podrán ser recompensados, al mismo tiempo colaboran para mantener la vigencia de la norma.	M.P. Con esta medida su función se está desvirtuando; ya no es investigar, sino pagar para que los ciudadanos investiguen.
38°.	Iniciación de la Averiguación previa con base en delaciones anónimas	<p>Principio de la inacceptabilidad de la acusación secreta</p> <p>Principio de Legalidad</p> <p>Principio de seguridad jurídica: Art. 16 Constitucional: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito...”</p>		<p>Los no-ciudadanos, no tienen derecho a que se les concedan las garantías de seguridad jurídica, que desde la Constitución de 1857 de origen liberal individualista, el Estado reconoce a los gobernados.</p> <p>Esta es una de las características del denominado Derecho Penal de tercera velocidad que suprime los principios del Derecho Penal Democrático.</p>	<p>Aplicación de un régimen inquisitorio. La existencia de una denuncia, acusación o querrela requiere forzosamente la identificación de la persona que las realiza. Este artículo en particular es una flagrante violación a los derechos humanos. Cualquier persona, con una simple llamada telefónica al M.P., puede causar muchos problemas a gente inocente. La Constitución, al establecer la existencia de una denuncia para que pueda iniciarse la averiguación excluye los casos de delación anónima.</p>

ART.	CONTENIDO	PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MODERNO (ORDINARIO) QUE SON VIOLADOS			ADOPCIÓN DEL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN
41°.	...únicamente es necesario probar la vinculación de un nuevo procesado a esta organización, para poder ser sentenciado por el delito de delincuencia organizada.	<p>Principio de Legalidad.</p> <p>Principio de Seguridad Jurídica.</p> <p>Principio de la exacta Aplicación de la Ley.</p>		Este artículo transgrede la garantía de audiencia plasmada en el artículo 14 constitucional, ya que usando un criterio previo se elimina la posibilidad de que se puedan ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga.	Según el principio de legalidad, una sentencia no puede dictarse sino al final de un juicio. Aquí se rompe completamente con este principio, además de que se usa la analogía, ya no entre leyes, sino entre personas para aplicar la misma ley, aun cuando en el caso de una de ellas no se haya seguido el juicio correspondiente. No se va a comprobar un delito, sino un nexo, para proceder a dictar sentencia.
42°.	Protección para los colaboradores, cuando éstos se encuentren en reclusión	<p>Principio de igualdad en la Aplicación de la ley.</p> <p>Principio de la</p>		A los no-ciudadanos que demuestren un arrepentimiento por su conducta y hayan	Existen preferencias y desigualdad en las condiciones de ejecución de la sentencia.

		exacta Aplicación de la Ley.		pertenecido a una organización criminal se les separara de los enemigos que no mostraron ningún respeto por el orden jurídico y sus instituciones.	Se da un trato preferencial
43° y 44°	No se otorgarán beneficios de libertad, a menos que colaboren con la autoridad	Principio de igualdad en la Aplicación de la ley. Principio de la exacta Aplicación de la Ley.			Existen preferencias y desigualdad en las condiciones de ejecución de la sentencia. ¹⁸⁰
45°	Los sentenciados por los delitos a que se refiere esta ley no	No existe la prevención general positiva, ni la prevención		El Derecho penal del ciudadano es respetuoso de	Existe la prevención especial negativa por medio de la

¹⁸⁰ García García, Guadalupe Leticia, Derecho Ejecutivo Penal, México, Porrúa, 2005, pp. 141-146

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

				<p>atentando contra el Estado ni sus instituciones.</p> <p>Este artículo tiene su fundamento constitucional en el artículo 18 párrafo noveno.</p>	
--	--	--	--	---	--

4. 4 EL CONTROL SOCIAL POSMODERNO

Para Augusto Sánchez Sandoval, el sistema de política criminal global, lo podemos conceptualizar, como una estructura cerrada económica- jurídica penal, cuyas reglas de construcción, son las mismas que originan su auto producción, de tal forma que excluyen cualquier motivación extraña.¹⁸¹

En este sentido, el sistema cerrado al construir su universal inclusión, requiere la creación de diferencias, que les permitan tener identidad frente a otros u otros y por ello es excluyente. Al crearse una universal inclusión, se genera un desvalor que se erige como universal exclusión.

El excluido, se convierte en automático en enemigo, que debe ser controlado o destruido, dependiendo de la funcionalidad, de la cohesión de la inclusión dentro del sistema.

La evolución del sistema productivo, provoca el acomodamiento de la ideología-derecho, que le sirve para justificarlo. El sistema de producción capitalista, produjo la ideología liberal de la modernidad, y en la actualidad, el sistema productivo neoliberal, está produciendo el sistema ideológico posmoderno.¹⁸²

En la modernidad capitalista, el Estado como parte fuerte del contrato social produjo, un derecho que ocultó la forma de explotación. Si se acepta que del poder, no pueden esperarse buenas intenciones, entonces el derecho moderno se construyó como libertario, ocultando sus malas intenciones.

En la posmodernidad neoliberal la radicalización del sistema productivo está produciendo a su vez la radicalización del sistema político-jurídico penal y de represión, pero ahora es visible, porque se convierte en el Derecho del

¹⁸¹ Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas Ideológicos y Control Social*, México, UNAM, 2008, p. 173

¹⁸² *Ibidem*, p. 173

dominante, aquello que la modernidad, consideró violación de las denominadas garantías individuales.

Para que los sistemas económico, político, jurídico funcionen como tales, necesitan estar auto-condicionados por su auto-reproducción, mediante su propia capacidad, para controlar el ambiente, a través del control de sí mismos. Así será posible, que el sistema sea racional porque si se vuelve vulnerable, respecto del ambiente o respeta a otros sistemas económicos, políticos, jurídicos, pierde el control propio y se vuelve irracional.

Lo racional implica que sea ético, en el sentido de reconocer al otro diverso, sino en el sentido de obedecer y comportarse, con base en sus propias reglas de construcción de su discurso.¹⁸³

Si un sistema se deja penetrar por otro pierde su esencia; deja de ser cerrado para convertirse en otra cosa, influida por las más diversas circunstancias, que lo convierten en asistemático. El sistema de producción-dominación, junto con el sistema ideológico-jurídico que lo justifica, deben mantenerse cerrados a partir de sí mismos, creando las evoluciones que le permitan su permanencia en el tiempo.

El sistema de producción, de finales del siglo XX, comenzó a auto motivarse para lograr la salida económica, neoliberal y en consecuencia se está auto produciendo, las modificaciones del sistema ideológico-jurídico que lo legitima.

Augusto Sánchez, menciona que la universal inclusión, del control formal penal posmoderno, introduce un grave problema, que se presenta al universalizarse una sola razón, que implica la exclusión de muchas otras razones, y de grandes masas de personas. En este sentido el conflicto no será local, sino global, porque las culturas de inclusión y exclusión, se encuentran esparcidas en diferentes países y continentes, por lo tanto el control social dejará de

¹⁸³ Sánchez Sandoval, Op. Cit. 174

hacerse de manera individual y local, para convertirse en un control de grupos y culturas transnacionales.¹⁸⁴

Sánchez Sandoval, nos dice que la posmodernidad jurídica, consiste en la imposición, de reglas de control social internacional, que hacen los países centrales, a los Estados periféricos, donde se les obliga a pasar de la premodernidad que tienen a un control legal extraterritorial.

A las políticas posmodernas, no les importa cuidar formalidades de las libertades civiles, la simulación de las garantías individuales y de los derechos humanos quedó en el pasado. Aunque en la opinión pública internacional, no se toleran las dictaduras abiertas, en la actualidad se promulgan legislaciones, que en la modernidad eran consideradas de excepción.

Estas legislaciones, se institucionalizan como Derecho cotidiano y permanente, para legitimar y dar cauce, a las nuevas necesidades de control social internacional, que hacen los países centrales a los periféricos. En la práctica se renuncia, a los principios generales del derecho moderno y se legaliza el abuso de autoridad.

La posmodernidad militariza las instituciones estratégicas, y se ha desarrollado la tecnología de la vigilancia cercana y permanente al ciudadano, a través de la policía. Una policía militarizada y redimensionada, en cuerpos especializados para cada uno de los problemas, que afecten la seguridad nacional del orden económico mundial.

Los objetivos del control, son los grandes flujos financieros de la economía informal, que se han consolidado en las leyes, contra la delincuencia organizada; la corrupción de los servidores públicos, el tráfico de migrantes y en México el delito de terrorismo, como delincuencia organizada y la exclusión del carácter político de algunos delitos, Sánchez Sandoval afirma que el control cae solamente sobre los excluidos.¹⁸⁵

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 175

¹⁸⁵ Sánchez Sandoval, *Op. Cit.*, p. 176

La Organización de las Naciones Unidas, que se ha caracterizado por defender los derechos humanos, en la actualidad está al servicio, de los intereses neoliberales, acabando la esperanza político-jurídica moderna, a través de tratados y convenciones internacionales, que convierten en derecho exclusivo del dominante, lo que la modernidad consideró, como garantías para proteger a los ciudadanos del abuso del poder.¹⁸⁶

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 176

CONCLUSIONES

PRIMERA. El Estado Liberal Clásico, elabora su política criminal, atendiendo a los principios que marcaba, la Declaración Francesa de 1789, donde se apreciaba por vez primera, una clara división de poderes, donde debe prevalecer el imperio de la Ley, donde todos los derechos y libertades fundamentales debían ser reconocidos por el Estado.

SEGUNDA. El Estado Social de Derecho, retoma estas posturas y elabora una política criminal, que incluye los Derechos sociales, extensivos al Derecho Penal, donde el Estado social de Derecho, debe hacer un uso racional del Derecho Penal, debido a que la violencia, que el Derecho Penal encierra, solamente debe ser utilizada en situaciones límites.

TERCERA. Fue Gunther Jakobs, en la década de 1980, quien introdujo el término de Derecho Penal del Enemigo, para referirse a un fenómeno propio de la política criminal moderna; el endurecimiento del Derecho Penal, contra ciertas formas de peligro, caracterizadas por representar un peligro permanente para la sociedad civil.

Jakobs en su trabajo, parte de la inexistencia de un desarrollo dogmático, coherente, que permita enfrentar las tendencias del estadio de la criminalización previa. El autor encuentra, que existe una contradicción, entre los principios generales, referidos a la tentativa de participación, y que la consumación se orienta a criterios materiales seguros-inseguros.

Jakobs, insiste en la noción de ciudadanía, desde el punto de vista histórico-normativo; por otra parte, la teoría de la imputación objetiva, que Jakobs construye con las aportaciones, de la teoría de Niklas Luhmann; en dicha teoría, aborda el problema del riesgo permitido, del comportamiento por organización,

de la accesoriedad cuantitativa y de la peligrosidad en su abstracta personalidad.

CUARTA. Los fenómenos expansivos del Derecho Penal, como punto de partida, para conocer la actual política criminal sistémica, dan como resultado, que la gran mayoría de las legislaciones penales, hayan cambiado de forma radical, los principios garantistas, alterando la unidad sistemática.

Dentro de los usos simbólicos, del Derecho Penal, puede apreciarse que las leyes declaran valores, respuestas sustitutorias del legislador y leyes de compromiso, donde las cláusulas penales, que si bien no son decisorias, siempre tienen un núcleo central, para satisfacer la necesidad del actuar del Estado.

Nuestro país, al estar incluido en el control social posmoderno, se ve obligado a incluir en diversos de sus ordenamientos, todo lo que establece la Convención de las Naciones Unidas, contra el Tráfico de Estupeficientes y Sustancias Psicotrópicas, mostrando con ello, que no es ajeno a lo que establece el entorno mundial, y los fenómenos expansivos, son sólo una forma para reducir la complejidad jurídico-penal.

En la presente investigación, se cumplió con la hipótesis, toda vez que es una tesis reflexiva, se concluye y se evidencia, la fragmentación penal del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, México, Porrúa, 2002

Cancio Meliá Manuel-Gómez Jara Díez Carlos, Derecho Penal del Enemigo, compiladores, Volúmenes I y II, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2006

Escobar Fornos Iván, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa, 2005

García García, Guadalupe Leticia, Derecho Ejecutivo Penal, México, Porrúa, 2005

Gonzales Vidaurri, Alicia, Sánchez Sandoval, Augusto, Criminología, México, Porrúa, 2008

Fix Zamudio, Héctor, Valencia Carmona, Salvador, Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, México, Porrúa, 2005

Hobbes Thomas, El Leviatán, Fondo de Cultura Económica, México, 1982

Jakobs, Günther, Moderna Dogmática Penal, 2da edición, México, Porrúa, 2006

Jakobs, Günther, Polaino Navarrete Miguel, Función de la pena estatal y evolución de la Dogmática post-finalista

Jakobs, Günther, Moderna Dogmática Penal, México, Porrúa, 2006

Martínez Álvarez, Isabel Claudia, El Derecho Penal del Enemigo, México, Porrúa, 2009

Mir Puig Santiago, Estado, Pena y Delito, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2006

Moccia Sergio, El Derecho Penal Entre Ser y Valor, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2006

Montero Zendejas, Daniel, Derecho Constitucional Comparado, México, Porrúa, 2002

Porrúa Pérez, Francisco, Teoría del Estado, México, Porrúa, 1999

Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, 2da edición, México, UNAM, 1997

Ramírez Marín Juan, Seguridad Pública y Constitución, México, Porrúa, 2003

Rousseau Jacobo, El Contrato Social, Tecnos Madrid, 2000

Sánchez Sandoval, Augusto, Sistemas Ideológicos y Control Social, México, UNAM, 2008

Sánchez Sandoval, Augusto, Seguridad Pública y la Teoría de los sistemas, en la sociedad del riesgo, México, Porrúa, 2007

Sánchez Ortiz, Pablo, Imputación y Teoría del delito, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, S.R.L, 2006

Silva Sánchez, Jesús María, La Expansión del Derecho Penal, Buenos Aires Argentina, Euros Editores, 2006

Tocora, Fernando, Política Criminal Contemporánea, Colombia, Temis, 1997

Vargas Montoya, Samuel, Historia de las Doctrinas Filosóficas, México, Porrúa, 1980

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho Penal, Parte General, México, Porrúa, 2005

Zaffaroni, Eugenio Raúl, El Enemigo en el Derecho Penal, Buenos Aires Argentina, Ediar, 2007

Tesis consultada: Los Tribunales de Control, en el marco del respeto a las garantías de seguridad jurídica, en materia de delincuencia organizada, que presentó el alumno, Carlos Fernando Carrillo Malagón, para obtener el título de licenciado en Derecho, la tesis se encuentra disponible, en la Biblioteca Central de la UNAM y en la Biblioteca de la Fes Acatlán UNAM.

CIBERGRAFÍA

<http://www.descargas.cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/02582729880247063190191029101.pdfzincr=1>

<http://criminet.ugr.es/recpc>

<http://www.urbeetiuos.org/newsletters128/docs/Bailones.doc>

<http://www.aeyasoc.com.ar/articulo14pdf>

<http://es.scribd.com/doc/67142771>

<http://neopanopticum.wordpress.com/2007/0812411>

LEGISLACIÓN

Código Penal de la Nación Argentina

Ley Antiterrorista de la Nación Argentina

Ley Penal Tributaria en Argentina

Código Penal Colombiano

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Código Penal Federal

Código Federal de Procedimientos Penales

