



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA REFORMA DE 2008

**SU INCOMPATIBILIDAD CON
EL ESTADO CONSTITUCIONAL
Y LOS FINES DEL DERECHO PENAL**

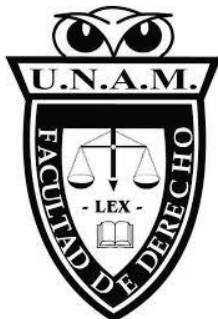
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

EDUARDO SALVADOR ROJAS VALDEZ



**ASESORA: MTRA. I. GRISELDA
AMUCHATEGUI REQUENA**

Ciudad Universitaria

2015



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/ SP/8/1/2015
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno **EDUARDO SALVADOR ROJAS VALDEZ**, con No. de Cuenta: 306039463, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección de la **MTRA. IRMA GRISELDA AMUCHATEGUI REQUENA**, la tesis profesional titulada "EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA REFORMA DE 2008 SU INCOMPATIBILIDAD CON EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LOS FINES DEL DERECHO PENAL", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

La profesora, **MTRA. IRMA I. GRISELDA AMUCHATEGUI REQUENA**, en su calidad de asesor, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA REFORMA DE 2008 SU INCOMPATIBILIDAD CON EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LOS FINES DEL DERECHO PENAL" puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a el alumno **EDUARDO SALVADOR ROJAS VALDEZ**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

Sin otro particular, agradezco anticipadamente la atención que le dé a la presente solicitud, y aprovecho para enviarle un saludo cordial.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 21 de enero de 2015

MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA
DIRECTOR DEL SEMINARIO

CEBS/ajs



A los 43...

A los 22, 322...

*Hemos aprendido a volar como los pájaros, a nadar como los peces,
pero no hemos aprendido el sencillo arte de vivir como hermanos.*

Martin Luther King

AGRADECIMIENTOS

Han pasado más de dos años desde que empecé a reflexionar sobre el tema que dio lugar a la presente tesis; sin embargo, afirmar que las palabras vertidas en este trabajo son sólo producto de la investigación llevada a cabo durante ese tiempo sería una ingrata mentira. Estoy consciente que todo lo que soy, al menos lo mejor de mí, se debe a ciertos momentos, pero sobre todo a personas que han tenido la generosidad de compartir conmigo su vida y que han hecho del camino la aventura más valiosa. Me siento sumamente afortunado de conocer personas tan asombrosas a las que nunca terminaré de agradecer.

A mi mamá, guerrera incansable, ejemplo de entrega y de generosidad, gracias por todo lo que has hecho porque sea feliz. Que tu luz nunca se apague. A mi papá, mano fiel y desinteresada, ejemplo de responsabilidad, gracias por escuchar siempre, por opinar y por entender que no siempre siga tus consejos. Gracias a ambos por brindarme las herramientas para enfrentar la vida, para perseguir mis metas. Les prometo dar siempre lo mejor de mí.

A mi abue Mary, mi tía Ruth y mis primas Nayely e Ilse, gracias por su apoyo y confianza, por estar siempre presentes.

A la maestra Griselda Amuchategui Requena, gracias por su tolerancia, pasión, por ofrecer siempre un consejo inteligente y por acercarme a la disciplina penal; siempre recordaré que alguna vez dijo “el Derecho penal es un camino lleno de injusticias y de corrupción, pero profundamente hermoso y digno de ser vivido”.

Al doctor Sergio García Ramírez, gracias por ser un ejemplo y un maestro en toda la extensión de la palabra, por sus exigentes comentarios. Al llegar al Instituto de Investigaciones Jurídicas esperaba encontrar a un erudito del Derecho penal; ciertamente lo hallé, pero sobre todo descubrí un hombre extraordinario, generoso e infatigable.

A la maestra Blanca Alicia Mendoza Vera, gracias por su gran ejemplo. Sin sus palabras esta tesis nunca se hubiera escrito.

A la maestra Wendy Rocha Cacho, gracias por su tiempo, su apoyo invaluable y sus palabras siempre oportunas.

A Adriana, Carlos, Christian, Edgar, Isaura, Jocelyn, Julián y Miriely, compañeros de vida y espíritus inquebrantables, gracias por su invaluable amistad, por su aliento, por hacer de mí una mejor persona y por brindarme la seguridad de que me puedo caer la veces que sea necesario porque siempre habrá alguien para ayudar a levantarme.

A la Facultad de Derecho y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, gracias por brindarme el mejor lugar para soñar, construir y proponer. Es un orgullo formar parte de esta Universidad, sin duda, una de las instituciones más nobles del país e indispensables para su progreso.

A Araceli Miramón, Armando Granados, Carlos Barragán, Consuelo Sirvent, Francisco Goytortúa, Georgina Flores, Jorge Robles, José Díaz de León, Lorenzo Córdova, Luciano Silva, Pablo Pruneda, Pedro Peñaloza, Pedro Salazar, Roberto Terrazas y Rogelio Paredes, gracias por su compromiso con la Universidad y con la formación de juristas.

A Dios, por todo.

Eduardo Rojas Valdez
Ciudad Universitaria
Diciembre, 2014

**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO
Y LA REFORMA DE 2008
SU INCOMPATIBILIDAD CON EL ESTADO CONSTITUCIONAL
Y LOS FINES DEL DERECHO PENAL**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN I

CAPÍTULO 1

MARCO TEÓRICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

1.1. La teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann y su influencia en el pensamiento de Günter Jakobs 1

1.2. El funcionalismo normativista de Günter Jakobs 9

 1.2.1. El significado y el fin de la pena estatal 11

 1.2.2. Persona 17

 1.2.3. Críticas al funcionalismo normativista..... 19

1.3. Derecho penal del enemigo 22

 1.3.1. El enemigo..... 27

 1.3.2. Normas de flanqueo 32

 1.3.3. Elementos del Derecho penal del enemigo 34

 1.3.3.1. Amplio adelantamiento de la punibilidad 34

 1.3.3.2. Falta de una reducción de la pena proporcional al adelantamiento de la punibilidad 36

 1.3.3.3. Paso de una legislación penal a una legislación de combate..... 37

 1.3.3.4. Supresión de garantías procesales 38

1.3.3.5. Régimen de ejecución penal especializado.....	39
1.3.4. Límites al Derecho penal del enemigo.....	40
1.3.5. La propuesta de Jakobs respecto al Derecho penal del enemigo	44
1.4. La doctrina y el Derecho penal del enemigo.....	46
1.4.1. El Derecho penal del enemigo como tercera velocidad del Derecho penal.....	47
1.4.2. El Derecho penal del enemigo como fusión del Derecho penal simbólico y del punitivismo	48
1.4.3. El subsistema penal de excepción de Luigi Ferrajoli	50
1.5. El Derecho penal del enemigo: la exclusión jurídica del “otro”	51

CAPÍTULO 2

MARCO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

2.1. El <i>hostis iudicatio</i> en el Derecho romano.....	58
2.2. La caza de brujas y el <i>Malleus maleficarum</i>	60
2.3. Los contractualistas clásicos y la idea del enemigo.....	72
2.3.1. Thomas Hobbes	73
2.3.2. John Locke	77
2.3.3. Jean-Jaques Rousseau.....	82
2.3.4. Immanuel Kant	85
2.3.5. Johann Gottlieb Fichte.....	88
2.4. La escuela positiva	92
2.5. Franz von Liszt y la neutralización de los delincuentes habituales	95

2.6. Carl Schmitt y las categorías amigo y enemigo	97
2.7. El combate a los enemigos del régimen nacionalsocialista	101
2.8. El combate al narcotráfico en Colombia	114
2.9. El 11 de septiembre y sus consecuencias en torno al Derecho penal del enemigo	119
2.10. El enemigo: el constante presente en la historia del Derecho penal.....	131

CAPÍTULO 3

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

3.1. El enemigo contemporáneo: el delincuente organizado	135
3.2. La evolución del régimen de excepción en México	138
3.2.1. La reforma constitucional de 1993.....	140
3.2.2. La reforma constitucional de 1996.....	146
3.2.3. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	152
3.2.4. La reforma constitucional de 1999.....	170
3.3. La reforma constitucional de junio de 2008	173
3.3.1. Artículo 16 constitucional.....	185
3.3.1.1. Definición de delincuencia organizada	185
3.3.1.2. Arraigo.....	191
3.3.2. Artículo 18 constitucional.....	201
3.3.2.1. Centros penitenciarios especiales.....	201

3.3.2.2. Restricción al derecho a compurgar las penas en la penitenciaría más cercana al domicilio del sentenciado	203
3.3.2.3. Restricción de comunicaciones y aplicación de medidas especiales	205
3.3.3. Artículo 19 constitucional.....	210
3.3.3.1. Prisión preventiva oficiosa.....	210
3.3.3.2. Suspensión del proceso y del plazo de prescripción de la acción penal	214
3.3.4. Artículo 20 constitucional.....	217
3.3.4.1. Reserva del nombre y datos del denunciante y de la víctima.....	217
3.3.4.2. Beneficios al colaborador	220
3.3.4.3. Valor probatorio de las actuaciones realizadas en la fase de investigación.....	222
3.3.5. Artículo 22 constitucional.....	225
3.3.5.1. Extinción de dominio	225
3.4. La política penal contra el enemigo: una realidad mexicana	231

CAPÍTULO 4

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO A DEBATE

SU CONTRADICCIÓN CON EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Y LOS FINES DEL DERECHO PENAL

4.1. Los argumentos a favor del Derecho penal del enemigo	236
4.1.1. El cínico: el Derecho penal del enemigo como límite ante una realidad oscura.....	236

4.1.2. El iluso: la presunción de legitimidad de toda norma en una democracia	239
4.1.3. El imitador: el Derecho penal del enemigo como un fenómeno global	241
4.1.4. Los derechos humanos como obstáculos a la seguridad y el Derecho penal del enemigo como condición del Estado constitucional	242
4.2. La incompatibilidad del Derecho penal del enemigo con el modelo de Estado constitucional: el Derecho penal del enemigo desde la óptica de los derechos fundamentales.....	250
4.2.1. El Estado constitucional.....	250
4.2.2. El adelantamiento de la punibilidad y los principios de hecho y de lesión	259
4.2.3. La negación de la dignidad humana y del principio de igualdad.....	265
4.2.4. La pluralidad como un valor del Estado constitucional	268
4.2.5. El riesgo de la supresión de garantías procesales	270
4.2.6. La lógica belicista del Derecho penal del enemigo	272
4.2.7. Pérdida del parámetro de legitimidad sustancial	274
4.3. La contradicción del Derecho penal del enemigo con los fines del Derecho penal.....	276
4.4. Entre el Estado constitucional y el Derecho penal del enemigo	283
4.5. La política criminal del enemigo: consecuencias y resultados.....	292
CONCLUSIONES	309
PROPUESTA. LAS ALTERNATIVAS AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO...	321
FUENTES CONSULTADAS.....	337

INTRODUCCIÓN

Todo momento histórico está caracterizado por los retos que tuvieron que ser afrontados, pero, sobre todo por las decisiones que se tomaron para hacerles frente. Ante cada desafío surgen ideas casi siempre encontradas sobre la forma en que el mismo debe ser atendido; sin embargo, el proceso de conciliación entre estas ideas no siempre es pacífico, pues en ocasiones los grupos que afirman fervientemente contar con la solución, optan por imponer sus planes a despecho de aquellos que no coinciden con su forma de pensar.

La complejidad de nuestra sociedad ha provocado que los retos a enfrentar sean igualmente complejos. En un mundo con recursos limitados, hoy tenemos que hacer frente al tema de la migración, el medio ambiente, la desigualdad social y, por supuesto, la seguridad.

México atraviesa por una crisis de seguridad de difícil comparación. Frente a los delitos “clásicos” se erigen manifestaciones criminales que generan un impacto considerable en la sociedad, entre ellas destaca evidentemente la delincuencia organizada. Las estructuras criminales, se dice, tienen la capacidad para arrebatarse al Estado el monopolio de la fuerza; son entidades con el suficiente poder militar, económico y humano para enfrentar al que otrora se consideraba el invencible Leviatán. Se responsabiliza al crimen organizado de una ola de violencia que ha acribillado a la sociedad, por lo que el Estado mexicano le ha declarado la guerra bajo la firme convicción de eliminar esa importante amenaza antes de que sea demasiado tarde.

No obstante, la sociedad no se ve amenazada sólo por la delincuencia organizada, pues las desapariciones forzadas, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, las violaciones al debido proceso y demás transgresiones a los

derechos humanos cometidas por autoridades son parte de la cotidianeidad vivida por la sociedad mexicana.

Todos coinciden en un punto: se tienen que tomar decisiones frente al grave problema de seguridad que enfrenta nuestro país; en lo que no existe consenso es en el tipo de decisiones que deben ser adoptadas. Aun cuando las categorizaciones son peligrosas, es posible distinguir dos propuestas generales. Por un lado, están aquellos que pugnan por ampliar las facultades de las autoridades, por acabar con la violencia con mano dura y responder con fuerza ante la delincuencia. Por otro lado, generalmente de una forma más marginal, se encuentran aquellos que optan por medidas de prevención antes que recurrir a la represión, que exigen derechos para todos y que creen que la violencia sólo genera más violencia.

Estas dos propuestas luchan por colocarse en la agenda política del país. En medio se encuentra la población temerosa que clama por soluciones efectivas y rápidas en sus anhelos de seguridad. En este contexto surge un viejo conocido de la política criminal: el Derecho penal del enemigo, que asegura ser capaz de detener a los delincuentes que amenazan a la sociedad, con la promesa además de que sus instrumentos restrictivos de derechos sólo afectarán a los sujetos que se han apartado radicalmente del camino del bien.

Ante semejante proposición surgen voces que dudan que el Derecho penal del enemigo pueda cumplir con su promesa, o cuando menos aseveran que el precio puede ser muy alto en comparación con los beneficios. En esta discusión se ubica la presente tesis. Mi objetivo es demostrar que el Derecho penal del enemigo no es la solución al problema de seguridad que aqueja a nuestro país; por el contrario, es un modelo que se encuentra en franca oposición al Estado constitucional y a los fines del Derecho penal garantista, por lo que en vez de constituir la panacea esperada, sólo puede contribuir a agravar el problema.

En el Capítulo primero se desarrollarán los postulados teóricos sobre los cuales se funda el Derecho penal del enemigo. En este marco teórico será

necesario aludir a las ideas de su principal exponente: Günter Jakobs. Empero, para entender los motivos por los cuales este jurista planteó sus explicaciones en torno al Derecho penal del enemigo, se ofrece en primer lugar un breve esbozo sobre la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, que sirvió de referente para que Jakobs desarrollara su teoría normativista de la pena y su conceptualización de la persona. Posteriormente se hará referencia a la función que el mencionado jurista atribuye al Derecho penal del enemigo, su fundamento, sus elementos y la forma en la que un delincuente se convierte en enemigo. Se analizará si bajo la formulación de Jakobs, el Derecho penal del enemigo es un modelo limitado; asimismo, se hará referencia a la postura de este autor con respecto al aludido fenómeno legislativo.

Enseguida se hará alusión a las aportaciones realizadas por otros autores, a saber: Jesús-María Silva Sánchez, Manuel Cancio Meliá y Luigi Ferrajoli, quienes han ofrecido explicaciones, en ocasiones coincidentes y en otras en total oposición a los escritos de Günter Jakobs, sobre los regímenes penales de excepción. Para concluir el primer Capítulo se cuestionará si la descripción realizada por Jakobs es suficiente para explicar el fenómeno del Derecho penal del enemigo y se establecerá una caracterización propia.

El Capítulo segundo tiene como objetivo hacer un recorrido histórico en relación con las manifestaciones jurídicas que coinciden con los elementos del Derecho penal del enemigo, así como las reflexiones que distintos pensadores considerados clásicos han formulado en torno a la función del Derecho como mecanismo para enfrentar a los enemigos de una determinada comunidad o Estado. El marco histórico ofrecido no pretende ser exhaustivo; su finalidad es demostrar que la construcción de un enemigo como sujeto adverso a la sociedad ha sido una constante en la historia del Derecho penal, tanto en su vertiente legislativa como en la doctrinal, así como identificar ciertos patrones que ha seguido este fenómeno legislativo y que siguen presentes en su manifestación actual.

El estudio de la presencia del Derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico mexicano tendrá lugar en el Capítulo tercero. Se partirá de que el Estado mexicano ha definido como su principal enemigo al delincuente organizado –aun cuando la lógica de la exclusión comienza a permear en otras normas penales– y se expondrán las razones para dicha determinación. A continuación se desarrollará la forma en la que el régimen de excepción en materia de delincuencia organizada ha evolucionado a partir de una serie de reformas constitucionales y legales que han pretendido ofrecer una solución al problema de seguridad en el país. En este punto, se hará especial referencia a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que sin duda representa un cuerpo normativo construido bajo una lógica, características, principios y funciones distintos a los del sistema penal ordinario.

Se estudiará con detenimiento la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008. Esta enmienda supuso la escisión del sistema penal desde la propia Ley Fundamental, ya que por un lado estableció los lineamientos generales sobre los cuales se desarrollará el llamado sistema acusatorio, que pretende fortalecer la oportunidad de defensa del imputado y ofrecer mecanismos de transparencia en la impartición de justicia, pero por otro, estableció un conjunto de excepciones a ciertos principios y derechos humanos, en su mayoría referidas a la delincuencia organizada, en los artículos 16, 18, 19, 20 y 22 constitucionales. Al tratar la enmienda penal constitucional de 2008 se efectuará un análisis de cada una de las medidas que configuran el régimen de excepción en materia de delincuencia organizada, describiendo las razones mencionadas por los legisladores para justificarlas y examinando su constitucionalidad y convencionalidad.

El Derecho penal del enemigo será sometido a debate en el Capítulo cuarto para determinar si éste es una alternativa viable. En primer lugar se revisarán los principales argumentos que se han esgrimido para defender la legitimidad de los regímenes parapenales. En segundo lugar se expondrán las cuestiones por las que considero que las características, principios y propósitos del Derecho penal

del enemigo se encuentran en oposición con el Estado constitucional, así como con los fines del Derecho penal garantista, para finalmente estar en posibilidad de escoger entre el Derecho penal del enemigo y el proyecto de los derechos humanos.

Por último, se realizará un diagnóstico sobre los resultados y consecuencias que ha traído la guerra contra el crimen organizado en nuestro país, a fin de determinar si el camino emprendido por el Estado mexicano ha sido el indicado para alcanzar las aspiraciones de seguridad de la sociedad. Con base en dicho análisis, se establecerá una serie de alternativas a lo que he llamado la política criminal del enemigo.

Partí de la idea de que tenía repuestas ciertas para el fenómeno que me proponía estudiar, en el camino comprendí que la investigación jurídica es un proceso, no siempre lineal, que necesariamente te lleva a confrontar lo que dabas por hecho. El camino no me llevó a un resultado diferente, pero sí me dio mayores elementos para afirmar con mayor certeza lo que he plasmado.

El presente trabajo ha sido escrito bajo la convicción de que la ciencia jurídica debe cumplir un papel que va más allá del simple espectador que describe imparcialmente un fenómeno que se verifica en la sociedad. Indudablemente este diagnóstico es útil y necesario para entender los factores, causas y particularidades del hecho estudiado, así como para pronosticar el rumbo que tomará; empero, nuestro deber es asumir una postura crítica y propositiva, de tal suerte que los juristas podamos acompañar a nuestro país en un momento en el que las decisiones que tomemos como Estado serán determinantes para definir si nuestros pasos supondrán un retroceso histórico, o bien estarán orientados a la búsqueda de una sociedad más responsable, abierta y tolerante.

CAPÍTULO 1

MARCO TEÓRICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Hay que tener cuidado al elegir a los enemigos
porque uno termina pareciéndose a ellos.

Jorge Luis Borges

SUMARIO: 1.1. La teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann y su influencia en el pensamiento de Günter Jakobs. 1.2. El funcionalismo normativista de Günter Jakobs. 1.2.1. El significado y el fin de la pena estatal. 1.2.2. Persona. 1.2.3. Críticas al funcionalismo normativista. 1.3. Derecho penal del enemigo. 1.3.1. El enemigo. 1.3.2. Normas de flanqueo. 1.3.3. Elementos del Derecho penal del enemigo. 1.3.4. Límites al Derecho penal del enemigo. 1.3.5. La propuesta de Jakobs respecto al Derecho penal del enemigo. 1.4. La doctrina y el Derecho penal del enemigo. 1.4.1. El Derecho penal del enemigo como tercera velocidad del Derecho penal. 1.4.2. El Derecho penal del enemigo como fusión del Derecho penal simbólico y del punitivismo. 1.4.3. El subsistema penal de excepción de Luigi Ferrajoli. 1.5. El Derecho penal del enemigo: la exclusión jurídica del “otro”.

1.1. La teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann y su influencia en el pensamiento de Günter Jakobs

Günter Jakobs es sin duda uno de los juristas cuyo pensamiento ha impactado la dogmática penal de las últimas décadas. El hoy considerado como uno de los principales exponentes del funcionalismo es autor de diversas ideas que han conmocionado el debate jurídico. Para desarrollar sus teorías, el jurista retomó parte de los planteamientos desarrollados por Niklas Luhmann, sociólogo conocido principalmente por sus avances en torno a la teoría de los sistemas sociales. La intención del presente apartado no es hacer un resumen del pensamiento de

Luhmann, ello rebasaría por mucho nuestro propósito; por lo que únicamente se hará un esbozo de las principales ideas que influenciaron la teoría funcionalista de la pena de Jakobs, lo que posteriormente lo llevaría a plantear su explicación acerca del Derecho penal del enemigo.

La teoría de los sistemas no encuentra génesis en las ciencias sociales; por el contrario, Luhmann aprovechó los conocimientos desarrollados por ciencias como la Biología o la Informática a fin de explicar cómo se constituyen y organizan los sistemas sociales. De esta manera, se utiliza el concepto de autopoiesis¹ y otras nociones relacionadas que fueron acuñadas originalmente por los biólogos Humberto Maturana y Francisco Varela para explicar la organización de los seres vivos.

Según este enfoque, la característica principal de todo sistema es su capacidad para producirse a sí mismo. Luhmann señala que “un sistema es sistema sólo si por medio de sus propias operaciones se vuelve a sí mismo sistema”. Éste se produce “enlazando operaciones propias con operaciones propias y, diferenciándose, así, respecto de su entorno”².

Entorno, en este contexto, es entendido como el medio en el que ocurre una serie de operaciones e interacciones entre distintos elementos, los cuales, antes de existir el sistema, se encuentran desorganizados y sin estructura; valga la redundancia, no están sistematizados. La función de todo sistema es reducir la complejidad, es decir, disminuir una serie de variables a fin de operar coherente y organizadamente.

Un sistema se constituye mediante una serie de operaciones homogéneas, en la cual, las operaciones nuevas se producen con referencia a otras anteriores, por lo que la repetición de la secuencia es lo que va conformando el sistema. A

¹ La noción de autopoiesis sirve para describir un fenómeno circular: las moléculas orgánicas forman redes de reacciones que producen a las mismas moléculas que las integran. Tales redes e interacciones moleculares, que se producen a sí mismas y especifican sus propios límites, son los seres vivos. Cfr. Rodríguez M., Darío y Torres N., Javier, “Autopoiesis, la unidad de una diferencia: Luhmann y Maturana”, *Sociologías*, año 5, núm. 9, enero/junio, Brasil, 2003, pp. 106 y ss.

² Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, 2a ed., trad. de Silvia Pappe y Brunhilde Erker, Anthropos-Universidad Iberoamericana-CEJA, España, 1998, pp. 13-14.

este proceso se le denomina autopoiesis. De ahí que se afirme que el sistema se reproduce a sí mismo³.

En el entorno, la gama de posibilidades es prácticamente inagotable; empero, una vez que se produce el proceso autopoietico se forma el sistema, el cual, en razón de que está constituido por una serie de operaciones uniformes, genera límites al homogeneizar los eventos posibles en el entorno. Es por eso que Luhmann indica que “el entorno alcanza su unidad sólo mediante el sistema y siempre en relación con el sistema”⁴.

Luhmann identifica como posibles sistemas a las máquinas, los organismos, los sistemas psíquicos y los sistemas sociales⁵, cada uno de ellos compuesto por un elemento distinto. En el caso de los sistemas sociales, este elemento es la comunicación. La sociedad, bajo este esquema, es considerada como el sistema omniabarcador en el que se dan todas las comunicaciones, así como los demás sistemas sociales⁶.

En consecuencia, a diferencia de la opinión mayoritaria que concibe a la sociedad como un conjunto de individuos que establecen relaciones entre sí, Luhmann considera que la sociedad está integrada de comunicación. El papel de los seres humanos en la sociedad es formar parte del entorno y no del sistema social, es decir, formamos parte del medio en el que se establece ese sistema de comunicaciones⁷. Esta idea ha sido criticada duramente, pues se considera que Luhmann deshumaniza a la sociedad y, por tanto, se aleja de ofrecer una explicación certera del fenómeno social.

Sin embargo, como prueba de que la sociedad no pertenece a lo humano, se invoca la fácil disponibilidad de los individuos para apartarse de lo socialmente establecido. Con ello, el sociólogo indica que todo sistema social, incluida la

³ Cfr. *Ibidem*, pp. 21-61.

⁴ *Ibidem*, pp. 40-41.

⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 27.

⁶ Cfr. Luhmann, Niklas, y De Georgi, Raffaele, *Teoría de la sociedad*, trad. de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, Universidad de Guadalajara-Universidad Iberoamericana-Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, México, 1993, p. 43.

⁷ Cfr. Luhmann, *Sistemas sociales*, *cit.*, p. 15.

sociedad, no es consecuencia de la naturaleza humana, sino de la necesidad y la conveniencia de reducir esa enorme gama de posibilidades humanas en la que nunca nadie podría coincidir⁸.

El proceso de comunicación que da origen a lo social se da de la siguiente manera: supongamos la existencia de dos individuos que se encuentran por la calle. Cada uno dispone de una serie de alternativas, pero no puede conocer las selecciones del otro, es decir, no puede saber si el otro lo atacará, será amigable o simplemente lo ignorará. El haz de posibilidades es inmenso⁹. Es entonces cuando se descubre la función del sistema, la cual, como ya habíamos anticipado, es reducir precisamente esa complejidad, entendida como ese amplio conjunto de alternativas y posibilidades, función que cumplirá a través del establecimiento de límites, los cuales en un sistema social equivalen a significados comunicativos definidos.

Si no existiera un sistema que determinara el significado comunicativo de las conductas que implican interacción con terceros sería imposible establecer relaciones permanentes. Por ejemplo, al encontrarnos una persona en la calle que nos extiende la mano, en ausencia de un sistema que determine los límites comunicativos de tan simple conducta, sería imposible saber si dicha persona pretende saludarnos, hacernos daño o cualquier otra posibilidad. Sin embargo, la acción de extender la mano como signo de saludo ya ha sido efectuada con anterioridad, lo que permite suponer que cuando se actualiza dicha conducta, la intención es un saludo. Cada vez que una persona saluda a otra extendiéndole la mano, va reproduciendo el sistema, pues confirma el significado social que ese comportamiento debe tener. Esta serie de actos comunicativos es lo que va construyendo a la sociedad.

Es así que la sociedad no es definida como el conjunto de individuos que establecen determinadas relaciones entre sí, sino como ese conjunto de operaciones comunicativas que a través de su repetición adquieren significado. En

⁸ Cfr. Torres Nafarrete, Javier, "Nota introductoria", en Luhmann y De Georgi, *op., cit.*, p. 13.

⁹ Cfr. Rodríguez, Darío M., "Invitación a la sociología de Niklas Luhmann", en Luhmann, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, 2ª ed., trad. de Javier Torres Nafarrete, Herder-Universidad Iberoamericana, México, 2005, p. 30.

este sentido, Juan García Amado sostiene que la sociedad se identifica con un código comunicativo, en el que cada evento expresa un determinado sentido social¹⁰.

Gracias al sistema social, sabemos que cuando una persona acuerda cumplir con determinada prestación, como entregar determinada cosa, hacer cualquier acto positivo o abstenerse de realizar cierta conducta, cabe esperar que cumplirá con dicho compromiso; que cuando dos individuos procrean descendencia, cumplirán con su papel de padres y proporcionarán cuidado, alimentación y educación a sus hijos; que las personas que asumen la labor de ser maestros intentarán enseñar a sus estudiantes, y las que opten por ser médicos harán lo propio por la salud de sus pacientes.

Este conjunto de patrones tiene como consecuencia que se generen expectativas de que cada persona se conducirá conforme al sistema, asumiendo sus roles y cumpliendo con sus obligaciones. Desde el momento en que cada conducta tiene un significado definido por el sistema, los individuos pueden saber qué esperar del curso de acción siguiente al interactuar con los otros. Las expectativas también pueden ser negativas; por ejemplo, que cualquier persona se abstendrá de privarnos de nuestra vida, libertad, bienes o de cualquier otro derecho.

Cada individuo que interviene en la comunicación social conoce qué expectativas pueden generarse ante los comportamientos ajenos, pero sabe también qué esperan los demás como respuesta a sus acciones, generándose así expectativas de expectativas. De esta manera, en palabras de Juan Antonio García Amado, “el caos de lo imprevisible, la total contingencia, se ve sustituido en la convivencia social por el orden de lo esperable”¹¹.

Luhmann distingue dos tipos de expectativas: las cognitivas, que son aquellas que en caso de no ser satisfechas, se renuncia a las mismas a fin de

¹⁰ Cfr. García Amado, Juan Antonio, “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en Díaz y García Conlledo, Miguel y García Amado, Juan Antonio (coords.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Cordillera-Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2006, p. 157.

¹¹ *Ibidem*, p. 158.

sustituirlas por otras que sí sean útiles como modelo de orientación, y las normativas, las cuales se mantienen a pesar de verse defraudadas¹². Por ejemplo, se puede esperar que si el semáforo enciende la luz roja, los conductores detendrán sus automóviles y los peatones podrán cruzar sin temor a ser atropellados; empero, si una persona al cruzar la calle es arrollada por un automovilista no obstante encontrarse prendida la luz roja, ello no implica que la expectativa deba ser sustituida, pues por razones de estabilidad y conveniencia es necesario conservarla. Si ciertas expectativas no fueran conservadas no sería posible hablar de sistema, pues éste tendría una duración tan efímera al depender de que nadie violara, ni siquiera en una sola ocasión, las expectativas de las cuales se conforma, por lo que no cumpliría su función; la complejidad aún estaría presente.

Es en este orden de ideas en el que el Derecho hace su aparición en la teoría de los sistemas sociales. Luhmann le atribuye como función estabilizar las expectativas normativas, las cuales, al no verse sustituidas a pesar de haber sido decepcionadas, necesitan de un mecanismo que permita mantenerlas en casos futuros, y de esta manera el sistema pueda seguir operando. Luhmann explica esta función de la siguiente manera:

El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desengaños de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado con relación a sus expectativas. Uno se permite un mayor grado de confianza (hasta la imprudencia) o la desconfianza, cuando se puede confiar en el derecho. Y esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza¹³.

Una persona puede coexistir con otras en sociedad sabiendo que puede confiar en que las expectativas normativas serán cumplidas generalmente y sólo

¹² Cfr. Luhmann, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, 2ª ed., trad. de Javier Torres Nafarrete, Herder-Universidad Iberoamericana, México, 2005, pp. 190-191.

¹³ *Ibidem*, p. 189. En este mismo sentido, Juan Antonio García Amado afirma que, según la teoría sistémica, el Derecho permite la generalización de expectativas de expectativas, les da un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada interrelación particular, por lo que permite su vigencia como estructuras sociales. Véase García Amado, *op. cit.*, p. 160.

defraudadas excepcionalmente gracias a que cuentan con un respaldo en las normas jurídicas. En virtud de la confianza que las personas tengan en el Derecho, concebirán su futuro como más o menos cierto. Incluso cuando una expectativa normativa es violada, el Derecho protege a quien la tiene, transformando la expectativa en otra forma: en castigo. De esta manera, las personas pueden seguir actuando conforme al sistema social, pues la sanción demuestra que la expectativa es racional y por eso es castigado quien la violó¹⁴. La expectativa que contiene la norma se estabiliza contrafácticamente mediante la aplicación de una sanción.

Es así como una persona que ve defraudadas las expectativas sociales que le sirven como parámetro de comportamiento social, estará en aptitud de conservarlas. El hecho de que exista una reacción jurídica ante la contravención de las normas le permite saber que él estaba bien al tener, y seguir teniendo, dichas expectativas, pues el que actuó de manera incorrecta fue quien las defraudó, siendo éste sancionado y la expectativa conservada.

Luhmann es enfático cuando advierte que la función del Derecho no es orientar el comportamiento de los seres humanos; lo que pretende es proteger a quienes se conducen conforme a las expectativas que integran la sociedad, otorgándoles confianza y certeza. De esta manera, Luhmann señala que:

Sin negar la relevancia empírica de estas cuestiones y de su significado para una política normativa, hay que insistir en que la función de la norma no es orientar las motivaciones (allí entran en juego demasiadas casualidades y equivalencias funcionales), sino en algo contrario: que la norma se establezca, mediante aseguramientos, frente a los hechos. La norma no asegura un comportamiento conforme a la norma; sin embargo, protege a quien tiene esa expectativa¹⁵.

El Derecho no asegura entonces que las expectativas siempre serán cumplidas; únicamente puede dar un soporte para que cada individuo pueda confiar en ellas. Se puede decir que la función del Derecho es transmitir

¹⁴ Cfr. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, cit., pp. 196-197.

¹⁵ *Ibidem*, p. 192.

simbólicamente confianza a quien vive en sociedad en el sentido de que es racional conservar ciertas expectativas, pues éstas serán cumplidas de modo general. Mientras la mayor parte de la población crea esto, el Derecho estará cumpliendo su función¹⁶.

También es importante advertir que el Derecho no estabilizará todas las expectativas que se dan en la sociedad, pues ellas no sólo son de carácter jurídico, sino que también comprenden reglas de comportamiento, costumbres, exigencias morales, etcétera. Sólo serán tuteladas jurídicamente aquellas expectativas relevantes o fundamentales para el desarrollo de la sociedad; en palabras de Luhmann, cuando “realmente valgan la pena”¹⁷.

Luhmann niega que el Derecho tenga como función, como comúnmente se le atribuye, regular las relaciones sociales. El sociólogo ironiza, y menciona que si el Derecho asumiera esta función formaría parte del ordenamiento jurídico cualquier regla de comportamiento por intrascendente que ésta sea, como la forma en que los supermercados acomodan sus mercancías¹⁸.

El sociólogo no niega que el Derecho pueda contribuir a encauzar el comportamiento de los individuos o a solucionar ciertos conflictos que se presentan en sociedad; empero, ello no forma parte de su función, sino que son prestaciones del Derecho, y lo que distingue unas y otras es que mientras la función es exclusiva y, por tanto, únicamente puede ser cumplida por el Derecho, las prestaciones pueden ser desempeñadas por distintos sistemas. Lo que quiere decir Luhmann es que no sólo a través del Derecho se solucionarán los conflictos de la sociedad o se orientará el comportamiento de los individuos a lo preceptuado por la norma, pues para lograr ello intervienen muchos otros sistemas que en ocasiones poco tienen que ver con el Derecho.

Esta construcción teórica sobre la función del Derecho es de la que parte Günter Jakobs a fin de desarrollar su teoría funcionalista normativista, la cual

¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 87.

¹⁷ *Ibidem*, p. 194.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 196-197.

desembocará en la justificación que realiza sobre el Derecho penal del enemigo, temas que serán tratados en los siguientes apartados.

1.2. El funcionalismo normativista de Günter Jakobs

La doctrina jurídico-penal ha desarrollado distintos modelos que sistematizan los elementos que componen el delito y que permiten estudiarlo para ofrecer una herramienta teórica que facilite la aplicación e interpretación de la ley penal. De esta manera, se identifican corrientes causalistas, neocausalistas, finalistas y las más recientes son conocidas como funcionalistas¹⁹.

El funcionalismo es una corriente del pensamiento que destaca la importancia de las funciones dirigidas a la conservación de la estructura social²⁰. Este movimiento no es ni originaria ni exclusivamente jurídico, pues la conservación de la estructura social no es tarea que únicamente pueda desempeñar el Derecho; sin embargo, es la dogmática penal uno de los ámbitos en que el funcionalismo ha tenido mayor impacto. Los modelos iuspenales funcionalistas son aquellos que hacen del fin de la pena el eje sobre el cual se organizan los elementos del delito.

¹⁹ El primer gran intento fue el de los causalistas, quienes distinguían por un lado el injusto, compuesto por la tipicidad y la antijuridicidad, integrado por elementos únicamente objetivos y, por otro lado, la culpabilidad, a la que pertenecían los elementos subjetivos y que podía adoptar las formas dolosa y culposa. Posteriormente, los tratadistas comenzaron a flexibilizar esta división tajante entre el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva, al considerar que había ciertos componentes como los elementos típicos subjetivos, que a pesar de su naturaleza no objetiva, pertenecían al elemento tipicidad, mientras que no todas las formas de culpabilidad eran totalmente subjetivas, como la culpa inconsciente que carecía del elemento volitivo; es así que surge la llamada corriente neocausalista. Como reacción a estos dos modelos y, sobre todo, como producto de los trabajos de Hans Welzel, surge lo que se conoce como la corriente finalista, la cual critica el que el causalismo y el neocausalismo hayan concebido a la conducta como un proceso ciego, cuando en realidad debe ser considerada como un comportamiento humano dirigido hacia la realización de un determinado propósito o finalidad, pues de lo contrario, el delito sólo sería un proceso causal no distinto a los fenómenos naturales. Como consecuencia de dicha afirmación, la tipicidad tiene una parte objetiva, compuesta por los elementos desarrollados por el modelo neoclásico, y una parte subjetiva, en donde el dolo y la culpa son analizados, mientras que la culpabilidad se integra por la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y la inoperancia de la no exigibilidad de otra conducta. Para un análisis más completo de la evolución de la dogmática penal véase: Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., trad. de Diego Manuel Luzón Peña et al., Civitas, España, 1997, t. I; Díaz-Aranda, Enrique, *Derecho penal. Parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, 2ª ed., Porrúa, México, 2004; Orellana Wiarco, Octavio A., *Teoría del delito. Sistemas causalista, finalista y funcionalista*, 20ª ed., Porrúa, México, 2011. Para una defensa del causalismo: Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho penal. Parte general*, 49ª ed., Porrúa, México, 2009, pp. 155-156.

²⁰ Cfr. Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 166.

Son dos juristas los máximos exponentes del funcionalismo penal: Claus Roxin y Günter Jakobs; sin embargo, ello no significa que sus postulados sean coincidentes. Mientras que para Roxin la función de la pena es la prevención especial y la prevención general negativa para alcanzar la protección subsidiaria de bienes jurídicos, y así el libre desarrollo del individuo y el mantenimiento del orden social orientado sobre este mismo fin²¹, Jakobs considera que la función de la pena está en el mantenimiento contrafáctico del orden jurídico con el propósito de asegurar la seguridad cognitiva de las normas mediante la aplicación del dolor penal (*vid.* 1.2.1.).

La propuesta de Claus Roxin consiste en aprovechar los conocimientos aportados por la política criminal en la dogmática penal, la cual se ha mantenido separada de aquélla, cuando en realidad deberían formar una unidad sistémica. En este orden de ideas, la tipicidad es el elemento que le da sentido al principio *nullum crimen sine lege*, la antijuridicidad opera como un mecanismo de solución de conflictos sociales, y la culpabilidad tiene que ver con la necesidad de la sanción con base en los fines que se le atribuyen a la pena²².

Por otro lado, la propuesta de Günter Jakobs es conocida como funcionalismo normativista, que es definido por el propio autor como “aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”²³.

Para entender a Jakobs es necesario tener en mente cuál es su intención al desarrollar su teoría, ya que el jurista alemán pretende ofrecer un modelo que explique cómo funcionan los sistemas jurídicos penales, y no cómo deberían funcionar; esto es, con independencia de los fines o valores que se intenten proteger. Para Jakobs son tan jurídicos los sistemas autoritarios o totalitarios como las democracias constitucionales, que reconocen la libertad individual del sujeto como base del sistema estatal.

²¹ Cfr. Roxin, *Derecho penal, cit.*, pp. 81 y 103.

²² Cfr. Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed., trad. de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, Argentina, 2006, pp. 31 y ss. Del mismo autor, *Derecho penal, cit.*, pp. 216 y ss.

²³ Jakobs, Günter, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, España, 2000, p. 17.

Asimismo, es necesario dar por supuestos los conceptos y explicaciones desarrollados por Niklas Luhmann, que *grosso modo* fueron expuestos en el apartado anterior. Recordemos que para la teoría sistémica, la sociedad no es el conjunto de individuos que establecen relaciones entre sí, sino el conjunto de operaciones comunicativas que constituyen los patrones de conducta que racionalmente cabe esperar, y que es precisamente función del Derecho restablecer contrafácticamente, a través de la aplicación de una sanción, las expectativas defraudadas.

Sobre esta idea Günter Jakobs desarrolla su explicación acerca de cómo funcionan los sistemas jurídicos penales, atribuyéndole a la pena estatal la función de conservar a la sociedad a través de la contradicción del sentido que intenta transmitir el delito al poner en duda lo preceptuado por las normas como modelo de organización, restituyendo la confianza de las personas en las expectativas normativas, teniendo como resultado que éstas puedan seguir orientándose conforme a las mismas. Se desarrollarán estas ideas en las líneas siguientes.

1.2.1. El significado y el fin de la pena estatal

Günter Jakobs distingue entre el significado y el fin de la pena. El primero corresponde al mantenimiento de la vigencia de la norma de manera contrafáctica, mientras que la preservación de la seguridad cognitiva se identifica con el segundo. Ambas ideas aterrizan en lo que el autor denomina prevención general positiva, que significa el mantenimiento de la estructura social mediante el reforzamiento de la confianza en la norma como modelo de orientación vigente por parte de la sociedad.

El profesor de la Universidad de Bonn cuestiona que tradicionalmente se haya justificado que determinadas conductas sean consideradas delitos y, por tanto, merecedoras de una reacción jurídico penal, en tanto que dichos

comportamientos implican una lesión o puesta en peligro de aquellos valores considerados indispensables para vivir en sociedad, es decir, los bienes jurídicos.

Jakobs refiere que estos bienes no sólo pueden verse menoscabados en virtud de la comisión de aquellas conductas consideradas delictivas, sino que están expuestos a distintos eventos provenientes de la naturaleza, como las enfermedades o los desastres naturales. Asimismo, pueden ser lesionados, si bien con la intervención de otras personas, por comportamientos que no son penalmente relevantes, verbigracia las conductas desplegadas por inimputables. Por tanto, no puede reputarse como función del Derecho penal, garantizar la existencia de dichos bienes²⁴.

El Derecho penal no sanciona una conducta por ser la causante de una lesión a un bien jurídico, sino en virtud de la valoración positiva sobre ciertos comportamientos, que son patrones deseables que requieren un respaldo jurídico. En este sentido, la ley penal reacciona ante ciertos actos y omisiones, no por constituir una lesión o puesta en peligro de ciertos bienes, sino por contravenir las normas que conforman la estructura social y que le dan identidad a la sociedad²⁵.

Partiendo de la idea de que es imposible impedir que, en la totalidad de los casos, las normas sean respetadas, es menester encontrar un mecanismo que permita a la sociedad seguir confiando en la validez del orden jurídico. Este mecanismo es la pena, que al aplicarse da como resultado el mantenimiento contrafáctico del patrón de conducta que supone la norma. Mientras el delito implica un mensaje que se opone a lo preceptuado jurídicamente, la pena significa que dicho mensaje carece de validez y que la norma aún conserva su eficacia como modelo de orientación²⁶.

Si bien, al menos en el caso de los delitos considerados de resultado material, tras haberse cometido el ilícito penal ocurre un cambio fáctico, el delito

²⁴ Cfr. Jakobs, Günter, *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, España, 1997, p. 44.

²⁵ Cfr. Jakobs, *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 15.

²⁶ Cfr. Jakobs, *Derecho penal, cit.*, pp. 9-10 y *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 26.

no debe ser considerado, de acuerdo a la postura de Jakobs, como la privación de la vida, el apoderamiento de un bien mueble y ajeno o la privación de la libertad, es decir, en cuanto a su resultado, pues ello sería considerarlo como un suceso natural y de lo que se trata es de explicar al delito en términos normativos. El delito debe ser entendido entonces en razón de su significado normativo, es decir, como una manifestación que intenta imponer un modelo de organización distinto al establecido normativamente y, en consecuencia, en oposición a la sociedad²⁷.

Así, Jakobs señala que el delito debe ser entendido como la “afirmación que contradice la norma”, y la pena es la “respuesta que confirma la norma”²⁸. Mientras que el ilícito cuestiona que la norma sea válida, poniendo en tela de juicio su papel como modelo de orientación, la pena comunica que la norma sigue vigente; tan es así, que es aplicada una vez concluido un procedimiento jurisdiccional, en atención a lo señalado por la propia norma jurídica. La pena se constituye como una declaración de que la sociedad se niega a orientarse de modo distinto. Mientras que el delincuente desacredita la vigencia de la norma, la pena rechaza dicho mensaje²⁹.

La aplicación de la reacción penal no puede garantizar que no se volverán a cometer más delitos similares, tampoco que el que ya fue sentenciado una vez no volverá a delinquir. En este sentido, la pena no es la encargada de proteger bienes jurídicos; la protección que puede ofrecer el Derecho penal es de expectativas, reafirmando la confianza de las personas en las normas.

Lo anterior no debe llevar a la conclusión de que es intrascendente que el comportamiento que prescribe la norma sea violado por la generalidad, puesto que para que una norma jurídica sea real, es imperioso que sea regularmente obedecida.

²⁷ Cfr. Jakobs, Günter, “Sobre la teoría de la pena”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günter, *Moderna dogmática penal*, Porrúa, México, 2002, p. 649.

²⁸ Jakobs, *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 17-18.

²⁹ Jakobs indica que la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que constituye el mantenimiento mismo. La pena significa una autocomprobación –de que la norma sigue vigente y, por tanto, es un patrón de conducta válido– y una declaración por parte de la sociedad de que se niega a entenderse de otra manera. Cfr. *Ibidem*, p. 18. Del mismo autor, *Derecho penal*, cit., p. 8.

Jakobs distingue entre norma primaria y norma secundaria. La primera está compuesta por la conducta esperable, es decir, por aquel comportamiento ordenado por la norma, verbigracia: no privar de la vida a otras personas o no apoderarse de un bien mueble ajeno. Por otro lado, las normas secundarias corresponden a la sanción que se impone en caso de que la norma primaria sea violada. Como ya se mencionó, la aplicación de la norma secundaria tiene lugar a fin de mantener contrafácticamente la vigencia de la norma primaria; empero, si se recurre a este procedimiento una y otra vez, la consecuencia vislumbrada por el jurista alemán es su erosión, ya que a pesar de que la norma secundaria es aplicada efectivamente, la primaria ha dejado de fungir como modelo de orientación real. A las personas que viven en sociedad no les basta con saber que el ejercicio de sus derechos cuenta con un respaldo legal, y que en caso de que éstos sean violados se les aplicará a los responsables una sanción; por el contrario, es necesario que el modelo de orientación contenido en la norma primaria sea respetado generalmente.

La vigencia de la norma no es un fin en sí mismo, aclara Jakobs, sino que el sistema normativo se establece con la finalidad de que las personas puedan vivir en libertad. Es por eso que resulta fundamental que no se incremente la probabilidad de ulteriores infracciones a la norma, pues de lo contrario, las personas dejarán de confiar en la realidad del ordenamiento jurídico y cada uno se comportará de acuerdo a sus propios intereses. Jakobs especifica: “si se considera, por ejemplo, la norma primaria “no matarás”, y se añade la norma secundaria “y si lo haces serás castigado”, no bastará, en caso de que haya homicidios en masa, que se pene también en masa; por el contrario, no deberán producirse homicidios masivos si se quiere que la realidad del derecho no se vea afectada”³⁰.

Para que la norma pueda seguir orientando a las personas que viven en una sociedad, es necesario entonces que exista la confianza de que ésta será respetada frecuentemente, y esto de acuerdo con Günter Jakobs es lo que se

³⁰ Jakobs, Günter, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernard Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, pp. 46-47.

conoce como seguridad cognitiva, sin la cual la norma se convierte en una promesa infundada; dicho de otro modo, las personas necesitan saber que la probabilidad de que se conviertan en víctimas es baja³¹.

Si el mantenimiento contrafáctico de la vigencia de la norma no es suficiente para que el sistema jurídico sea real, es necesario por tanto, generar seguridad cognitiva. Jakobs concibe como mecanismo para alcanzar este objetivo, la aplicación del dolor penal, que tiene lugar como consecuencia de la aplicación de una pena al responsable de un delito, dolor que se ve obligado a sufrir, no porque el sujeto sea convertido en un instrumento para lograr un fin (la seguridad cognitiva), sino porque surge el deber de reparar el daño causado en la confianza a la normas. Este propósito de mantener la seguridad cognitiva de la norma es precisamente el fin de la pena, a través de la aplicación del dolor penal³².

Para lograr este efecto es necesario que el dolor penal sea de tal intensidad que después de la aplicación de éste al autor, el hecho delictivo se vea como un fracaso, como una situación que genera más desventajas que ventajas, como una alternativa no viable. De esta manera, la magnitud de la pena debe atender a la seguridad cognitiva deteriorada por el responsable, y no basarse en el número de delitos que se cometan o por las necesidades de tratamiento³³.

Como ya se dijo al inicio de este apartado, estos elementos se conjugan para construir la idea de prevención general positiva como función de la pena. No se trata de la prevención general en su sentido negativo, que es entendida como un inhibidor de la tendencia criminal a través de la amenaza del castigo. Se habla, por el contrario, de prevención general positiva, no intimidatoria, sino como una

³¹ Cfr. Jakobs, Günter, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", trad. de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Argentina, 2005, p. 38. Jakobs proporciona el siguiente ejemplo: "...dando un paseo nocturno por un parque urbano, nadie se tranquilizará tan sólo con la consideración de que no debe ser sometido a un robo, incluso, ser privado de su vida, sino que, por el contrario, si inicia el paseo, también partirá de que con alta probabilidad, no será tratado de ese modo". Cfr. Jakobs, Günter, "La pena estatal: significado y finalidad" en Jakobs, Günter *et al.*, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista. Estudios de Derecho penal funcionalista*, Porrúa, México, 2006, p. 40.

³² En este sentido, Jakobs afirma que "...después de un delito, no basta con denominar delincuente al autor –esto, por sí sólo, es únicamente una corroboración conceptual– sino que también ha de ser tratado como delincuente para avanzar hacia la idea, hacia la realización del concepto, y mantener la fuerza de orientación, la vigencia del Derecho". *Ibidem*, pp. 40-42.

³³ Cfr. Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, cit., p. 47.

confirmación frente a todos los ciudadanos fieles al Derecho de que pueden continuar sus proyectos de vida de conformidad con las normas jurídicas, ya que siguen siendo válidas³⁴.

Así, la función de la pena es proteger la estructura de la sociedad, entendida como ese conjunto de patrones de conducta que por su importancia merecen un respaldo jurídico. Al aplicarse la pena, se contradice el significado que el delito pretende transmitir, es decir, la inoperancia de la norma como esquema de orientación; asimismo, en la medida en que el dolor penal sufrido por el autor de la conducta antijurídica hace de las posibles ventajas de su comisión un negocio poco plausible, se procura la no comisión generalizada de los comportamientos que se pretenden evitar, y así se garantiza la seguridad cognitiva en relación con la normativa estatal, lo que confirma a aquellos que ejercen su comportamiento social según lo dispuesto por ésta. En el fondo, se reconoce la utilidad de la prevención general negativa, sin embargo, el resultado de este efecto inhibitor es una condición para que el ciudadano respetuoso de las normas mantenga su confianza en éstas.

Los destinatarios de la norma son entonces las personas que habitualmente adecuan su curso de acción conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico, puesto que con la aplicación de la pena, ven confirmada su confianza en éste. La pena adopta como fin que la norma permanezca como esquema de orientación de la generalidad, lo cual se alcanza por medio de la aplicación del dolor penal al responsable del delito, que al sufrir las consecuencias de su actuar, la generalidad confirma su lealtad a la norma, puesto que se comprueba que el comportamiento antijurídico no es una opción a tomarse en cuenta³⁵.

Se le llama prevención general en razón de que la norma tiene como receptores, no sólo algunos sujetos en cuanto autores del delito, sino todos aquellos que establecen interacciones, es decir, cualquier persona que viva en sociedad, todo aquel que espera adecuar su comportamiento al ordenamiento

³⁴ Cfr. Jakobs, "Sobre la teoría de la pena", *cit.*, p. 657.

³⁵ Cfr. Jakobs, "La pena estatal: significado y finalidad", *cit.*, pp. 42-43. Igualmente, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, *cit.*, p. 48.

jurídico³⁶. Además recibe esta denominación porque garantiza lo general, esto es, las expectativas normativas que configuran la sociedad y que son independientes a la individualidad de cada persona³⁷.

1.2.2. Persona

El concepto de persona tiene una importancia no minúscula en el desarrollo de la teoría de Jakobs. El jurista lo diferencia completamente del concepto de individuo, que es un ente orgánico y dotado de subjetividad única. En cambio, la persona es un ente jurídico que responde a un patrón único, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social³⁸. Mientras que el individuo se guía por el código de satisfacción-insatisfacción, la persona lo hace por el código lícito-ilícito³⁹. Jakobs indica que la persona es una máscara que no refleja la individualidad de su portador; por el contrario, constituye el rol socialmente esperable⁴⁰. Esta idea no tiene mucho de original, recordemos que en el teatro griego, el término persona se refería a la máscara que usaban los actores para que su voz fuera más sonora, posteriormente el término pasó a designar al actor, y ahora es el individuo que representa un papel⁴¹.

En una sociedad en la que la mayoría de los contactos se dan de forma anónima y dada la imposibilidad de acceder a la esfera cognitiva de cada individuo, se torna necesario atribuir a cada uno un rol para poder operar en conjunto, de tal manera que se pueda asignar a todo individuo un conjunto de expectativas normativas comunes y no dependientes de las subjetividades individuales. No es posible saber qué sucede en la mente del conductor que se

³⁶ Cfr. Jakobs, *Derecho penal*, cit., p. 18.

³⁷ Cfr. Jakobs, "Sobre la teoría de la pena", cit., p. 658.

³⁸ Cfr. Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, cit., p. 19.

³⁹ Cfr. Jakobs, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", cit., p. 38.

⁴⁰ Cfr. Jakobs, *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 50-51.

⁴¹ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando Eduardo, *Introducción analítica al estudio del Derecho*, Themis, México, 2008, pp. 122-125.

acerca a un semáforo cuya luz se encuentra en color rojo, pero sí es posible atribuirle el deber de detenerse, generándose la expectativa de que no me arroyará mientras cruzo la calle⁴². En este sentido, Rafael Márquez Piñero afirma que el rol es lo único que podemos considerar “suficientemente abstracto, esto es, relativamente constante, y por tanto generalizable”⁴³. Este rol es el de persona.

En el momento en que se reconoce a un individuo como persona, se da por supuesto que el código de conducta establecido legalmente es aceptado por éste, lo que provoca que se genere una serie de expectativas de que su comportamiento se adecuará a este código. Por tanto, la personalidad se convierte en la investidura necesaria para poder establecer relaciones y realizar actos que tengan significado para otras personas y que permita asignarle expectativas. La persona representa un papel en la sociedad, el papel de aquel que asume y respeta las normas del sistema jurídico.

El papel que configura el Derecho penal es el de ciudadano, es decir, el de aquel que presta una fidelidad suficiente al Derecho⁴⁴. Así, Jakobs define a la culpabilidad como un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico, y en este sentido, el juicio de reproche que se le puede hacer a una persona responsable penalmente es la falta de apego a lo establecido normativamente, al menos en el caso concreto. No se le juzga en cuanto individuo, pues no es el ámbito del Derecho penal juzgar la satisfacción de los deseos personales de cada quien; por el contrario, se le juzga en cuanto persona, es decir, en cuanto a su deber de cumplir con el ordenamiento jurídico⁴⁵.

Al igual que las normas jurídicas deben contar con un respaldo cognitivo, para poder considerar a un individuo como persona es necesario que exista la

⁴² Jakobs resume esta idea de la siguiente manera: “Ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre los estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquellos que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas”. *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 53. Véase también Jakobs, Günter, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, trad. de Teresa Manso Porto, en Jakobs, *Moderna dogmática penal*, cit., p. 734.

⁴³ Márquez Piñero, Rafael, “El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLIX, núms. 225-226, mayo-agosto, México, 1999, p. 126.

⁴⁴ Cfr. Jakobs, *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 63-64.

⁴⁵ Cfr. Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, cit., p. 21.

seguridad cognitiva de que se comportará como tal. Aquí es donde se encuentra el fundamento del Derecho penal del enemigo, teoría cuyos presupuestos serán desarrollados en los apartados posteriores.

1.2.3. Críticas al funcionalismo normativista

La primera crítica a la que se ha enfrentado la teoría funcionalista normativista es la misma con la cual se cuestionó la teoría de los sistemas sociales, es decir, su deshumanización de componentes como la sociedad, el Derecho o la propia persona. La respuesta que ofrece Jakobs es que su objeto de estudio no es una serie de eventos naturales o físicos, sino un sistema de comunicación normativa en el cual lo humano corresponde al contexto⁴⁶. Es de reconocer que Jakobs no llega a la conclusión de que la sociedad no está compuesta por individuos sin una justificación; como vimos, parte de una teoría sistémica que, estemos de acuerdo o no con sus postulados, es lógicamente coherente.

El principal interés de Jakobs es ofrecer un modelo que sea capaz de explicar el sistema penal de manera íntegra, por lo que busca neutralidad en sus postulados. Es precisamente esta neutralidad lo que da pie a una segunda y más dura crítica hacia Jakobs: que su modelo sirve para explicar cualquier sistema penal con independencia de su contenido, es decir, sus explicaciones son tan válidas para una democracia constitucional como para un régimen autoritario.

Jakobs acepta totalmente este cuestionamiento, recordando siempre que él no busca prescribir lo que debería suceder, sino que su postura es la de un científico que después de observar con detenimiento su objeto de estudio –en este caso, las normas penales–, ofrece una explicación de su forma de operar. De gran

⁴⁶ Cfr. Jakobs, *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 11-12.

relevancia son las dos citas siguientes para comprender la postura neutral de Jakobs:

Se dice que hay protección de normas también en un Derecho penal aterrador, que reduce junto a las cifras de criminalidad también los derechos personales de libertad y el respeto a la persona. Esto, ciertamente, es correcto: toda sociedad esclavista protege las normas de esclavización, de no ser así, no sería ella misma, sino otra⁴⁷.

Si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una *ultima ratio*. La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la ciencia del Derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores⁴⁸.

Para este jurista determinar los valores sobre los cuales se debe orientar el sistema jurídico es una tarea de la política, no del Derecho, el cual se convierte en una caja cuya contenido puede ser el más diverso, pues su función es mantener la identidad de la sociedad; de qué sociedad, esa cuestión carece de importancia.

Enrique Díaz-Aranda hace un llamado a tomar con cautela los postulados de Jakobs, los cuales, como modelo estrictamente lógico-formal, no constituyen un peligro en la realidad vigente en Alemania, advirtiendo que ésta no siempre ha sido así, ya que la experiencia nacionalsocialista es la muestra del riesgo de una concepción del Derecho penal sin contenidos⁴⁹. En este mismo sentido, Luigi Ferrajoli sostiene que los sistemas basados en la prevención general positiva por

⁴⁷ *Ibidem*, p. 38.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 40-41.

⁴⁹ *Cfr. Díaz-Aranda, op. cit.*, p. 139.

lo general tienden a modelos de Derecho penal máximo, en los que los derechos fundamentales resultan intrascendentes⁵⁰.

Valores como la justicia y la igualdad se vuelven elementos optativos en la visión de Jakobs. El propio jurista señala que "...ya no se defiende en la doctrina penal el fomento de la justicia como fin independiente e incluso históricamente sólo se ha propugnado en casos aislados"⁵¹. Esta crítica cobrará aún más importancia cuando el propio autor desarrolle sus explicaciones sobre el Derecho penal del enemigo. Regresaremos a ella en el último capítulo, de momento puedo decir que los juristas no podemos aferrarnos a la búsqueda del rigor científico si a costa de ello olvidamos que nuestra misión principal es que nuestros estudios sirvan para mejorar el medio en que vivimos, siendo la posición crítica y propositiva y no la conformista descripción, la que debe guiar nuestros esfuerzos académicos.

El jurista no se puede conformar con una posición tan pobre de la función del Derecho por más lógica o coherente que pudiera resultar. Es entonces cuando es necesario preguntarse, más como ciudadanos que vivimos las consecuencias de cada decisión normativa y no tanto como científicos del Derecho, si podemos optar por un sistema jurídico ajeno a toda valoración, o si preferimos normas que atiendan a fines más elevados de justicia y equidad y que efectivamente respondan a las necesidades sociales. Como señala Gustav Radbruch, "el Derecho es un concepto cultural, y como tal, necesariamente está ligada a determinados valores, que en el caso del Derecho indisolublemente se está vinculado a la idea de justicia"⁵².

No se trata de negar el rigor científico sobre el cual se deben desarrollar las investigaciones acerca de la sociedad y el Derecho; se trata únicamente de recordar que como juristas no podemos limitar nuestra tarea a explicar cómo

⁵⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., trad. de Carlos Bayón Mohino *et al.*, Trotta, España, 2011, p. 275.

⁵¹ Jakobs, *Sociedad, norma y persona...*, *cit.*, pp. 11-12.

⁵² Radbruch, Gustav, *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Revista de Derecho privado, España, 1959, pp. 44 y ss.

opera un sistema jurídico, pues ello poco servirá para el desarrollo del potencial humano en sociedad.

1.3. Derecho penal del enemigo

Los desarrollos teóricos de Günter Jakobs llegan a un punto en que el jurista advierte la existencia de ciertas normas jurídicas que ya no correspondían con la explicación que él había dado, pues las sanciones previstas para determinados comportamientos asumían modalidades diversas. De esta manera, ciertos preceptos jurídicos poseían elementos y particularidades que les permitían atender fines distintos a los del Derecho penal tradicional. Estas normas recibieron el nombre de Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*), término acuñado en mayo de 1985 en una ponencia presentada en un Congreso de profesores de Derecho penal celebrado en Frankfurt am Main⁵³.

Jakobs advirtió la existencia de dos modelos de Derecho penal: el primero de ellos es el que cumple con la función de prevención general antes expuesta y que se encuentra limitado por una serie de principios, así como un cúmulo de derechos y garantías a favor del imputado y del sentenciado. Este modelo es el Derecho penal del ciudadano. El segundo se trata del Derecho penal del enemigo, cuya finalidad, límites y trato hacia el imputado se diferencian del primer modelo, en tanto se trata de un régimen normativo que busca combatir peligros, o más exactamente, sujetos peligrosos.

El jurista alemán advierte que Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo son dos modelos que no existen de manera pura en la realidad. Ambos tienen lugar en un mismo sistema jurídico y se contaminan uno a otro,

⁵³ La memoria del trabajo se puede consultar en Jakobs, Günter, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", trad. de Enrique Peñaranda Ramos, en Jakobs, *Moderna dogmática penal, cit.*, pp. 393-431.

siendo esta coexistencia una de las notas particulares que lo diferencian de otras manifestaciones restrictivas de derechos, por no decir autoritarias⁵⁴.

El delito comúnmente es concebido como una conducta que, si bien se opone a las expectativas normativas, sólo se trata de un “desliz reparable” que no atenta contra el sistema social, el Estado o sus instituciones, puesto que el cuestionamiento que pudiera implicar sobre la vigencia de la norma, se ve contrastado con la aplicación de la pena (*vid.* 1.2.1.). Sin embargo, existen sujetos que dan muestras de haberse alejado permanentemente de la vida jurídica, que han optado por conducirse bajo un modelo de orientación diferente al de la sociedad, por lo que la aplicación de una sanción no es suficiente para mantener la vigencia cognitiva, toda vez que en este caso, no son ya las conductas las que intentan imponer un modelo de orientación opuesto al contenido en la norma jurídica, sino que son los propios sujetos cuya existencia y modo de vida representan la contradicción al ordenamiento jurídico⁵⁵.

De esta manera, el Derecho penal del enemigo tiene su fundamento en la existencia de ciertos individuos que se consideran peligrosos, que cuestionan no sólo la vigencia de una norma, sino de todo el ordenamiento, al adoptar una forma de comportarse fuera del Derecho y, por ende, fuera de la sociedad, generando así un nuevo modelo social en el que existen otras expectativas normativas y roles a ser cubiertos, lo que tiene como consecuencia la inestabilidad del sistema jurídico.

Estos sujetos peligrosos impiden alcanzar la seguridad cognitiva en la norma, pues al cuestionar de forma tan directa y radical al ordenamiento jurídico, imposibilitan que la población pueda confiar efectivamente en la vigencia de lo preceptuado jurídicamente; de ahí la necesidad de neutralizarlos.

⁵⁴ De acuerdo con el jurista alemán, estos dos modelos son tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro, pues el Derecho penal del ciudadano se mezclará al menos con una leve defensa frente a riesgos futuros, mientras que incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana, es tratado, al menos formalmente, como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano. No se tratan de dos esferas aisladas, sino de dos polos de un solo mundo, de dos tendencias opuestas en un mismo contexto jurídico-penal, en el que existen formas intermedias. Véase Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *cit.*, pp. 19 y 31.

⁵⁵ *Cfr.* Jakobs, Günter, “¿De qué se trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?”, trad. de Miguel Polaino-Orts, en Jakobs *et al.*, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, *cit.*, p. 3. Del mismo autor, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *cit.*, pp. 36-37.

En consecuencia, la neutralización o inocuización de los enemigos es la función que adopta la pena en el Derecho penal del enemigo, lo cual es denominado por Günter Jakobs prevención especial⁵⁶. La sanción idónea para este objetivo es la pena capital, pero en caso de estar proscrita, la prevención especial se alcanzará por medio de penas privativas de libertad de considerable duración.

El objetivo es neutralizar a los sujetos peligrosos a fin de que los ciudadanos fieles al Derecho puedan seguir viviendo con la convicción de que el cuerpo normativo establecido sigue siendo el modelo de orientación general. Si lo que se pretende es seguir manteniendo la seguridad cognitiva en las normas, al final del día el objetivo planteado por ambos modelos es coincidente. La prevención especial se convierte en el mecanismo para lograr la prevención general; sin embargo, para alcanzar dicho propósito se adopta un camino distinto, uno más agresivo, contundente y restrictivo de derechos.

Jakobs da a entender que la reacción jurídica en el Derecho penal del enemigo, más que una pena, se trata de una medida de seguridad⁵⁷, pues el objetivo de la misma es evitar que los sujetos que han dado muestras de peligrosidad lesionen a la sociedad. El Derecho penal del enemigo se encarga de asegurar al autor, de aislarlo de la comunidad a fin de protegerla de los daños no ciertos, pero considerados probables.

Miguel Polaino-Orts sostiene que frente a los enemigos que representan un cuestionamiento tan intenso a la vigencia del sistema jurídico, sólo restan dos opciones. La primera es abandonar el modelo de orientación concebido por la sociedad, lo cual parece poco deseable. La segunda es combatir al enemigo para neutralizar aquellos obstáculos que impiden a la población dirigir su proyecto de vida con la seguridad de que el ordenamiento jurídico tiene validez en términos generales⁵⁸. Por consiguiente, “se trata del aseguramiento de una fuente de

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 20. Es importante aclarar que Jakobs no acuñó los términos prevención especial e inocuización, los cuales corresponden a los autores de la escuela positiva penal y a Franz von Liszt (*vid.* 2.4 y 2.5).

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 20-21.

⁵⁸ Cfr. Polaino-Orts, Miguel, *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*, Grijley, Costa Rica, 2009, p. 268.

peligro, como en relación con un animal salvaje, pero no del trato con una persona”⁵⁹.

Por eso, Manuel Salvador Grosso García señala que este modelo no es en realidad un derecho del enemigo, sino contra el enemigo, toda vez que no pretende tutelar los derechos de los imputados (enemigos); por el contrario, busca defender a la sociedad de éstos⁶⁰. Ignacio Piña Rochefort sintetiza la idea afirmando que “el derecho penal del enemigo es al enemigo lo que la jaula al tigre de Bengala, o el pararrayos a la tormenta: pura neutralización”⁶¹. Jakobs, citando a Kant, expresa lo siguiente:

Kant enseña que todos pueden ilícitamente obligar a todos a entrar a una constitución civil, para poder estar seguros del ejercicio de sus derechos (de su patrimonio inteligible), e inmediatamente se plantea la cuestión de qué es lo que debe suceder con aquel que no se deja obligar; Kant da una respuesta también a esto: es necesario separarse de él, y esta separación se lleva a cabo, por ejemplo, a través de la custodia de seguridad. Al hacer esto, precisamente, no se toma en serio como persona al sujeto potencialmente peligroso, pues de lo contrario, se le dirigirían expectativas normativas; su ausencia muestra que el sujeto peligroso, en esa medida, ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos⁶².

Para combatir a los individuos peligrosos se necesita entonces de algo diferente al Derecho penal, el cual, por la manera en que está configurado, no alcanza a ofrecer una solución efectiva. Se necesita del Derecho penal del enemigo, cuyas características están diseñadas a fin de afrontar esta tarea.

Si no es posible atribuirles expectativas normativas, y únicamente queda la coacción, entonces más que de Derecho, estamos hablando de que a los enemigos se les combate en el estado de naturaleza. Jakobs asegura que “mientras el Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, (...) frente al

⁵⁹ Jakobs, “La pena estatal: significado y finalidad”, *cit.*, p. 53.

⁶⁰ Cfr. Grosso García, Manuel Salvador, “¿Qué es y qué puede ser el Derecho penal del enemigo?”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 2, p. 7.

⁶¹ Piña Rochefort, Juan Ignacio, “La construcción del enemigo y la reconfiguración de la persona. Aspectos del proceso de formación de una estructura social”, en *ibidem*, p. 589.

⁶² Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, *cit.*, pp. 49-50.

enemigo es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra”⁶³. En la guerra casi todo, si no es que todo, es válido, con tal de salvar el ordenamiento jurídico. Las siguientes palabras resultan reveladoras acerca de lo que se esconde atrás del Derecho penal del enemigo:

No se pretende poner en duda que también un terrorista que asesina y aborda otras empresas puede ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de cualquier Estado que declare que sus hechos son delitos. Los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y a gran escala. Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura, precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona, que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada⁶⁴.

De lo anterior se advierte que la teoría del Derecho penal del enemigo concibe al Derecho penal (del ciudadano) –caracterizado por su conjunto de principios y derechos– como una “atadura”, de la cual hay que deshacerse en aras de alcanzar efectividad.

Jakobs se muestra reticente al definir si el Derecho penal del enemigo puede ser considerado como derecho o si se trata, por el contrario, de alguna otra cosa. En su obra podemos encontrar una aceptación expresa, al identificar frases como las de: “El trato con el enemigo no es un trato en Derecho”⁶⁵, o “...la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción”⁶⁶; sin embargo, también es posible descubrir indecisiones cuando señala que:

El Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exactamente, al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de Derecho administrado con

⁶³ Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *cit.*, p. 30.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 26.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 25.

inteligencia, una *ultima ratio* que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente⁶⁷.

Cabe cuestionarse cómo es posible sostener que el Derecho penal del enemigo sí es Derecho en la medida que establece límites para el Estado y que sólo debe ser usado de manera excepcional, y a la vez afirmar que ante sujetos peligrosos, únicamente es posible asegurarse mediante coacción que no dañarán a la sociedad, privándolos para ello de su personalidad, cuando resulta imposible *ex ante* saber qué tanto será necesario abrir los límites para lograrlo. Esto será analizado posteriormente.

De momento, es posible señalar que el Derecho penal del enemigo es un modelo de punición estatal que tiene como finalidad salvaguardar al Estado y a la sociedad de aquellos sujetos que han dado muestras de una peligrosidad tal que su mera existencia pone en entredicho seriamente al ordenamiento jurídico como modelo de orientación, por lo que es necesario neutralizarlos, pues de lo contrario, se corre el riesgo de que el sistema sucumba. Ante la evidencia de que su modo de vida es ajeno al Derecho, se justifica que el Estado actúe haciendo uso del *ius puniendi* pasando por encima de los principios y derechos que sirven como protección al individuo frente al poder estatal.

1.3.1. El enemigo

En el apartado 1.2.2. se señaló que no sólo la sociedad debe contar con un cimiento cognitivo para poder ser real; para que un sujeto pueda ser considerado como persona, debe aportar los elementos necesarios que permitan concebirlo como tal. Recordemos que para Jakobs, la persona no equivale al sujeto de carne y hueso, sino que se trata de una máscara o un rol formado por una serie de expectativas de que cumplirá con sus deberes, por ende, quien dé muestras de

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 27.-28. En contra, Manuel Grosso García asegura que el Derecho penal del enemigo consiste en una respuesta militar, no jurídica, ya que su objetivo es derrotar al enemigo. *Cfr.* Grosso García, *op. cit.*, pp. 7 y 19.

que no es posible atribuirle dichas expectativas, no puede ser tratado como persona.

La posición del Derecho penal del enemigo implica que la calidad de persona no se encuentra asignada universalmente a todo ser humano. El reconocimiento de la personalidad exige garantizar un apego a las normas jurídicas de tal suerte que el resto de la población pueda confiar en su eficacia general. Quien no lo haga deja de ser persona y se le señala como enemigo, es decir, como un peligro a eliminar en la medida de lo posible⁶⁸.

Así, se pasa de una óptica que parte de la universalidad de la titularidad de los derechos, a otra en que la fidelidad al ordenamiento jurídico se vuelve la condición para poder ser tomado como persona, con los derechos implícitos a esta categoría. En este sentido, la personalidad no es parte de la ontología humana. Se trata de una construcción artificial que, por ende, puede ser asignada en la medida de las necesidades sociales.

En suma, quien no garantice fidelidad al Derecho y se conciba como un obstáculo al proyecto social, “quien se comporte constantemente como Satán (!!), se convierte en un enemigo, es decir, en una no-persona”⁶⁹, “una cosa” o “una pieza de ganado”⁷⁰. Jakobs ofrece un modelo en el que si bien todos los individuos son potencialmente personas, no todos deben serlo. La personalidad no es un derecho al que se tenga acceso de forma gratuita, sino que se gana; quien desee esta calidad, debe comportarse precisamente como persona, de lo contrario la única categoría posible para él será la de enemigo.

La vigorosa sentencia según la cual al menos hoy todos deben ser tratados como personas en Derecho, por lo tanto, como ya cabe suponer en este punto, necesita de una adición: siempre que aquellos “todos” cumplan a su vez con sus deberes, o, en el

⁶⁸ Cfr. Jakobs, Günter, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günter *et al.*, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, cit., p. 25. En este mismo sentido, Miguel Polaino-Orts señala que: “Persona en Derecho es quien normalmente se orienta por la norma, aunque eventual o puntualmente la infrinja; enemigo es quien, con su comportamiento, imposibilita o dificulta que los demás se orienten por la norma. El primero deja intacta la personalidad ajena, aunque atente contra alguno de sus bienes. El segundo supone un impedimento para el desarrollo de la personalidad de los demás”, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁹ Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, cit., p. 46.

⁷⁰ Jakobs, “Sobre la teoría de la pena”, cit., p. 647.

caso contrario, siempre que se los tenga controlados, es decir, que no puedan resultar peligrosos. Ahora bien, si hacen estragos, hay que combatirlos, y si existe la posibilidad de que los hicieran, hay que tomar medidas preventivas⁷¹.

Cabe aclarar que esta pérdida del estatus de persona no es una *despersonalización*, sino una *depersonalización*, toda vez que el enemigo sólo pierde parcialmente su personalidad, pues únicamente tiene efectos penales, sin embargo, sigue conservando sus derechos civiles y se encuentra igualmente constreñido por sus deberes.

El profesor de Bonn define al enemigo como aquel individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento o actitud (delincuencia sexual) o en su ocupación profesional o vida económica (delincuencia económica, delincuencia organizada y, especialmente, tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, narcotráfico), es decir, en cualquier caso se ha apartado probablemente de manera duradera, o al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no presta la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona⁷².

El enemigo es entonces un sujeto que ha decidido vivir en una realidad normativa distinta a la sociedad. No se trata de un individuo que comete delitos de forma esporádica y que fuera de esto respeta generalmente el ordenamiento jurídico; se trata de un sujeto cuyo comportamiento se orienta por medio de expectativas propias, pues las de la sociedad le resultan indiferentes; por eso, Jakobs dice que se ha apartado de manera duradera o al menos decidida del Derecho. Se trata de un individuo que ha optado por vivir de acuerdo a otros estándares de conducta; prácticamente es posible sostener que ha decidido vivir en una sociedad diversa. Es un sujeto que vuelve a producir la complejidad de lo inesperado, al no tener elementos que nos permitan dirigirle expectativas normativas. Se trata de individuos que si me extienden la mano (*vid.* 1.1.) no podré saber si me están saludando, o bien, amenazando de muerte. Es por esto que

⁷¹ Jakobs, "¿De qué se trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?", *cit.*, p. 11.

⁷² *Cfr.* Jakobs, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", *cit.*, p. 733. Del mismo autor, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", *cit.*, p. 40.

resulta tan peligroso dejar que el enemigo se comporte de esta manera y esperar a las consecuencias de sus actos para echar a andar la maquinaria penal.

De acuerdo con Jakobs, el delincuente que pertenece a la criminalidad organizada es el prototipo de enemigo, pues su pertenencia a estructuras delincuenciales implica seguir un modelo conductual propio de la organización de la que es miembro⁷³. La criminalidad organizada es una estructura caracterizada precisamente por ofrecer a sus integrantes un modo de vida que se aleja evidentemente de lo legal; en ella existen jerarquías, funciones, roles y reglas que sirven dentro de la misma estructura. Podemos incluso afirmar que se trata de sociedades o subsistemas sociales generados dentro de la misma sociedad. Las estructuras criminales ofrecen además a sus miembros una forma de sustento, que se ve reflejado en las propias comunidades en las que se encuentran presentes.

Al constituirse la criminalidad organizada como un modo de vida, no sólo alterno, sino contrario a la sociedad, de acuerdo a los postulados del Derecho penal del enemigo, se vuelve necesario neutralizarla. Es precisamente esto lo que da pie a la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008: la necesidad de contar con instrumentos a fin de combatir este modo de vida criminal.

Empero, desde este momento es válido advertir que la delincuencia organizada, en los términos descritos por varias legislaciones, entre ellas la mexicana, es una categoría tan amplia en la que necesariamente entrarán individuos que no cumplen con los requisitos para formar parte de la lista de enemigos (vid. 3.3.1.1.). El Capítulo tercero estará destinado a analizar la enmienda constitucional de 2008.

Jakobs asegura que, quien se coloca en la posición de enemigo, es el propio individuo, al decidir autónomamente comportarse de manera radicalmente incompatible con las expectativas normativas, por lo que en realidad se trata de

⁷³ De esta manera, Jakobs afirma que “quien se ha convertido a sí mismo en una parte de estructuras criminales solidificadas, diluye la esperanza de que podrá encontrarse un *modus vivendi* común a pesar de algunos hechos criminales aislados, hasta convertirlo en una mera ilusión, es decir, precisamente, en una expectativa infinitamente contrafáctica”. “¿Derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 23.

una autoexclusión, lo que le da al sujeto peligroso la oportunidad de (re)convertirse en ciudadano, siempre y cuando cambie su modo de vida⁷⁴.

A pesar de estos argumentos, lo cierto es que aquellos que determinan quién debe ser considerado como enemigo son los órganos legislativos, determinación en ocasiones arbitraria, ya que formas de criminalidad con pocos elementos en común han sido llevadas al régimen penal de excepción (*vid.* 3.2.3). Günter Jakobs no proporciona un parámetro preciso para determinar quiénes pueden ser considerados como enemigos, pues si bien señala que se trata de individuos que se han apartado de forma duradera o decidida del Derecho, queda pendiente determinar qué tanto deben apartarse para poder considerar que lo han hecho de modo duradero o decidido. Una persona que roba comida de manera habitual para sobrevivir ¿debe ser considerada por su habitualidad como un enemigo del Estado?

Miguel Polaino-Orts trata de salvar la idea, al señalar que los conceptos “ciudadano” y “enemigo” son relativos a cada contexto social, por lo que no se puede exigir identificar a los enemigos de forma “matemática”, sobre todo cuando Jakobs únicamente advirtió un fenómeno legislativo, mas nunca lo prescribió. El que se tilde de ambigua la posición de Jakobs por no ofrecer lineamientos para determinar quién es enemigo, de acuerdo con este autor, es incorrecto, en la medida en que lo único que hace Jakobs es aplicar esa categoría a una realidad legislativa ya existente, es decir, Jakobs no creó el Derecho penal del enemigo, sino que únicamente evidenció su existencia⁷⁵.

Sin embargo, esta idea no hace más que reforzar el argumento anterior, puesto que si no existen elementos para categorizar al enemigo y al ciudadano, el que decide quién recibe esas categorías es únicamente el legislador al introducirlo en un régimen paralelo al Derecho penal, pues no existen reglas o límites en esta caracterización; y aunque se pudiera sostener que es el propio enemigo quien

⁷⁴ Cfr. Jakobs, “¿De qué se trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 26.

⁷⁵ Cfr. Polaino-Orts, *op. cit.*, pp. 188-189.

realiza los actos definidos por la ley para convertirse en tal, no es quien decide recibir un tratamiento penal excluyente y especializado.

Entonces, los enemigos no se autoexcluyen como se había señalado, sino que es precisamente el Derecho penal el que crea a los enemigos. Como señala Manuel Grosso García: “si a la hora de crear la norma, el legislador decide ser respetuoso de las garantías del Estado de Derecho, sus infractores serán ciudadanos, pero si, por el contrario, decide saltarse esas barreras, entonces sus infractores serán enemigos”⁷⁶.

En resumen, el individuo que no presta la garantía cognitiva de que se comportará como ciudadano fiel al Derecho, se convierte en enemigo y, por tanto, desde la óptica de Jakobs, debe ser asegurado como animal salvaje al ser un foco de peligro que impide a los que sí otorgan esta garantía, confiar en la realidad de la norma.

1.3.2. Normas de flanqueo

Una de las críticas más constantes al Derecho penal del enemigo es que al basar su campo de operación en la peligrosidad de ciertos sujetos, adopta una posición prospectiva que valora los posibles hechos futuros y no los hechos ya realizados a fin de determinar la pena aplicable y, en consecuencia, rompe con el principio de lesión que exige que una conducta sólo sea sancionada si implica una vulneración o puesta en peligro a un bien jurídico tutelado. Para librar este obstáculo, los teóricos del Derecho penal del enemigo han desarrollado la idea de las *normas de flanqueo*.

Günter Jakobs, en su conocido trabajo *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, hace una distinción entre normas principales, es decir, aquellas que tipifican delitos de lesión cuyo contenido es un bien jurídico

⁷⁶ Grosso García, *op. cit.*, p. 10.

tutelado, y normas de flaqueo, cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales⁷⁷. Estas normas intentan proteger la seguridad cognitiva, sin la cual, como ya se ha mencionado, es imposible que un determinado ordenamiento jurídico sea real. Esta seguridad cognitiva abarca además aspectos como el orden público o la paz social, es decir, elementos que inciden en el contexto en el cual se ejercen los derechos tutelados por las normas primarias.

Por ello, cuando la existencia de un enemigo menoscaba la confianza de la población en las normas, si bien aún no se ha dañado bien individual alguno, sí se merman las normas de flaqueo, pues se genera una sensación de inestabilidad y así se impide que la población pueda ejercer adecuadamente sus derechos al carecer de la seguridad cognitiva de que las normas serán obedecidas cuando menos en su generalidad. Bajo esta perspectiva, los derechos se vuelven tan inservibles como si las personas estuvieran privadas de ellos.

De acuerdo con esta postura, el contenido del injusto de los delitos de estatus, como la delincuencia organizada, no debe ser buscado en la lesión de bienes jurídicos que ocasionen los llamados delitos-objetivo⁷⁸, sino en el hecho de que la organización criminal ya representa una lesión a las normas de flaqueo, pues aunque los delitos-objetivo no lleguen a concretarse, la mera existencia de estos grupos criminales genera temor e inseguridad en la sociedad y, en consecuencia, una sensación de anormalidad.

A pesar de toda esta argumentación, me parece que las normas de flaqueo representan una contradicción con la finalidad que el propio Jakobs le atribuye al Derecho penal del enemigo (*vid.* 1.3.), que como se mencionó en páginas anteriores, radica en la eliminación de focos de peligro, por lo que la pena se convierte en una medida de seguridad a fin de evitar que los enemigos sigan dañando a la sociedad, neutralizándolos o inocuizándolos, lo que se logrará, en un Estado que proscribe la pena de muerte, a través de penas privativas de libertad

⁷⁷ Cfr. Jakobs, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", *cit.*, pp. 419-421.

⁷⁸ Término acuñado por Sergio García Ramírez. Véase *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 3ª ed., Porrúa, México, 2002, pp. 102 y ss.

de extensión considerable, las cuales, sin duda, se justifican no en las conductas realizadas hasta ese momento por los enemigos, sino en la probabilidad de que si se les deja seguir actuando, cometerán delitos de mayor gravedad, por lo que en realidad el Derecho penal del enemigo no está viendo la inestabilidad normativa generada por el sujeto peligroso –lo cual resulta prácticamente imposible–, sino que simplemente hace de la pena una medida de contención para frenar el actuar potencialmente destructivo de los enemigos.

1.3.3. Elementos del Derecho penal del enemigo

Günter Jakobs señala que son particularidades típicas del Derecho penal del enemigo: 1) el amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido, por la del hecho que se va a producir; 2) falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento; 3) paso de una legislación penal a otra de lucha para combatir la delincuencia y 4) supresión de garantías procesales⁷⁹. Asimismo, y aun cuando el mencionado autor no la contempla, se puede sumar a la mencionada lista la aplicación de un régimen de ejecución penal especializado. A continuación procederé a explicar cada una de ellas.

1.3.3.1. Amplio adelantamiento de la punibilidad

Ante la existencia de sujetos peligrosos, se considera riesgoso esperar a que consumen sus conductas delictivas, o al menos las lleven al grado de tentativa, por lo que se adelanta la punición a meros actos preparatorios. En

⁷⁹ Cfr. Jakobs, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, *cit.*, pp. 732-733.

palabras de Jakobs “contentarse sencillamente con esperar cuáles serían los hechos que produciría su organización, sería estúpido sin más”⁸⁰.

Mientras el Derecho penal del ciudadano mira retrospectivamente los hechos cometidos por el autor, juzgándolos con base en la culpabilidad desplegada, el Derecho penal del enemigo atiende a hechos futuros, de acuerdo a la probabilidad de la comisión de delitos, fundada en la peligrosidad manifiesta⁸¹ de estos sujetos.

En virtud de lo anterior, la punibilidad, que en el Derecho penal del ciudadano recae sobre conductas que cuando menos han alcanzado el grado de tentativa, se adelanta al ámbito de la preparación a fin de impedir que los enemigos de la sociedad actúen. Es necesario comprender que se parte de la existencia de una lucha contra el enemigo, por lo que bajo esta perspectiva, esperar a que el contrincante realice el primer movimiento sería poco útil y nada estratégico.

Jakobs afirma que “permitir que los enemigos produzcan resultados para poder punirlos sería lo ideal en un Estado de Derecho, pero lo ideal no corresponde con el contaminado y sucio mundo de la realidad”⁸². Así, se concibe que respetar el principio de hecho, traería consecuencias mucho más nocivas para la sociedad, en comparación con los efectos de romper este principio. Sin estas técnicas de anticipación, la confianza en las normas decaería debido al alto impacto de estos criminales, por lo que para asegurar que el Derecho continúe siendo el modelo de orientación social, hay que evitar que los enemigos actúen, de lo contrario, se corre el riesgo de que el ordenamiento jurídico sucumba.

Un ejemplo claro en nuestra legislación vigente en la que se adelantan las barreras de la punición, es el tipo penal previsto en el artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que señala: “Cuando tres o más personas se

⁸⁰ Jakobs, “¿Derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 26.

⁸¹ Se dice que es manifiesta toda vez que el Derecho penal del enemigo no atribuye la calidad de enemigo de manera arbitraria a una persona, sino que parte de ciertos indicios como la reincidencia o su pertenencia a grupos delictivos organizados.

⁸² Jakobs, “¿De qué se trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 5.

organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”. La ley no exige que efectivamente se lleven a cabo los delitos-objetivo, pues basta con organizarse para cometerlos de forma reiterada o permanente, es decir, se sancionan ya los actos de preparación que incluyen las acciones más simples y previas al delito (*vid.* 3.2.3.).

1.3.3.2. Falta de una reducción de la pena proporcional al adelantamiento de la punibilidad

No obstante que el Derecho penal para los enemigos actúa a pesar de que la conducta del sujeto no haya llegado siquiera al grado de tentativa, la punibilidad prevista para estos tipos penales es severa. No olvidemos que la finalidad de este instrumento de guerra es la prevención especial, para lo cual, es necesario privar a los enemigos de su libertad durante el mayor tiempo posible (*vid.* 1.3.).

Se ha cuestionado, por tanto, que las normas del Derecho penal del enemigo rompen con el principio de proporcionalidad, el cual establece que la pena impuesta debe atender a la gravedad del delito que se cometa y al bien jurídico afectado⁸³. Isabel Martínez señala que este principio no se ve violentado, toda vez que no se trata de una contravención a normas primarias, sino a normas de flaqueo⁸⁴ (*vid.* 1.3.2.).

Un ejemplo de esta característica también es posible hallarlo en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que en su artículo 4º establece la punibilidad para el tipo penal de delincuencia organizada, que cuando se vincula a los delitos contra la salud se sanciona con prisión de 20 a 40 años para quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, mientras que quien

⁸³ Cfr. Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸⁴ Cfr. Martínez Álvarez, Isabel Claudia, *El Derecho penal del enemigo*, Porrúa, México, 2009, pp. 69 y ss.

carezca de estas funciones será sancionado de 10 a 20 años de prisión. En el resto de los delitos-objetivo, la punibilidad es de 8 a 16 años para quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, y para el resto de los integrantes de la estructura criminal, de 4 a 8 años de prisión.

En consecuencia, una persona puede ser punida hasta con 40 años de prisión por el simple hecho de organizarse para cometer ciertos delitos, aunque éstos ni siquiera lleguen al grado de tentativa, sanción que de conformidad con el artículo 5° se puede aumentar hasta en una mitad, cuando el sujeto activo sea un servidor público o se utilice a menores de edad o incapaces para cometer cualesquiera de los delitos a que se refiere la Ley, por lo que la sanción puede llegar a ser de 60 años por el solo hecho de pertenecer a un grupo criminal organizado (*vid.* 3.2.3.).

1.3.3.3. Paso de una legislación penal a una legislación de combate

Como mencionamos en páginas anteriores, el trato que se le da al enemigo no es jurídico, sino que se trata de pura coacción, de una guerra, y en atención a esta naturaleza están diseñadas las normas del Derecho penal (*vid.* 1.3.). El Derecho punitivo en este contexto no funge como un mecanismo que limite la actuación estatal, por el contrario, se trata de dotar al Estado de los instrumentos necesarios a fin de que pueda combatir de manera eficiente a sus enemigos y así salir “victorioso” en esta guerra.

Ya no se trata de los delincuentes simples a los que es posible detener con el Derecho penal del ciudadano. Se lucha con individuos que tienen una organización, estructura y recursos considerables para poder hacer frente al Estado, de ahí que resulte necesario dotar a las autoridades de instrumentos efectivos y no limitar su actuación. No interesa que el Estado actúe de manera

respetuosa a los derechos fundamentales, lo que realmente importa es que el Estado dé resultados al combatir estos focos de peligro.

Nuevamente es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que proporciona un ejemplo de este cambio de perspectiva, pues la simple preposición “contra” demuestra la naturaleza combativa de este cuerpo normativo, cuyos preceptos están diseñados para ofrecer una herramienta especializada de lucha, distinta a la del Derecho penal ordinario, en este caso contenido en los códigos penales, a fin de ofrecer resultados a corto plazo a pesar de las consecuencias para un proyecto fundado en el Estado constitucional.

1.3.3.4. Supresión de garantías procesales

Los derechos fundamentales tienen como finalidad limitar la actuación de las autoridades con el propósito de impedir que éstas ejerzan las funciones que les han sido encomendadas de manera arbitraria y hagan uso de su poder en perjuicio de los individuos a los que deben proteger. En materia procesal penal estas prerrogativas cumplen con la misión de asegurar que una persona sometida a un proceso, tenga la oportunidad de defenderse adecuadamente y en igualdad de condiciones, así como que sólo se vea sometida a una sanción penal si existe la certeza de su responsabilidad.

Es por ello que no resulta extraño que una de las características del Derecho penal del enemigo sea precisamente la supresión de las garantías procesales, pues derechos como la presunción de inocencia y la igualdad procesal, resultan obstáculos a fin de poder detener la seria amenaza que representan los enemigos, siendo iluso creer que con los derechos y garantías del Derecho penal del ciudadano, será posible acabar con estas fuentes de peligro. Recordemos que lo que se busca es eficacia y seguridad, a pesar de que ello implique una merma en la libertad.

De acuerdo con Juan Damián Moreno, es lógico que la restricción de garantías procesales forme parte de la estrategia del Derecho penal del enemigo, ya que con el catálogo de derechos a favor de todo ciudadano, resultaría más difícil alcanzar el objetivo propuesto, lo que supondría aumentar las posibilidades de que el sistema sucumba⁸⁵.

La reforma constitucional de junio de 2008 está plagada de muestras de esta supresión de garantías procesales. Basta con advertir la presencia de figuras como el arraigo (artículo 16 constitucional), la restricción a la comunicación con terceros (artículo 18 constitucional) o la secrecía del nombre y los datos del denunciante (artículo 20 constitucional), para vislumbrar la presencia de esta lógica en nuestra propia Carta Magna. Esto será analizado con mayor detalle en el Capítulo tercero.

1.3.3.5. Régimen de ejecución penal especializado

Esta característica es una consecuencia de la función de inocuización que persigue el Derecho penal del enemigo (*vid.* 1.3.). Si lo que se pretende es impedir que determinados sujetos puedan seguir dañando a la sociedad, es lógico que, para neutralizar su peligrosidad, se les imponga penas de prisión de larga duración, además de ser sometidos a un régimen penitenciario que no está orientado a la reinserción del delincuente, pues la esperanza de que estos individuos puedan entablar relaciones sociales como ciudadanos es prácticamente nula.

En este sentido, los presos dejan de ser considerados como titulares de derechos en atención a su condición de condenados; en cambio, se les tiene como fuentes de peligro que deben ser controladas. Para ello, el régimen

⁸⁵ Cfr. Damián Moreno, Juan, "¿Un Derecho procesal de enemigos?", en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 1, p. 469.

impuesto se torna restrictivo de prerrogativas y la pena adquiere tintes vindicativos.

Para facilitar este propósito se han establecido fortalezas penitenciarias especiales, que encuentran fundamento en el artículo 18 constitucional, precepto que además impone restricción de comunicaciones y aplicación de medidas especiales (*vid.* 3.3.2.).

1.3.4. Límites al Derecho penal del enemigo

Ya se ha analizado qué es el Derecho penal del enemigo y cuál es la finalidad que persigue, quién es el enemigo y cómo una persona se convierte en éste. Asimismo, conocemos sus elementos, es decir, los instrumentos de los que se vale a fin de alcanzar sus objetivos. Ahora es necesario preguntarse si, en los términos planteados por los teóricos de este modelo punitivo, el Derecho penal del enemigo encuentra límites o, por el contrario, es posible hacer cualquier cosa con tal de proteger a la sociedad de semejantes amenazas. Mi opinión es que, a pesar de que Jakobs sostenga que no se trata de la destrucción arbitraria del sujeto peligroso o que la restricción de derechos no implica que todo esté permitido⁸⁶, el Derecho penal del enemigo no tiene límites, al menos no límites previos, si es que se pretende que alcance los fines que se le atribuyen.

Jakobs sostiene que el Derecho penal del enemigo se encuentra limitado en un doble sentido. En primer lugar, afirma que el Estado no “necesariamente” ha de excluir al enemigo de todos sus derechos. En segundo lugar, “el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer, sino que *puede* contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz”⁸⁷. Es decir, si bien el enemigo no ofrece la garantía cognitiva para poder ser tratado como

⁸⁶ *Cfr.* Jakobs, “La pena estatal: significado y finalidad”, *cit.*, p. 56. Del mismo autor: “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, *cit.*, p. 732.

⁸⁷ Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *cit.*, pp. 30-31.

persona, el Estado no cierra la posibilidad de que en algún momento sí lo haga, se representa como dispuesto a la reconciliación y mantiene abierta la puerta para quien tenga voluntad de retornar, reconociéndole así una personalidad potencial, para lo cual sólo priva al enemigo de aquellos derechos que son necesarios para mantener la realidad del Derecho. En pocas palabras: “Si bien el trato con el enemigo es guerra, se trata de una guerra estrechamente delimitada”⁸⁸.

El argumento de Jakobs es que como el Estado no cierra la puerta a una “reconciliación”, entonces no es una guerra total, sino que únicamente se le combate y se le reducen sus derechos en la medida de lo “necesario”. El problema es determinar qué es lo necesario. Jakobs usa frases como “el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer, sino que puede contenerse”, es decir, que desde su óptica, el Estado se encuentra legitimado para hacer más, que si bien ha decidido contenerse, si es su deseo puede actuar de manera más contundente.

En este sentido, las restricciones que Jakobs pretende dar al Derecho penal del enemigo son límites impuestos por el propio Estado, es decir, la actuación estatal puede verse sumamente acotada o, por el contrario, ser ejercida sin limitaciones. Ello sólo dependerá del arbitrio de las autoridades estatales que crean y ejecutan las normas. Es por eso que señalé que no se trata de límites previos, sino de límites adecuados a las circunstancias, o sea, de límites prácticamente nulos.

De qué depende entonces que estos autolímites sean mayores o menores. En la obra de Günter Jakobs podemos encontrar tres criterios: 1) la peligrosidad del enemigo, 2) la medida de lo necesario y 3) el temor ocasionado por el enemigo.

Con respecto al primer criterio, el jurista alemán indica que “si el enemigo incrementa su peligrosidad, entonces también aumentará su despersonalización”⁸⁹. Lo que no aclara Jakobs es cómo graduar la peligrosidad

⁸⁸ Jakobs, “La pena estatal: significado y finalidad”, *cit.*, p. 56.

⁸⁹ *Idem.*

de un sujeto, sobre todo si consideramos que se refiere a la probabilidad de hechos futuros. El Derecho penal liberal ha defendido el principio de hecho bajo el argumento de que la única forma de determinar la peligrosidad de un sujeto es a través de la conducta realizada, es decir, de manera objetiva. Fuera de esto, únicamente podemos hacer especulaciones. Por otro lado, debemos recordar que una de las características de la norma es la generalidad, por lo que para disminuir los límites de punición del Derecho penal del enemigo, sería necesario que todos los sujetos a los cuales se dirigen estas normas, aumenten su peligrosidad al mismo tiempo y con la misma intensidad, pues de lo contrario, es necesario establecer la peligrosidad de qué enemigo será el parámetro para fijar los límites de la intervención penal.

Sobre el segundo criterio, Jakobs señala que la lucha en contra del enemigo “no puede sobrepasar la medida de lo necesario” para reducir el peligro del mismo a una medida mínimamente tolerable⁹⁰. Definir qué es lo necesario para impedir que el sujeto siga representado un peligro para la sociedad, sin embargo, resulta igualmente vago, pues es imposible responder cuál es la medida de lo necesario y cuál es el peligro mínimamente tolerable. Si se eligen estos criterios tan abiertos y subjetivos, los límites sólo son aparentes y distan mucho de cumplir el objetivo de regular la actividad estatal.

Por último, Jakobs dice que el Derecho penal de enemigos “es una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo”⁹¹. Si la peligrosidad y la medida de lo necesario resultaban subjetivos, la temibilidad como parámetro para determinar los límites del Derecho penal del enemigo, resulta insostenible, pues la manera en la cual se reacciona depende no de los actos del sujeto, ni siquiera de la peligrosidad que manifieste a través de determinados indicios, sino de cuánto le tema la sociedad a un tipo de delincuente. Bajo esta óptica, el Derecho penal del enemigo no es más que un instrumento para calmar el miedo en la comunidad, con independencia de que éste resulte

⁹⁰ Cfr. Jakobs, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, *cit.*, p. 732. y “¿De qué se trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 4.

⁹¹ Jakobs, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, *cit.*, p. 734.

fundado o no. Los enemigos totalmente subjetivos se convierten en instrumentos para que la sociedad pueda vivir en “paz”.

Sea la temibilidad, la peligrosidad o la necesidad de defensa, todos estos criterios no representan límites fijos, puesto que siempre se puede tener más miedo, se puede ser más peligroso o siempre se puede considerar que lo que se hace no es suficiente. Es por esto que, pese a lo sostenido por Jakobs, el Derecho penal del enemigo, al menos en la manera en que se encuentra formulado, no encuentra limitaciones, y un poder punitivo sin límites me parece más peligroso aun que los enemigos.

Recordemos que Jakobs sitúa al enemigo en el estado de naturaleza, lo cual lo explica de la siguiente manera:

Un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación⁹².

Por tanto, si el enemigo se encuentra en un estado en el cual no existe más que libertad excesiva sin un Derecho que limite la actuación del Estado, además como no se puede correr el riesgo de perder y someterse a la determinación del enemigo, resulta ilógico poner límites. De manera más clara, Jakobs sostiene lo siguiente:

Si una situación en Derecho aún no se ha establecido, se trata del estado prejurídico, es decir, precisamente, el estado de naturaleza, y en él no hay personalidad jurídica. Por ello, de por sí, contra los que vulneran los derechos humanos –quienes por sí mismos ciertamente no ofrecen seguridad suficiente de que se comportarán como personas en el sentido del Derecho– está permitido todo aquello que está permitido en el estado de naturaleza para conseguir que una constitución civil adquiriera carácter real, y esta autorización amplia es utilizada en la praxis. Empezando por hacer la guerra, y no enviando tan sólo a la policía para ejecutar una orden de detención. Una vez que se tiene al autor, desde luego, se cambia al Código penal y al Código procesal penal, como

⁹² Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *cit.*, p. 40.

si se tratara de un hecho cometido por celos o de otros conflictos civiles parciales similares. Por lo tanto, se declara al autor persona en Derecho para establecer la ficción de una vigencia universal de los derechos humanos como algo ya real, presente de acuerdo con su idea, y se elude el problema de cómo el orden aun por establecer podría legitimarse como orden universal⁹³.

El caso de los prisioneros en Guantánamo (*vid.* 2.9.) es un ejemplo paradigmático de que el Derecho penal del enemigo no encuentra límites, pues en la medida en que éstos se conviertan en obstáculos para realizar su función, el Estado que haga uso de este modelo de punición no tendrá más que disponer de ellos, bajo el argumento de que el sujeto es más peligroso de lo que se pensaba, que es necesario o que es temible.

1.3.5. La propuesta de Jakobs respecto al Derecho penal del enemigo

Jakobs siempre ha defendido que su postura es la de un científico que se limita a describir fenómenos que se presentan en la realidad, por lo que su intención jamás ha sido prescribir el deber ser. La excepción no es su planteamiento acerca del Derecho penal del enemigo. De manera clara, en el Tercer Seminario Internacional de Actualización en Derecho penal, organizado por la Academia Boliviana de Ciencias Jurídico-Penales y la Universidad Salesiana de Bolivia, celebrado los días 28, 29 y 30 de mayo de 2007 en la Ciudad de Cochabamba, Günter Jakobs a través de una videoconferencia declaró lo siguiente:

En primer lugar, les ruego que entiendan cuanto voy a decirles a propósito del Derecho penal del enemigo única y exclusivamente de manera descriptiva, y nunca prescriptiva: esto es, cuando hablo del Derecho penal del enemigo lo hago siempre como descripción de una realidad ya existente y no como proposición de política legislativa. Yo estoy lejos de hacer propaganda o de clamar en favor de un ordenamiento jurídico que convierte a los ciudadanos en enemigos. Pero tampoco puedo cerrar los

⁹³ Jakobs, "La pena estatal: significado y finalidad", *cit.*, pp. 59-60.

ojos ante la evidencia de que existen ordenamientos jurídicos que actúan de esa manera en determinados ámbitos, por lo que hemos de aproximarnos a una adecuada conceptualización de la problemática.

Hasta me resultaría agradable que pudiera disolverse la detestable imagen del Derecho penal del enemigo; ahora bien, no veo ninguna posibilidad de una disolución incondicionada, y por ello intento conocer y dar a conocer lo que pasa, aunque sea detestable⁹⁴.

En el año 2005, tras haber impartido una ponencia en Frankfurt Order, Jakobs tuvo que afrontar las objeciones que se le hicieron en una discusión posterior acerca del peligro que implica una teoría capaz de legitimar un Derecho penal excepcional al margen del Estado de Derecho. El autor respondió que su planteamiento era un porcentaje 98% descriptivo y sólo 2% prescripción. Este pequeño porcentaje se debía a que el Derecho penal del enemigo era inevitable⁹⁵.

Como podemos apreciar, Jakobs asume una posición resignada, queriéndonos decir de alguna manera, que por más contrario al Estado constitucional de derecho que resulte el Derecho penal del enemigo, no podemos escapar de él. Contra la crítica a sus planteamientos, el jurista ha respondido: “Ciertamente, el mundo puede dar miedo, y de acuerdo con una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje”⁹⁶.

El propio Jakobs reconoce entonces que el Derecho penal del enemigo constituye un riesgo para el Estado constitucional; empero, ello no lo hace menos real y necesario. La propuesta del jurista alemán parte del reconocimiento de que el Derecho penal del enemigo tiene un carácter excepcional y, para mantenerlo así, es necesario identificar los supuestos en los que procede aplicar este modelo normativo, separándolo por completo del Derecho penal del ciudadano. Lo que Günter Jakobs propone es identificar científicamente los regímenes de excepción,

⁹⁴ Jakobs, “¿De qué se trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?”, *cit.*, pp. 2 y ss.

⁹⁵ Cfr. Demetrio Crespo, Eduardo, “El Derecho penal del enemigo *darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado Derecho penal del enemigo y la idea de seguridad”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 1, *cit.*, p. 491.

⁹⁶ Jakobs, Günter, y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, España, 2003, p. 15.

entender cuál es su ámbito legítimo de aplicación y, en consecuencia de ello, limitarlos. En otras palabras:

Quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho –control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.– debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada⁹⁷.

En opinión del jurista alemán, si se desea que el Derecho penal del ciudadano siga respetando los principios y derechos sobre los cuales está construido, resulta necesario reconocer que lo que se hace contra los enemigos de la sociedad, no forma parte de la respuesta frente a los delincuentes ordinarios. Situación que no debe ser prejuiciosamente valorada en forma negativa, mientras se restrinja al Derecho penal del enemigo a su papel legítimo y autónomo dentro del ordenamiento jurídico.

El riesgo de no separar estas dos modalidades es que el Derecho penal del enemigo invada al Derecho penal del ciudadano, corrompiendo todo el sistema, de tal suerte que cualquier delincuente corra el riesgo de ser tratado como un peligro a neutralizar. “Quien no diferencia con claridad entre enemigo y delincuente civil no debe sorprenderse si confunde los conceptos guerra y proceso penal”⁹⁸.

1.4. La doctrina y el Derecho penal del enemigo

Un importante debate gira en torno al Derecho penal del enemigo; juristas de todo el globo han expresado sus opiniones a favor y en contra de la posición de Jakobs. El presente apartado pretende únicamente señalar las características que distintos doctrinarios han atribuido al modelo del Derecho penal del enemigo, con

⁹⁷ Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *cit.*, p. 41.

⁹⁸ Jakobs, “La pena estatal: significado y finalidad”, *cit.*, p. 70.

la finalidad de contar con elementos más ricos al momento de analizar si el régimen de excepción que introdujo la reforma de junio de 2008 en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos coincide con los postulados del Derecho penal del enemigo.

1.4.1. El Derecho penal del enemigo como tercera velocidad del Derecho penal

Jesús-María Silva Sánchez, en su obra *La expansión del Derecho penal*, propone la existencia de varios “Derechos penales”, o como él los llama: velocidades del Derecho penal. La primera velocidad corresponde al Derecho penal clásico, en el que la reacción jurídica a la que se recurre preponderantemente es la pena de prisión y que está orientado hacia un modelo de Derecho penal mínimo en el que los criterios de imputación y los derechos del imputado se mantienen de manera estricta. La segunda velocidad incluye sanciones pecuniarias o privativas de derechos, por lo que admite una flexibilización de los mencionados derechos y principios. Es posible cuestionar por qué los delitos que corresponden a la segunda velocidad no pasan al ámbito del Derecho administrativo sancionador. La respuesta que da el jurista español es que éste carece de la capacidad simbólica y de estigmatización social con la que sí cuenta el Derecho penal y, por tanto, lo hacen apto para responder a los reclamos de seguridad de la población. Así, se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión, pero a la vez se atiende a las nuevas necesidades a las que debe responder el Derecho penal⁹⁹.

Sin embargo, Silva Sánchez introduce una tercera velocidad, que se trata de un Derecho penal que prevé penas de prisión conjuntamente con una relajación de los mencionados derechos y principios. Esta velocidad responde a

⁹⁹ Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, B de f, Argentina, 2006, pp. 178-182.

fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la sexual violenta y reiterada, la delincuencia organizada y el terrorismo, que amenazan los fundamentos de la sociedad.

Al igual que Jakobs, el jurista español reconoce que la tercera velocidad es inevitable, empero, debe tener un carácter excepcional, acotado y temporal; en resumen, un Derecho penal de emergencia. Esta tercera velocidad corresponde al Derecho penal del enemigo, que es concebido como la aplicación legal de las medidas de seguridad a imputables peligrosos. Silva Sánchez explica que el fundamento de esta tercera velocidad es la presencia de serios obstáculos para perseguir y probar los hechos delictivos de ciertos sujetos peligrosos, por lo que se necesita una disminución de derechos y garantías para facilitar la labor ministerial; no obstante, no se puede prescindir de la prisión dado el impacto que producen estos delitos para la estabilidad del ordenamiento jurídico¹⁰⁰.

El jurista español reconoce que se trata de un mal menor que exige una revisión constante. Sin embargo, acepta también que el Derecho penal del enemigo ha crecido sin control en los Estados contemporáneos, por lo que predice que la lista de enemigos crecerá ilegítimamente¹⁰¹.

1.4.2. El Derecho penal del enemigo como fusión del Derecho penal simbólico y del punitivismo

Para Manuel Cancio Meliá, el Derecho penal del enemigo tiene su origen en el desarrollo de dos fenómenos expansivos: el Derecho penal simbólico y lo que puede denominarse “resurgir del punitivismo”¹⁰².

¹⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, pp.183-187.

¹⁰¹ Cfr. *Ibidem*, p. 188.

¹⁰² Cfr. Cancio Meliá, Manuel, “¿Derecho penal del enemigo?”, en Jakobs y Cancio Meliá, *op. cit.*, pp. 65 y ss.

El Derecho penal simbólico es un término utilizado para referirse a un conjunto de normas que son utilizadas por determinados agentes políticos y que persiguen el objetivo de infundir seguridad en la población mediante la imagen de un legislador atento y decidido a tomar las medidas necesarias a fin de atender los reclamos de la sociedad. La norma simbólica puede tener eficacia verdadera, sin embargo, su principal función es calmar las peticiones de seguridad mediante la idea de que la existencia de normas penales, generalmente más severas, reducirá la inseguridad generada por la delincuencia¹⁰³.

En este proceso simbólico, la tipificación penal se convierte en un “mecanismo de creación de identidad social”¹⁰⁴ al definir la existencia de un específico “tipo de autor”, quien no es un igual sino el otro, el que no debe formar parte¹⁰⁵. A este sujeto se le atribuyen los problemas de seguridad e ineficacia de las instituciones.

Por otro lado, el punitivismo se refiere a un incremento cualitativo y cuantitativo en la legislación penal, bajo la convicción de que es el único criterio político criminal¹⁰⁶. Por ende, la lógica es que si hay más delitos, se debe incrementar la punibilidad de los tipos ya existentes, o bien crear nuevos tipos penales que respondan de manera más “eficiente” a los conflictos sociales.

De esta manera, cuando se argumenta que la justificación del Derecho penal del enemigo se encuentra en la existencia de focos de peligros que ponen en jaque la existencia de la sociedad, lo cierto es que probablemente no se ha tomado en cuenta que la percepción de riesgos es una construcción social subjetiva que no siempre coincide con la realidad. Es difícil pensar que incluso las células terroristas y los cárteles de la droga más poderosos, a pesar de su organización, poder fáctico y económico, tendrán la fuerza suficiente para destruir

¹⁰³ Un caso prototípico del Derecho penal simbólico en nuestro país es el tipo penal de feminicidio previsto en el artículo 325 del Código Penal Federal, que consiste en privar de la vida a una mujer por razones de género. Este tipo penal de difícil demostración no pretende primordialmente reducir la incidencia de esta conducta, pues en todo caso ya se sancionaba el homicidio, por el contrario, pretende generar en la sociedad un alivio o sentimiento de protección al saber que cuentan con el respaldo de la ley, como si el decreto legislativo tuviera poderes mágicos que pudieran dar fin a una problemática tan compleja como la victimización femenina, que involucra múltiples aspectos.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 96,

¹⁰⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 85.

¹⁰⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 79.

a la sociedad, al Estado o a sus instituciones; empero, la existencia de estos grupos sí genera un efecto perturbador grave en el plano simbólico, ya que la concepción de las personas es la existencia de una mayor inseguridad y, por tanto, de una imposibilidad de seguir con el proyecto de una sociedad democrática. Es así que el Derecho penal del enemigo hace su aparición, y al nutrirse del Derecho penal simbólico, genera en la población un sentimiento de calma de que por fin se está haciendo algo, y este algo que incluye penas severas y reducción de derechos fundamentales, bajo la óptica del punitivismo, es lo mejor que se puede hacer, pues la respuesta penal es la única alternativa.

1.4.3. El subsistema penal de excepción de Luigi Ferrajoli

Es necesario precisar que Luigi Ferrajoli, cuando hace un análisis de lo que él denomina subsistema penal de excepción en su obra *Derecho y razón*, no se refiere a los postulados de Jakobs, sino a una serie de normas que fueron incorporadas en la legislación penal italiana de las últimas décadas del siglo pasado; sin embargo, las explicaciones del profesor de la Universidad de Roma III son útiles para explicar el fenómeno del Derecho penal del enemigo. En este sentido, los elementos que el jurista italiano atribuye al régimen de excepción son:

- a) Se trata de una legislación excepcional en el discurso, pero que en los hechos se convierte en un modelo permanente.
- b) Se orienta por la razón de estado, que parte de la idea que este último es un fin en sí mismo, por lo que el Derecho no es concebido como un límite al gobierno, sino que está al servicio de la conservación e incremento del poder estatal.
- c) En función de una emergencia se autoriza la inaplicabilidad de los principios que rigen el Estado de Derecho, para pasar a la discrecionalidad de los gobernantes.

- d) Se orienta por la lógica amigo/enemigo, la cual es incompatible con la imparcialidad jurisdiccional. El juez se convierte en enemigo del procesado, por lo que su objetivo es encontrar su responsabilidad a cualquier costa y no juzgar determinados hechos.
- e) Se investiga la personalidad amiga o enemiga del imputado y no tanto el hecho cometido, toda vez que se sanciona no por lo que se haya hecho, sino por lo que se es. En este sentido, sus postulados corresponden con los del Derecho penal de autor.
- f) Se crean cárceles especiales, regímenes diferenciados, tratamientos personalizados, clasificaciones por grados de peligrosidad, medidas alternativas y otras formas de premios o castigos, con base en la personalidad del condenado.
- g) Se genera un gigantismo procesal, que se refleja en investigaciones masivas basadas en débiles indicios, incremento de las conductas imputadas al autor y prolongación exagerada de los procesos.
- h) Decodificación y uso de un lenguaje legal deliberadamente oscuro y polisémico¹⁰⁷.

1.5. El Derecho penal del enemigo: la exclusión jurídica del “otro”

Günter Jakobs ha negado insistentemente su participación en la construcción de modelos normativos alternativos a los sistemas penales ordinarios, a los cuales se ha limitado a describir. La explicación que el jurista hace en relación con estas normas, a las que ha calificado como Derecho penal del enemigo, es que representan la reacción de un grupo social frente aquellos individuos cuya sola presencia impide desarrollar la vida comunitaria, con la confianza de que el ordenamiento jurídico tiene una validez mínima, es decir, que impiden un estándar aceptable de seguridad cognitiva.

¹⁰⁷ Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 807-837.

Ciertamente existen manifestaciones criminales que generan terror en la sociedad; empero, la descripción ofrecida por Jakobs resulta errada al explicar el fenómeno de los regímenes penales excepcionales. El jurista alemán supone que es posible identificar y agrupar a aquellos sujetos cuyo modo de vida radicalmente opuesto a la sociedad, es capaz de vulnerar la confianza hacia el ordenamiento jurídico.

Si bien existen delitos que generalmente causan mayor impacto en la sociedad, nunca dos conductas, aun cuando encuadren en el mismo tipo penal, poseen características idénticas; de ahí la necesidad de establecer amplios rangos de punibilidades a fin de que la individualización de la sanción sea la más justa posible.

No se puede tomar un conjunto de delitos, agruparlos en un régimen excepcional –eufemismo para indicar restrictivo de derechos– y asegurar que sus autores son sujetos peligrosos que impiden a los miembros de la sociedad desarrollar con confianza sus proyectos de vida. Probablemente la seguridad cognitiva no se vea mermada en todos los casos en los que la norma reputa como enemigos a los delincuentes. Más aún, existen delitos fuera de los regímenes especiales cuya huella es mucho más profunda, entre ellos, los cometidos por autoridades.

Por tanto, resulta insostenible construir un régimen penal, procesal o sustantivo, que tenga como base la vulneración a la seguridad cognitiva por un tipo de delincuentes, puesto que es imposible identificar a través de descripciones generales, como lo son las normas penales, a todos aquellos delincuentes que generan este efecto nocivo. En el proceso, necesariamente quedarán dentro personas que, en los términos descritos, no merecen este trato especial. Asimismo, es iluso creer que todos los enemigos sociales podrán ser abarcados por una fórmula genérica.

Además, la seguridad cognitiva no depende ni exclusiva ni principalmente de la neutralización de los enemigos sociales. La percepción de seguridad por

parte de la población no siempre se basa en hechos reales, y depende de múltiples factores, como la corrupción o la impunidad. La probabilidad de ser víctima de un delincuente “común” es más alta que la de sufrir un atentado de parte de un terrorista o delincuente organizado. De basar las consecuencias penales en la percepción que tiene la población frente al crimen, cualquier delincuente correría el riesgo de ser convertido en un enemigo, siempre que así lo clame una sociedad asustada.

Todo tipo penal debe tener como objeto de protección un bien jurídico. Así, el tipo de homicidio tutela la vida, el de secuestro la libertad y el de robo el patrimonio. Estos tipos penales comparten la característica de que es posible valorar el menoscabo sufrido en ellos tras la irrupción de una conducta delictiva y, con base en ello, se puede asignar una sanción al responsable. Sin embargo, es válido preguntar cómo se mide la lesión de la seguridad cognitiva.

El Derecho penal del enemigo se ha valido de la laxitud de sus definiciones para ampliar su campo de aplicación, bajo el firme propósito de que ningún sujeto peligroso escape del poder estatal. Los regímenes parapenales no se basan en la vulneración a la seguridad cognitiva como asegura Jakobs. La realidad es mucho más simple: que un delincuente sea tratado como enemigo o como amigo sólo depende del arbitrio de aquellos que en su momento estuvieron en posibilidad de tomar las decisiones colectivas. Todo se reduce a la determinación de los titulares del poder que, en muchas ocasiones, se ve influenciada por una sociedad temerosa y dispuesta a tolerar medidas “alternativas” en aras de la seguridad.

En este punto es posible recurrir a la teoría del *labelling approach* para explicar la política criminal del enemigo. Esta teoría tiene un alcance que abarca el Derecho punitivo en general y centra su atención en el efecto constitutivo que tiene la ley penal sobre el delincuente, que al ser sujeto de una sanción, consolida

su calidad de desviado, por lo que esta teoría niega el carácter resocializador de la pena y le atribuye la consecuencia de segregar al individuo¹⁰⁸.

Llevando estos planteamientos a los regímenes penales de excepción, es posible negar la existencia previa y autónoma de enemigos sociales. Es la ley penal la que al introducir a un grupo de individuos en un modelo punitivo alternativo al ordinario, la que construye a los enemigos. Con ello no se quiere decir que los grupos humanos no reaccionen especialmente frente a ciertas manifestaciones antisociales; en realidad la crítica que se pretende formular es que el Derecho penal no siempre atiende a dicha reacción social, por lo que recibir la calidad de enemigo sólo depende del arbitrio de aquél que tiene el poder de definición, es decir, del legislador y que etiquetar a alguien como enemigo lo coloca en una posición contraria a la sociedad, que no necesariamente asumía.

La política criminal contra el enemigo nunca se ha mostrado como una expresión autoritaria; muy por el contrario, su bandera es servir como recurso para salvar a la sociedad de aquellos sujetos que se han manifestado abiertamente en contra de ella. Su objetivo es impedir que los enemigos destruyan todo lo que se ha construido.

La introducción del modelo de Derecho penal del enemigo, junto con el Derecho penal para ciudadanos, supone el establecimiento de dos regímenes legales orientados por lógicas distintas. De acuerdo con esta visión, existen dos tipos de seres humanos: los enemigos y todos los demás, por tanto, dos tipos de procesos y dos tipos de "justicia".

La lógica que se esconde detrás de este modelo es la identificación del "otro", es decir, del "diferente", del "extraño", del "indeseable", y de esta manera se convoca a la población, no ya a unir esfuerzos para superar la crisis ocasionada por los enemigos, sino cuando menos, a permitir al Estado realizar todo lo que esté en sus manos a fin de destruir al enemigo. De esta forma, se cae en una postura en la que los delincuentes, o al menos cierto tipo de ellos, son vistos como

¹⁰⁸ Cfr. Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, 4ª ed., Siglo veintiuno editores, México, 1993, pp. 83 y ss.

un ser tan diverso a “nosotros” los ciudadanos y que, por lo tanto, merecen ser tratados de la forma que sea necesaria en aras de salvar a la sociedad, pues en todo caso el delincuente se ganó a pulso ese tratamiento.

El Derecho penal del enemigo es, entonces, un mecanismo de discriminación de esos “otros” de quienes debemos protegernos. La nota particular es que se trata de una discriminación institucionalizada, es decir, que cuenta con un respaldo legal. Así, las normas jurídicas se convierten en el instrumento de selección artificial del que se vale la sociedad para eliminar a aquellos miembros que considera indeseables.

Como ya se mencionó, el Derecho penal del enemigo es un fenómeno de los Estados contemporáneos que buscan compatibilizar este modelo con el paradigma de los derechos humanos. Sin embargo, manifestaciones similares que hacen uso de la ley como instrumento para eliminar a aquellos a quienes se les identifica como enemigos, se han dado de muy diversas formas a lo largo de la historia de la humanidad, es decir, se trata de un fenómeno presente en distintas etapas que se niega a ser superado. A fin de demostrar esta hipótesis, en el siguiente capítulo se analizarán algunos modelos que se identifican con esta visión de proteger a la sociedad de aquellos seres a los que se les acusa de atentar brutalmente en contra de ella, para lo cual, se genera un modelo *ex profeso* de combate que bifurca el Derecho penal en atención a los sujetos que se someten al *ius puniendi* del poderoso Leviatán.

CAPÍTULO 2

MARCO HISTÓRICO

DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Primero vinieron a buscar a los comunistas,
y yo no hablé porque no era comunista.
Después vinieron por los socialistas y los sindicalistas,
y yo no hablé porque no era lo uno ni lo otro.
Después vinieron por los judíos,
y yo no hablé porque no era judío.
Después vinieron por mí,
y para ese momento
ya no quedaba nadie que pudiera hablar por mí.

Martín Niemöller

SUMARIO: 2.1. El hostis iudicatio en el Derecho romano. 2.2. La caza de brujas y el Malleus maleficarum. 2.3. Los contractualistas clásicos y la idea del enemigo. 2.3.1. Thomas Hobbes. 2.3.2. John Locke. 2.3.3. Jean-Jaques Rousseau. 2.3.4. Immanuel Kant. 2.3.5. Johann Gottlieb Fichte. 2.4. La escuela positiva. 2.5. Franz von Liszt y la neutralización de los delincuentes habituales. 2.6. Carl Schmitt y las categorías amigo y enemigo. 2.7. El combate a los enemigos del régimen nacionalsocialista. 2.8. El combate al narcotráfico en Colombia. 2.9. El 11 de septiembre y sus consecuencias en torno al Derecho penal del enemigo. 2.10. El enemigo: el constante presente en la historia del Derecho penal.

El uso de la ley como instrumento para inocular a aquellas personas que se definen como los enemigos de una comunidad no es un suceso reciente. Se trata de un evento recurrente en la historia, ligado al Derecho penal, que constituye el espacio más crítico entre el poder del Estado y el individuo. Incluso se ha llegado a decir

que la historia del Derecho penal es la historia del Derecho penal del enemigo, mientras que el Derecho penal garantista y liberal ha sido más bien la excepción.

Es posible encontrar numerosos ejemplos sobre la existencia de dos regímenes penales dentro de un mismo ordenamiento jurídico, es decir, un derecho penal para enemigos y un derecho penal ordinario para todos los demás. Importantes antecedentes pueden ser ubicados verbigracia en la conquista de los pueblos americanos, en la lucha contra los enemigos del pueblo instaurada por el comunismo, en el régimen impuesto por Franco en España o en el combate a la mafia durante la década de los ochenta en Italia. Abarcar con detalle cada uno de estos ejemplos históricos rebasaría por mucho los alcances de la presente tesis. Es por ello que sólo he escogido momentos clave, de épocas distintas y en contextos completamente diferentes, a fin de demostrar que el discurso de la exclusión del diferente ha estado presente a lo largo de la historia. Por otro lado, el discurso basado en la necesidad de instaurar medidas diferentes para ciertos delincuentes también ha sido asumido por ciertos autores considerados clásicos, cuyas ideas pueden significar un antecedente ideológico al Derecho penal del enemigo, por lo que también nos ocuparemos de ellas.

2.1. El *hostis iudicatio* en el Derecho romano

Es en la Roma clásica, primera civilización en desarrollar un estudio científico del Derecho, en donde podemos encontrar uno de los primeros antecedentes legislativos que tuvieron como base la identificación de un enemigo público para establecer una serie de medidas destinadas a combatirlo. El enemigo en el Derecho romano recibió el nombre de *hostis iudicatio*.

Los juristas de la época discutían si a los sujetos peligrosos se les debía aplicar el derecho ordinario, o bien, uno más agresivo y contundente. Fue Cicerón quien, en su obra *De Catilinae coniuratione*, manifestó que los “enemigos del

Estado no eran ya ciudadanos romanos y habían perdido la posibilidad de un procedimiento jurídico regular”¹⁰⁹.

En un principio, el término *hostis* sirvió para designar a los extranjeros pertenecientes a los Estados que mantenían una relación pacífica con Roma, mientras que el término *perduellis* era utilizado para designar a los procedentes de los pueblos que tenían un conflicto bélico con los romanos. Empero, con el tiempo ambos términos se confundieron y, de esta manera, *hostis* fue el vocablo que vino a significar enemigo público¹¹⁰.

En Roma, el Derecho frecuentemente hizo distinciones entre grupos de personas. Así, todo aquél que no fuera ciudadano romano no tenía acceso a los derechos que proveía el *ius civile*, pues para ellos regía un derecho especial: el *ius gentium*. Eugenio Raúl Zaffaroni indica que en el Derecho romano se podían distinguir dos categorías: por un lado la del *hostis alienigena*, que servía para designar a los extranjeros que se encontraban al amparo del *ius gentium*. Por otro lado, estaban los *hostis iudicatus*, es decir, los enemigos¹¹¹. Para que una persona fuera considerada *hostis iudicatus*, era necesaria una declaración previa por parte del Senado en ejercicio de la *autocritas*, que era un poder conferido a este órgano para atender situaciones de emergencia. La declaración de enemistad tenía lugar cuando, según el criterio de los senadores, un ciudadano romano o un grupo de ellos representaba una amenaza para la seguridad de Roma y, por ende, debía ser combatido con mecanismos legales más decisivos que los existentes para sancionar a la delincuencia común.

Una vez que una persona era declarada *hostis iudicatus*, era posible aplicarle un régimen de penas más severo que incluía la muerte, la esclavitud y la privación de todos sus bienes, pues al ser un enemigo declarado, perdía todo ámbito de protección. El enemigo era cosificado, por lo que no había problema de privarlo hasta del último de sus derechos. Esta figura fue utilizada sobre todo en

¹⁰⁹ Cita tomada de Pastor, Daniel R., “El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 2, *cit.*, p. 482.

¹¹⁰ Cfr. Polaino-Orts, *op. cit.*, p. 166.

¹¹¹ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Ediciones Coyoacán, México, 2007, p. 24.

contra de los enemigos políticos de aquellos que poseían el poder. Nunca existió un criterio único de quien debía ser considerado enemigo, pues esto dependía del arbitrio de las autoridades.

2.2. La caza de brujas y el *Malleus maleficarum*

La caza de brujas llevada a cabo durante los siglos XV al XVIII constituye una de las persecuciones más sangrientas y terribles de nuestra historia. El demonio era considerado el enemigo a vencer en una lucha aparente entre el bien y el mal, pero las consecuencias recayeron, como veremos, en la mujer: a veces en la mujer anciana, a veces en la mujer pobre y, en otras ocasiones, en la mujer científica. Una lucha violenta conducida por una religión supuestamente fundada en la misericordia y en la compasión.

En el año de 1215 el IV Concilio de Letrán promulgó un edicto en el que establecía que todos los herejes debían ser excomulgados y ejecutados por el Estado. La herejía no sólo constituía un pecado, sino también un crimen, que debía ser sancionado por el Estado. En consecuencia, desde el siglo XIII, la Inquisición empezó a perseguir la herejía y dentro de ésta a la brujería. Desde siglos antes ya existían ciertos cánones y leyes civiles que sancionaban la hechicería; no obstante, no existía una persecución sistematizada ni brutal como la que desencadenaría una obra que ha pasado a la historia como uno de los libros más crueles y discriminatorios: el *Malleus Maleficarum* o *El martillo de las brujas*.

El 5 de diciembre de 1484, el papa Inocencio VIII emitió una bula cuya finalidad era dotar de poderes a los inquisidores con el objetivo de combatir la peligrosa amenaza que suponía la brujería, removiendo todos los obstáculos que pudieran aparecer en su noble objetivo. Así, el papa Inocencio VIII decretó lo siguiente:

Últimamente ha llegado a nuestros oídos, no sin provocarnos la más amarga de las penas, la noticia de que en algunas partes del norte de Alemania, así como en las provincias, municipios, territorios, distritos y diócesis de Maguncia, Colonia, Tréveris, Salzburgo y Bremen, muchas personas de ambos sexos, despreocupadas de su salvación e ignorando la verdadera fe católica, se han abandonado a demonios, íncubos y súcubos, y por medio de sus encantamientos, hechizos y conjuras y otros odiosos embrujos y artificios, han matado a niños que aún se hallaban en el útero materno, lo que también hicieron con las crías de ganado; asimismo arruinaron los mieses de la tierra, las uvas de las vides, los frutos de los árboles; y más, a hombres y mujeres, animales de carga, rebaños y otros tipos de animales, viñedos, huertas, praderas y campos de trigo, cebada y cualquier otro cereal; además, estos malvados persiguen y atormentan a hombres y mujeres, animales de tiro, rebaños y animales de otras clases, con terribles pesares e impiadosas enfermedades, internas y externas; impiden a los hombres realizar el acto y a las mujeres concebir, por lo cual los esposos no conocen a sus mujeres, que no los reciben; además, y por sobre todo, de manera blasfema reniegan de la fe que recibieron por el sacramento del bautismo, y a instancias del enemigo de la Humanidad se permiten cometer y perpetrar las más espantosas iniquidades y las más repugnantes abominaciones, con peligro de muerte para sus almas, con lo que ultrajan a la divina majestad y son causas de escándalos y de peligros para muchos.

Así, entonces, Nos, como es nuestro deber, nos sentimos deseosos de remover todo impedimento u obstáculo que pueda demorar y entorpecer la gran obra de los inquisidores, así como de aplicar potentes remedios para impedir que la enfermedad herética y otras infamias difundan su veneno para destruir a la multitud de las más inocentes... por el tenor de estas Cartas, y en virtud de nuestra autoridad apostólica, decretamos y ordenamos que los mencionados inquisidores tengan poderes para proceder a la corrección, encarcelamiento y castigo de cualquier persona, sin impedimento ni obstáculo, en todas las maneras, como si las provincias, municipios, diócesis, distritos, territorios, e incluso las personas y sus delitos, hubiesen sido específicamente nombrados y particularmente designados en nuestras cartas¹¹².

Además de esto, la bula papal establecía una lucha en contra de todos aquellos que osaran oponerse a la misión de los inquisidores, pues ellos, al igual que las brujas, serían acusados de herejía. La bula señalaba:

¹¹² Kramer, Heinrich y Sprenger, Jacobus, *Malleus maleficarum. El martillo de las brujas*, Círculo Latino-Dunca-Reditar Libros, España, 2006, pp. 43-45.

También procurará que, en obediencia a nuestro mandato, no se le perturbe ni obstaculice por autoridad ninguna, sino que amenazará a todos quienes intenten molestar o atemorizar a los inquisidores, a todos quienes se les opongan, a todos los rebeldes, cualquiera que fuese su alcurnia, fortuna, posición, primacía, dignidad o condición, o cualesquiera que sean los privilegios de exención que pudieran reclamar, con la excomunión, la suspensión, la interdicción y las más diversas condenas, censuras y castigos todavía más terribles, como a él le pluguiere, y sin derecho ninguno de apelación, y que según su criterio puede, por nuestra autoridad, acrecentar y renovar estas penas tan a menudo como lo encontrare preciso, y llamar en su auxilio, si fuera necesario, al brazo secular.

Non obstantibus... Que ningún hombre, por lo tanto... Pero si alguno se atreviera a hacer tal cosa, Dios no lo quiera, que sepa que sobre él caerá la ira de Dios todopoderoso, y de los santos apóstoles Pedro y Pablo¹¹³.

Una vez emitida la bula del papa Inocencio VIII, los inquisidores Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger escribieron la obra conocida como *Malleus Maleficarum* o *Martillo de las brujas*, la cual vería la luz en el año de 1484. Este libro se convirtió en el manual por excelencia utilizado por jueces e inquisidores para investigar, procesar y condenar a las personas acusadas de brujería.

El *Malleus Maleficarum* está dividido en tres partes. La primera de ellas está destinada a demostrar la existencia de la brujería, toda vez que muchos sectores de la población cuestionaban que verdaderamente hubiera personas adoradoras del demonio con poderes sobrenaturales, lo que evidentemente deslegitimaba los terribles actos de los inquisidores. Para realizar una caza tan contundente como la que tuvo lugar, era necesario contar no sólo con leyes que respaldaran el trabajo de los inquisidores, sino también difundir entre la población la idea de que las brujas representaban un peligro real, lo que justificaba una intervención urgente y drástica por parte de las autoridades religiosas y seculares.

El mejor instrumento para obtener la aprobación del pueblo fue el miedo, el cual fue inspirado a través de la descripción de todas y cada una de las prácticas malévolas que supuestamente eran efectuadas por las brujas, de cuyas

¹¹³ *Ibidem*, p. 46.

consecuencias todos eran probables víctimas. Así, la primera parte *del Malleus Maleficarum* “demuestra” que las brujas y todas sus prácticas eran reales, lo que se complementaría con la segunda parte en la que se narra el modo en el que las brujas pactan con Satanás, se trasladan volando para celebrar reuniones conocidas como sabbaths en las que adoraban y tenían orgías con demonios; se especificaba cómo producían desgracias tales como dificultar la procreación, separar al hombre de su miembro viril o evitar el acto sexual, poseer a las personas, producir enfermedades, afectar al ganado, matar a recién nacidos u ofrecerlos a los demonios, convertir a los hombres en bestias, entre otras calamidades que les atribuían. Además se proporcionaba una serie de remedios para las víctimas de la brujería.

En este sentido, en el *Malleus Maleficarum* se argumenta que la propia biblia reconoce la existencia de las brujas, específicamente se señala que “...en muchos pasajes de la ley divina manda que no sólo debemos evitar a los brujos, sino que también éstos tienen que ser ejecutados, y en realidad la ley no impondría esta pena definitiva si los brujos no hicieran reales y auténticos pactos con los demonios para provocar verdaderos daños y maldiciones”¹¹⁴. Kramer y Sprenger continúan citando pasajes bíblicos, opiniones de teólogos y canonistas, así como distintas leyes civiles que reconocían y sancionaban la brujería. En opinión de los dos inquisidores, quienes sostuvieran que las brujas no existían o al menos que no eran capaces dañar a la población, debían ser excomulgados¹¹⁵.

Elia Nathan Bravo señala que es posible dividir la legislación en contra de la brujería en dos: la eclesiástica, que sancionaba la brujería al implicar una forma de herejía y, en consecuencia, una ofensa a Dios, y la civil, que castigaba los maleficios a los que se les atribuían las ya mencionadas consecuencias; sin embargo, ambos tipos de legislación se complementaron, incluso fueron las

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 51.

¹¹⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 58.

autoridades civiles las encargadas de ejecutar las sentencias condenatorias emitidas por la Santa Inquisición¹¹⁶.

Dos ejemplos de la legislación civil fueron la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, que previó la pena de muerte y la tortura en ciertos casos de brujería, y la Constitución Criminal de Sajonia de 1572, que estableció como crimen el pacto con el diablo aun cuando no se cometiera maleficio alguno. Así, a pesar de lo increíble del crimen, es posible observar un adelantamiento en la punibilidad, puesto que se sancionaba a las brujas a pesar de no haber dañado a nadie.

Se señalaba que las brujas merecían un trato peor que el resto de los criminales, incluso una reacción más agravada que la correspondiente los demás herejes, puesto que eran responsables de pecados más graves. Según el *Malleus Maleficarum*, los herejes debían ser sancionados con la excomunión y la de sus descendientes, la confiscación de sus bienes y con la muerte en caso de que no abjuraran de su herejía, pues si se arrepentían, únicamente eran sometidos a prisión perpetua. Sin embargo, para las brujas estas sanciones no eran “suficientes” y, por tanto, ellas no tuvieron el derecho de regresar a la fe, pues se les aplicaba la pena de muerte directamente¹¹⁷.

La tercera parte del *Malleus Maleficarum* constituye un conjunto de instrucciones de cómo investigar, descubrir, interrogar y torturar a las brujas. Frank Donovan relata que esta tercera parte fue utilizada sobre todo por abogados, jueces y fiscales por igual, así como por las mentes más brillantes de la época, quienes pasaron por encima de los principios de justicia que habían defendido¹¹⁸. *El martillo de las brujas* establece entonces un derecho especial de combate, con reglas específicas y mucho más severas.

El tipo de procedimiento empleado fue evidentemente el inquisitivo, en el que no existía una distinción entre la autoridad investigadora y la juzgadora, es

¹¹⁶ Cfr. Nathan Bravo, Elia, *Territorios del mal. Un estudio sobre la persecución europea de las brujas*, UNAM, México, 1997, pp. 148-149.

¹¹⁷ Cfr. Kramer y Sprenger, *op. cit.*, pp. 180-181.

¹¹⁸ Cfr. Donovan, Frank, *Historia de la brujería*, Alianza Editorial, España, 1971, p. 150.

decir, el encargado de acusar a una persona de brujería era quien decidía si era responsable o no.

A diferencia de los procedimientos seguidos para otros delitos, se aceptaba la acusación de cualquier persona incluyendo criminales, menores de edad y discapacitados mentales. El *Malleus Maleficarum* señalaba que “cuando se presenta una tal acusación, cualquier testigo puede prestar testimonio, como si se tratara de un caso de lesa majestad. Porque la brujería es alta traición contra la majestad divina”¹¹⁹. Además, la acusación podía mantenerse en secreto, pues se argumentaba que de lo contrario, el acusador podía correr el peligro de resultar maldecido en venganza por la bruja responsable. En este sentido, en algunas regiones de Europa, se instaló en las iglesias una caja en la que cualquiera podía depositar el nombre de una persona acusándola de brujería. Esta situación dio lugar a numerosas acusaciones basadas en celos, envidia y enemistad, por lo que nadie estaba a salvo de sufrir una acusación. Las brujas eran creadas entonces con base en el rencor y odio social, más que en verdaderos hechos. El sistema inquisitivo permitía incluso iniciar un procedimiento sin necesidad de acusación, bastando la fama pública de una persona para iniciar las investigaciones y, por supuesto, el tormento.

Comúnmente no se desahogaba prueba alguna; en caso de que se presentaran testigos, la imputada no podía hacerles preguntas. Entre los testigos favoritos de los inquisidores estaban los niños, quienes fácilmente eran persuadidos de declarar incluso en contra de sus padres. En algunos casos se les permitió ser asistidas por abogados; a pesar de ello, pocas personas aceptaron ser defensores de los inculpados de hechicería, por el grave riesgo de ser acusados como brujos al intentar ayudar a una persona cuyo proceso no era más que un trámite legitimador, pues el derecho de defenderse era prácticamente nulo. Si una mujer era acusada de brujería, sería tratada como bruja, incluso antes de dictarse condena.

¹¹⁹ Kramer y Sprenger, *op. cit.*, p. 54.

Una persona podía ser declarada bruja con base en los denominados *indicia*, es decir, ciertos elementos que hacían presumir que una persona era adoradora de Satanás. De acuerdo con Frank Donovan, entre los *indicia* más contundentes estaba la apariencia física –una mujer vieja y fea era sospechosa de brujería–, la denuncia por un cómplice, relacionarse con otras brujas, la fama pública y la posesión de material mágico, como ingredientes para preparar distintos tipos de pociones¹²⁰.

Vicente Romano narra que los verdugos buscaban en el cuerpo desnudo de las acusadas rastros como manchas, lunares o verrugas, los cuales supuestamente eran las marcas que dejaban los demonios al besarlas y fornicar con ellas. Se creía que estas partes del cuerpo serían insensibles, por lo que los inquisidores procedían a pincharlas con agujas; si no salía sangre de las heridas o no manifestaban dolor, era signo de que eran brujas; sin embargo, si sucedía lo contrario, significaba que el demonio las estaba ayudando. Si una mujer no podía llorar también era un indicio de su pacto con Satanás, cuando lo que sucedía en realidad era que el dolor ocasionado por la tortura secaba los ojos. Mujeres vírgenes fueron acusadas de haber tenido relaciones sexuales con demonios bajo el argumento de que éstos eran capaces de penetrar a la mujer sin romper el himen¹²¹.

Las absoluciones no eran posibles y el procedimiento constituía una secuencia de etapas que llevarían necesariamente a declarar la responsabilidad de las acusadas, pues como es posible observar, no importaba el resultado de cada una de las pruebas empleadas, una vez que una persona era acusada de brujería, bruja sería.

Las pocas personas que eran absueltas tenían un desenlace igualmente trágico, pues morían tras ser torturadas cruelmente o en pruebas como las que describe Vicente Romano, consistentes en atar el dedo grueso del pie derecho de la presunta bruja con su pulgar de la mano izquierda, así como el dedo grueso del

¹²⁰ Cfr. Donovan, *op. cit.*, pp. 164-165.

¹²¹ Cfr. Romano, Vicente, *Sociogénesis de las brujas. El origen de la discriminación de la mujer*, Popular, México, 2007, p. 114.

pie izquierdo con el pulgar de la mano derecha. Se le rapaba el cabello y en esta posición se le arrojaba desnuda al agua. Si la acusada flotaba era señal de que era una bruja por lo que se procedía a ejecutarla; si se ahogaba era declarada inocente y recibía un entierro cristiano¹²².

Muchas mujeres confesaban antes de ser torturadas para evitar el dolor; sin embargo, una confesión pronta no aseguraba evitar pasar por los diversos instrumentos de tormento, pues las brujas confesas eran torturadas de cualquier forma a fin de obtener el nombre de sus cómplices, que en muchas ocasiones eran sugerencias de los torturadores, o bien, para asegurarse que no hubieran confesado para evitar la tortura. Muchas personas confesaron haber volado en escoba, tener relaciones sexuales con demonios, lanzar maleficios para dañar a otras personas y diversas situaciones irreales.

La posición de los inquisidores era que estas medidas excepcionales resultaban fundamentales por tratarse de un crimen de semejante gravedad que incluso ponía en riesgo toda la cristiandad, así como la salvación de la humanidad y que, por ende, no podía ser tratado según las reglas procesales ordinarias. Además, era un delito de difícil probanza, pues las consecuencias de los maleficios y conjuros no eran coetáneas o inmediatas y actos como el pacto con Satanás o los hechos cometidos en los sabbaths sólo podían ser presenciados por las brujas. Por otro lado, se creía que la bruja al confesar, de alguna manera se redimía y se conciliaba con los valores de la Iglesia.

A las brujas se les mataba a fin de inocuizarlas, característica emblemática del Derecho penal del enemigo, pues la gente temía que si conservaban la vida podrían seguir trayendo desgracias, por tanto, se les privaba de la vida no sólo por lo que habían hecho, sino por todo lo que podrían hacer, es decir, por representar un peligro, como el enemigo de Günter Jakobs.

Para legitimar estos horrores, no era suficiente la existencia de esta legislación civil y eclesiástica, sino también la opinión de distintos doctrinarios, que

¹²² Cfr. *Ibidem*, p. 136.

como ahora, avalaban la existencia de dos derechos, uno para los delincuentes comunes, y otro para las brujas. Durante los siglos XVI y XVII se escribieron varios libros que justificaban la labor de los inquisidores, en cambio, eran muy pocas las obras críticas hacia la Santa Inquisición, ya que esto podía implicar ser acusado de herejía como ya lo mencionamos anteriormente.

Uno de estos pensadores fue Jean Bodin, quien sin duda expresó en sus obras varias ideas que pueden ser consideradas como progresistas, sobre todo para su época. Empero, ello no fue obstáculo para que publicara en 1589, un libro que causó casi tanto impacto como el *Malleus Maleficarum: la Demonomanía de las brujas*. Esta obra tenía la finalidad de orientar a los jueces en su tarea de cazar brujas y estaba basado en su propia experiencia. En la *Demonomanía* se expresa una idea clara en la cual se basan los sistemas de excepción:

Confieso que es muchísimo mejor absolver a un culpable que condenar a un inocente, [no obstante] No debemos atenernos a las reglas ordinarias de enjuiciamiento [en los casos de brujería]... pues la prueba de semejante mal es tan oscura y difícil que ni una sola bruja entre un millón podría ser acusada o castigada si quisiéramos un procedimiento legal regular¹²³.

Fueron acusados de brujería tanto hombres como mujeres, sin embargo, fueron estas últimas las que predominaron. En el *Malleus Maleficarum* se intenta ofrecer una explicación de esta tendencia al señalar que en las mujeres prevalecen todos los vicios que pueden orillar a una persona a acercarse al diablo. De esta manera, Kramer y Sprenger señalan: “¡Qué otra cosa es una mujer sino un enemigo de la amistad, un castigo ineludible, un mal necesario, una tentación natural, una calamidad, un peligro doméstico, un deleitable detrimento, un mal de la naturaleza pintado con colores! Así, es pecado divorciarse de ella cuando debería mantenerse en una realidad una tortura necesaria”¹²⁴.

El *Martillo de las brujas* es uno de los tratados más discriminatorios y misóginos que han existido, pues también se les tacha de crédulas, más

¹²³ Cita tomada de Donovan, *op. cit.*, p. 154.

¹²⁴ Kramer y Sprenger, *op. cit.*, p. 116.

impresionables, poseedoras de una lengua frágil, débiles, menos inteligentes, infieles, ambiciosas, más carnales y lujuriosas que los hombres¹²⁵. Incluso se llega a afirmar que “hubo un defecto en la formación de la primera mujer, porque fue formada de una costilla curva, es decir, de una costilla del pecho que se haya torcida, por decirlo así, en dirección contraria a la de un hombre. Y a causa de este defecto es un animal imperfecto”¹²⁶, asimismo derivan sus comentarios de la etimología del término femenino, que proviene de *fe* y *minus*, es decir, débil para mantener la fe¹²⁷.

La caza de brujas concluyó en los distintos países de Europa con la llegada de la ilustración a lo largo del siglo XVIII, cuando la población superó el miedo a los demonios y, por tanto, a las brujas.

No hay consenso sobre el número total de muertes que se verificaron; los cálculos más exagerados hablan de 9,000,000 de personas. R.H. Robbins opina que fueron 200,000. En las actas existentes se puede encontrar aproximadamente 100,000 decesos. A pesar de ello, éstas están llenas de correcciones y tachones, por lo que es muy probable que muchas muertes nunca llegaron a ser registradas¹²⁸.

Es evidente que toda esta persecución no recayó en brujas verdaderas; es posible que algunas de las acusadas pertenecieran a cultos paganos como el Wicca, sin embargo, la mayoría de las brujas fueron “construidas” con base en el temor social y en estereotipos. Elia Nathan Bravo refiere que en una primera fase la cacería recayó sobre todo en contra de mujeres viejas, pobres y sin marido¹²⁹. Esto debido a que había pocos trabajos “honestos” para las mujeres, por lo que una mujer viuda que no tuviera hijos o que nunca se hubiera casado caía fácilmente en la indigencia. La población empezó a temer de estas mujeres, quienes representaban lo indeseable, por lo que fue fácil clasificarlas como brujas.

¹²⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 117-124.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 118.

¹²⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 119.

¹²⁸ Cfr. Donovan, *op. cit.*, pp. 145-146.

¹²⁹ Cfr. Nathan Bravo, *op. cit.*, p. 106.

Es así que la locura perpetrada por la Inquisición recayó sobre todo en los sectores más pobres de la sociedad, quienes siempre han sido víctimas de los prejuicios sociales basados en la relación entre pobreza y criminalidad.

Víctimas de acusaciones falsas también lo fueron aquellos que mantenían malas relaciones con la comunidad. La población vivía bajo el entendido de que vivía entre brujos que representaban un serio peligro, por lo que en el momento en que consideraban a alguien como indeseable o incómodo, era sencillo atribuirle el carácter de hechicero.

La mujer con conocimientos de curandería u otras ciencias, también fue acusada comúnmente de bruja. En ese momento histórico, la educación no estaba al alcance del sexo femenino, además, la Iglesia difundió la idea de que las enfermedades eran designios de Dios, por lo que no se debía interferir con ellas. La curandera se oponía a todos estos dogmas y prejuicios, así como a la imagen de la mujer sumisa y dependiente de los hombres. Así, los hombres de la época, y lamentablemente también muchas mujeres, temieron de la mujer que se atrevía a romper esquemas.

En resumen, las mujeres pobres y viejas, las personas indeseables y las mujeres con conocimientos científicos, fueron las candidatas ideales para convertirse en los enemigos públicos. Fueron los extraños, los diferentes, los que rompían con la uniformidad aceptada, quienes sufrieron esta persecución.

Razones para llevar a cabo esta cacería de manera tan entusiasta hay muchas. En primer lugar se trataba de un negocio económicamente redituable, pues los bienes de las brujas eran confiscados por la Iglesia, mientras que las autoridades civiles podían cobrar costas por los procedimientos efectuados, las cuales eran cubiertas en un principio por la condenada, a falta de recursos por sus familiares y, en su defecto, por la comunidad. Aun cuando en una primera etapa de la caza, ésta se centró en mujeres pobres como lo mencionamos previamente, con el paso de los años y al ver los beneficios económicos, la persecución se

extendió, y se incentivó a la población a participar, pues el denunciante también recibía una cantidad de dinero.

La persecución cumplió además finalidades de control. La Iglesia estaba perdiendo poder con el nacimiento de los Estados modernos, de ahí que aunque el objetivo fuera inocuizar a las brujas, éstas le eran útiles a la Iglesia, la cual ofrecía remedios para los males ocasionados, lo que le daba presencia en la sociedad. Por otro lado, se controlaba a la sociedad a través del miedo, pues se hacía ver las graves consecuencias que podía traer el ir en contra de los dogmas católicos. Las autoridades eclesiásticas y civiles podían exculparse de sus errores y limitaciones, pues había un enemigo común a quien responsabilizar; situación de la que también se aprovecharon los miembros de la comunidad para quienes era más fácil culpar de sus desgracias a las brujas que pretender enmendarlas.

Me gustaría terminar este apartado con las palabras de Elia Nathan Bravo, que resume la situación de la siguiente manera:

El otro aspecto es que no sólo se busca avalar una persecución, sino una poco ética, en la que el persecutor viola sus propios principios éticos y legales, esto se fundamenta en la idea pragmática de que sólo los métodos salvajes pueden aniquilar eficazmente al enemigo. (...) En el *Malleus* no aparece claramente esta idea ya que fue escrito en el siglo XV; sin embargo, en el siglo XVI, en que la cacería de brujas ya estaba en fase avanzada, se argumentó en favor del uso indiscriminado de la tortura, esto es, de la violación de preceptos legales admitidos en aquel entonces, sobre la base de que la brujería era un crimen excepcional. Es claro que dada esta tendencia de los apartados judiciales a violar las leyes y preceptos morales vigentes con el supuesto fin de garantizar el cumplimiento de la ley, no resulta claro quién pone más en peligro a la sociedad, ¿los criminales o los persecutores?¹³⁰

¹³⁰ *Idem.*

2.3. Los contractualistas clásicos y la idea del enemigo

Günter Jakobs ha intentado fundamentar filosóficamente el Derecho penal del enemigo en las ideas de algunos de los contractualistas clásicos, quienes colocaron a la voluntad del individuo como origen del Estado y, en algunos casos, su pensamiento constituiría la base del Estado moderno. Con ello, el jurista alemán intenta “legitimar” en cierta medida sus ideas, al evidenciar que el discurso sobre la existencia de un enemigo del Estado, el cual debe ser excluido y combatido mediante la fuerza y fuera del Derecho, encuentra precedentes en pensadores que sin duda son pilares del pensamiento moderno y no en una genealogía de persecuciones suscitadas a lo largo de la historia.

De esta manera, Jakobs distingue entre dos posiciones, una radical en la que coloca a Jean-Jacques Rousseau y a Johann Gottlieb Fichte, para quienes todos los delincuentes deben ser considerados violadores del pacto social y, por tanto, aniquilados por el Estado como enemigos; y otra más real y coincidente con los postulados actuales del Derecho penal del enemigo, en la que ubica a Thomas Hobbes y a Immanuel Kant, para quienes, de acuerdo con la perspectiva del jurista alemán, sólo los delincuentes que atentan contra la permanencia del Estado y de sus instituciones merecen la categoría de enemigos¹³¹.

Es necesario concederle a Jakobs que efectivamente, autores como Hobbes, Kant, Rousseau y Fichte dedicaron algunas páginas de sus obras a describir la existencia de un enemigo que debe ser combatido por el Estado. Sin embargo, ello no implica que estos autores coincidirían con el uso de lo que hoy conocemos como Derecho penal del enemigo. He ahí la importancia de hacer un breve análisis sobre las ideas que podrían ser consideradas antecedentes del discurso que sostiene a los regímenes de excepción, según lo estima Günter Jakobs, pues como veremos en algunos casos el reconocimiento de un enemigo tendrá consecuencias diferentes en los diversos planteamientos de estos autores,

¹³¹ Cfr. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *cit.*, pp. 36-37.

y en otras, incluso sirven como descalificación del Derecho penal del enemigo como parte de la realidad vigente.

2.3.1. Thomas Hobbes

Thomas Hobbes escribió en el año de 1651 su conocida obra *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, con la cual revolucionaría la concepción del hombre y del Estado. Hasta ese momento, el ser humano había sido concebido como un ser social por naturaleza, un *zoon politikon* y, por ende, el Estado era entendido como una consecuencia lógica. Hobbes planteó entonces un modelo en el que el individuo carecía de este carácter social; según la opinión de este autor, los seres humanos en el estado de naturaleza se encontraban en una guerra de todos contra todos, y es por medio de su voluntad que deciden crear al Estado. La sociedad civil deja de ser entonces una consecuencia necesaria y natural, y pasa a ser producto de una decisión artificial.

Para Thomas Hobbes, el ser humano es una criatura caracterizada por “un perpetuo e incesante afán de poder”¹³², que en el estado de naturaleza, lo llevan, junto con la competencia, la desconfianza y el deseo de gloria, a la discordia. Los seres humanos viven en un estado de guerra continua, en el que cada hombre es enemigo de los otros, y la única seguridad a la que pueden aspirar es la que les proporciona su propia fuerza e inventiva, ya que por esas ansias interminables de poder, es imposible confiar en los otros. Como consecuencia, no existe nada de lo que no puedan hacer uso para preservar su persona. En este estado, la industria, la ciencia y el progreso no tienen cabida, pues la atención está centrada en defenderse de los enemigos, es decir, de todos¹³³.

¹³² Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 80.

¹³³ Cfr. *Ibidem*, pp. 102-107.

El temor a la muerte, el deseo de una vida confortable y la esperanza de obtenerla por medio del trabajo llevan a los seres humanos a decidir salir de este estado de guerra, para lo cual, crean un poder común que sea capaz de darles la anhelada seguridad. Así, los individuos transfieren su derecho a gobernarse a sí mismos a un hombre o grupo de ellos, cuyas decisiones y actos deberán ser tomados como propios de cada uno de los pactantes, reduciendo la voluntad de todos a la voluntad de este soberano. De esta manera, los seres humanos crean al Estado, es decir, al Leviatán, que, haciendo uso del poder y la fuerza de todos, deberá garantizar paz y seguridad¹³⁴.

Lo anterior no garantiza que el pacto no llegue a ser violado, por lo que es necesario determinar las consecuencias para los transgresores. De acuerdo con Thomas Hobbes, no todo infractor puede ser considerado enemigo del Estado, pues aun cuando toda falta va en contra de la ley, que es voluntad del soberano, no todas son igualmente injustas¹³⁵. Günter Jakobs indica además que Hobbes era consciente de que no todos los delincuentes debían ser privados de la calidad de ciudadano, toda vez que los individuos no tienen ese poder de decisión, sino que le corresponde al soberano determinar quién ha dejado de ser ciudadano, además de tener una obligación de reparar el daño ocasionado¹³⁶.

La calidad de enemigo está reservada para “aquellos súbditos que de hecho o de palabra, con conocimiento y deliberadamente, niegan la autoridad del representante del Estado...”¹³⁷, es decir, son aquellos quienes se rebelan en contra del poder del Leviatán, cuestionando que su voluntad se identifique con la de aquél y renunciando así a la subordinación.

Las consecuencias para los enemigos, de acuerdo con Hobbes, no pueden ser las penas legalmente establecidas, pues éstas únicamente son para los súbditos y no para aquellos que han manifestado no querer estar sujetos a las

¹³⁴ De esta manera, Hobbes señala: “En forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera”. *Ibidem*, p. 105.

¹³⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 246.

¹³⁶ *Cfr. Jakobs*, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *cit.*, p. 28.

¹³⁷ Hobbes, *op. cit.*, p. 257.

leyes y han renunciado por ende, a la protección que éstas ofrecen. En relación con el enemigo, el Leviatán regresa al estado de guerra, en el cual no existe un parámetro para determinar lo que es legal o justo, por lo que el soberano puede hacer lo que estime conveniente en su contra. En palabras de Hobbes, “la naturaleza de esta ofensa consiste en la renuncia a la subordinación, lo cual constituye una recaída en la condición de guerra, comúnmente llamada rebelión; y quienes así ofenden no sufren como súbditos, sino como enemigos, ya que la rebelión no es sino guerra renovada”¹³⁸.

De manera similar a lo que establece Günter Jakobs, los actos que se ejecutan en contra de los enemigos no pertenecen al campo del Derecho (*vid.* 1.3.), sino que son actos de hostilidad, que pueden ser cualesquiera, pues sus límites dependerán únicamente de la voluntad del soberano¹³⁹. De no combatir al enemigo, el Leviatán corre el riesgo de no cumplir con su función de ofrecer seguridad a sus súbditos, pues ésta se encuentra determinada por la percepción popular de la superioridad del enemigo¹⁴⁰. De esto se infiere que la seguridad de la población no depende de que tan efectivamente sea la superioridad del enemigo, sino que tan superior aparezca ante los ojos de los gobernados, lo que coincide con el Derecho penal del enemigo como forma del Derecho penal simbólico, cuya principal finalidad es la de satisfacer las pretensiones de seguridad de la sociedad, aunque ésta no aumente efectivamente.

Algo particular en el pensamiento de Hobbes, es que las consecuencias para el enemigo son trascendentales, puesto que no sólo afectan al enemigo, sino que se extienden también legítimamente a sus ascendientes y descendientes, a pesar de que sean inocentes; incluso Hobbes llega a sostener que carece de importancia el que sus descendientes no hayan nacido¹⁴¹.

La idea del enemigo no es un elemento accidental en el pensamiento de Hobbes; por el contrario, posee una relevancia importante en tanto advertimos que

¹³⁸ *Ibidem*, p. 260.

¹³⁹ *Cfr. Ibidem*, pp. 256-257.

¹⁴⁰ *Cfr. Ibidem*, p. 138.

¹⁴¹ *Cfr. Ibidem*, p. 260.

es precisamente la existencia de un enemigo común lo que da unidad a la sociedad civil y no sólo la obediencia a un mismo soberano. De esta manera, Hobbes, refiriéndose a los integrantes de la comunidad, señala que: “Cuando ya no tienen un enemigo común, o quien para unos aparece como enemigo, otros los consideran como amigo, necesariamente se disgregan por la diferencia de sus intereses, y nuevamente decaen en situación de guerra”¹⁴².

Es importante ubicar el discurso del Derecho penal de la exclusión en el debate histórico entre libertad y seguridad. El Derecho penal del enemigo sin duda implica una propuesta que coincide con la idea de que es preferible sacrificar las libertades civiles y políticas, si a cambio se garantiza la seguridad. Estas ideas encuentran fundamento histórico y filosófico precisamente en el pensamiento de Thomas Hobbes.

En este sentido, el pensador inglés señala que la misión del soberano consiste en procurar la seguridad del pueblo; sin embargo, no debe rendir cuentas a nadie de esta actividad más que a Dios. Asimismo, en el cumplimiento de esta actividad, el soberano no está sujeto a las leyes, porque ello implicaría otorgar más poder a los jueces que decidirían entonces si el soberano ha actuado legalmente o no. Además, es ridículo para Hobbes que los gobernados sean capaces de estimar como ilegítimas las decisiones del soberano por medio de un parámetro legal que sirva para juzgar la actuación del Leviatán. Es el soberano el que puede decidir a su libre arbitrio cuáles son los mecanismos que empleará para cumplir con su fin¹⁴³, pudiendo hacer cualquier cosa, incluso por anticipado¹⁴⁴.

¹⁴² *Ibidem*, p. 139.

¹⁴³ *Cfr. Ibidem*, pp. 145, 266, 275 y 288.

¹⁴⁴ En este sentido, Hobbes podría aprobar el adelantamiento de las barreras de la punibilidad del Derecho penal del enemigo.

2.3.2. John Locke

John Locke es considerado el padre del liberalismo, al proponer un modelo en el cual los derechos no son cedidos al Estado, sino que los individuos los conservaban a fin de que éstos funjan como límites al poder, con el objetivo de que la actividad estatal cumpla con la función para la cual fue creada. Es por eso que se considera que *el Segundo tratado sobre el gobierno civil* de Locke representó una revolución copernicana, que implicó un cambio en el paradigma que concebía a los individuos como sujetos con obligaciones, y se le sustituyó por otro en el que, antes de ser sujetos obligados, son entes con derechos, cuyo respeto y protección por parte del Estado, constituye el fundamento de legitimidad del mismo.

Este autor también parte de un estado de naturaleza, pero a diferencia de Hobbes, no se trata de un estado de guerra absoluta, sino que en él, los seres humanos viven en paz y dirigidos por la razón; empero, carecen de una autoridad común a la cual apelar en caso de que surjan conflictos de intereses, es decir, de un juez que sea competente para determinar a quién le asiste la razón, y es precisamente esta circunstancia la que lleva a los seres humanos al estado de guerra, que implica una situación de enemistad continua regida por la fuerza y la violencia en el que cada individuo puede hacer lo que estime conveniente para defenderse de los otros¹⁴⁵.

Ante semejante incertidumbre y necesidad de defensa constante, los hombres deciden abandonar el estado de naturaleza, renunciando únicamente al derecho de hacerse justicia por propia mano para cederlo al Estado, en aquellos casos en los que sea posible acudir a él para defender la persona y bienes de cada quien, conservando el resto de sus derechos¹⁴⁶. De esta manera, los seres humanos, de común acuerdo, deciden someterse a un gobierno público,

¹⁴⁵ Cfr. Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Alianza, España, 2003, pp.46- 49.

¹⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 136.

encargado de dictar normas y de aplicarlas en caso de que surjan diferencias entre los miembros de la comunidad, determinando lo que es justo, así como las consecuencias para los posibles infractores¹⁴⁷. La renuncia de este derecho se hace con el propósito de proteger sus vidas, libertades y posesiones, que en su conjunto constituyen para Locke la propiedad¹⁴⁸ y, por tanto, el reconocimiento de poder de los gobernantes radica en que éstos ejerzan el mismo para cumplir esta finalidad, por lo que esta potestad no puede ser entendida como absoluta, sino que es condicionada y limitada.

Es Locke el gran ausente en los escritos de Jakobs; es de llamar la atención el hecho de que el profesor de Bonn no haya intentado fundamentar el Derecho penal del enemigo en la obra de quien sin duda representa un referente sobre lo que le corresponde legítimamente hacer al Estado. La explicación de esta ausencia no puede estar fundamentada en la falta de reflexiones acerca del enemigo público, pues Locke, aunque no de manera tan explícita como Hobbes, sí se refiere a las consecuencias impuestas a aquellos que intentan atentar en contra del pacto; sin embargo, la gran diferencia es que para el padre del liberalismo, el enemigo puede ser tanto un gobernante como un gobernado. De esta manera, refiriéndose al poder político afirma que:

No puede, por tanto, tratarse de un poder absoluto y arbitrario sobre sus vidas y fortunas –las cuales han de ser preservadas hasta donde sea posible–, sino un poder de hacer leyes y establecer castigos para quienes las infrinjan, de modo que sean excluidos de la sociedad aquellos miembros, y sólo aquellos que estén corrompidos y amenacen el bienestar y la salud comunitarias; esos castigos han, pues, de tender a la preservación del todo, y son las únicas medidas de severidad que la ley permite. Y este poder político tiene su origen exclusivo en un pacto o acuerdo establecido por mutuo consentimiento entre aquellos que componen la comunidad¹⁴⁹.

De lo anterior se desprende que Locke advierte la existencia de determinados sujetos “corrompidos” que amenazan “el bienestar y la salud comunitarias” y que por tanto, deben ser excluidos de la sociedad a fin de

¹⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 104-106.

¹⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 134.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 174.

preservar el “todo”, es decir, a la comunidad. No obstante, las aseveraciones de Locke no concluyen ahí, pues inmediatamente a este párrafo, empieza a hablar acerca del poder despótico, el cual es absoluto y arbitrario hasta el punto de poder quitar la vida a los hombres si así le place a quien lo ejerce. Para el pensador inglés, sólo los cautivos que son tomados en guerra justa y legal pueden estar sujetos a este poder, puesto que con los enemigos exteriores no existe ningún pacto que se pueda romper y, por tanto, continúan en el estado de guerra, pero el poder despótico no puede derivar de ningún contrato o acuerdo. Quien ejerce este poder, renuncia a su vida, pues se coloca nuevamente en el estado de guerra y autoriza al ofendido y a toda la sociedad a defenderse en su contra, pues del déspota no se puede esperar seguridad¹⁵⁰.

Entonces, el enemigo para Locke no sólo es el gobernado que atenta en contra del pacto, sino también el gobernante que haciendo uso del poder político que le ha sido conferido por la sociedad para hacer el bien común, lo deforma en poder despótico. Locke define como rebeldes a quienes atentan contra el pacto social, con independencia de que se trate de gobernantes o gobernados, y son precisamente éstos quienes puede ser llamados enemigos.

Y si son rebeldes quienes por la fuerza eliminan el cuerpo legislativo, también los legisladores deben ser considerados como tales cuando, habiendo sido establecidos para la protección y preservación del pueblo, de sus libertades y de sus propiedades, lo invaden por la fuerza y tratan de arrebatarlas. Y de este modo, se ponen a sí mismos en un estado de guerra contra quienes les habían nombrado protectores y guardianes de su paz: y son, propiamente hablando, y en grado máximo, *rebellantes*, es decir, rebeldes¹⁵¹.

Que quien, ya sea gobernante o súbdito, intenta invadir por la fuerza los derechos del príncipe o súbdito, intenta invadir por la fuerza los derechos del príncipe o del pueblo, y da así fundamento para que se eche abajo la constitución y el régimen de cualquier gobierno justo, es culpable del mayor crimen del que un hombre es capaz; y que habrá de responder por todas las desgracias, todos los derramamientos de sangre, toda la rapiña y toda la desolación que el derrumbamiento de los gobiernos acarrea a un

¹⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 174-175.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 218.

país. Y quien hace eso puede justamente ser considerado como enemigo y peste de toda la humanidad, y debe ser tratado como merece¹⁵².

Son precisamente los gobernantes, los que se encuentran más propensos a la tentación de hacer uso de la fuerza en contra del pacto social. Y es por ello que de acuerdo con la postura de Locke, la manera más apropiada de prevenir el uso del poder despótico es mostrar a éstos los peligros e injusticias que traerían¹⁵³. Esta postura permite fundamentar la necesidad de límites legales más estrictos e irrenunciables para los gobernantes, y no para los gobernados, cuya probabilidad de realizar actos que destruyan el pacto social en comparación con los primeros es mucho menor. Como veremos en páginas posteriores, son responsables de grandes desgracias de la humanidad, aquellos a quienes la comunidad les confirió poder para protegerlos.

Por ello, en contra de los rebeldes se tiene el derecho de defenderse, y si se trata de los gobernantes, Locke prevé un derecho a la revolución, pues cuando el soberano se convierte en déspota, la comunidad es libre de desconocer su autoridad y erigir un nuevo gobierno que sí pueda cumplir con las finalidades para las cuales fue creado¹⁵⁴.

John Locke ofrece un modelo teórico que permite determinar si las medidas estatales son legítimas. Partiendo de que la finalidad del Estado y del gobierno es precisamente proteger y lograr el bien de la sociedad, y para ello no sólo deben existir leyes que rijan las relaciones de los miembros de la comunidad y que establezcan obligaciones entre ellos, sino también normas que establezcan límites a quien ejerce el poder, de tal manera que éste no haga todo lo que *pueda* hacer, sino precisamente lo que *debe* hacer. En respuesta a lo dicho por Hobbes en el sentido de que los hombres para alcanzar la tan anhelada seguridad, crearían al Leviatán cuyo poder sería sólo limitado por Dios, pero nunca por las leyes de los hombres, Locke escribe:

¹⁵² *Ibidem*, p. 221.

¹⁵³ *Cfr. Ibidem*, p. 217.

¹⁵⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 213.

Es como si los hombres, una vez dejado el estado de naturaleza, y tras ingresar en la sociedad, acordaran que todos ellos, menos uno, deben estar bajo las leyes; y que la única persona que no está sometida a ellas retiene toda la libertad propia del estado de naturaleza, aumentada con el poderío y hecha licenciosa por la impunidad. Ello equivale a pensar que los hombres son tan estúpidos como para cuidar de protegerse de los daños que pueden causarles los gatos monteses y los zorros, y que no les preocupa, más aún, que encuentren seguridad en el hecho de ser devorados por los leones¹⁵⁵.

Si los hombres deciden ceder su derecho de hacerse justicia por propia mano, racionalmente cabe esperar que esto no se haga para ingresar en una situación peor a la del estado de guerra, es decir, una en el que el Estado pueda hacer todo lo que crea conveniente sin importar las consecuencias negativas para la vida, la libertad y las propiedades de los miembros de la sociedad. Si los individuos deciden hacer esta renuncia es para que el Estado se enfoque a proteger los derechos de los individuos.

Eugenio Raúl Zaffaroni indica que: “Quien para Locke ejerce el derecho de resistencia a la opresión es para Hobbes un enemigo peor que un criminal. Para Locke el soberano que abusa del poder pierde su condición de tal y pasa a ser una persona más; para Hobbes es el súbdito que resiste el abuso de poder del soberano quien pierde su condición y pasa a ser un enemigo”¹⁵⁶. Ahora es posible comprender la razón por la cual Jakobs omitió incluir a Locke en sus explicaciones. Como indica Xacobe Bastida, la concepción del enemigo que se tenga depende de la finalidad que se le atribuya a la autoridad; si ésta tiene como fin la protección de los derechos y libertades de los individuos, se convertirá en un enemigo si atenta contra ellos, en cambio, si su misión es mantener el orden, la voluntad de esta autoridad se convertirá en la medida de lo ilegal¹⁵⁷. La prioridad para Jakobs, como lo fue para Hobbes, es el orden, por lo que ante la crisis optan por un Estado aparentemente fuerte y que no puede ser cuestionado en su actuar si con ello se logra salvar a la sociedad de sus enemigos.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 107-108.

¹⁵⁶ Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, cit., p. 134.

¹⁵⁷ Cfr. Bastida Freixedo, Xacobe, “Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 1, cit., p. 291.

Ahora, según los lineamientos que ha establecido John Locke, cabe preguntarse si el Derecho penal del enemigo es legítimo, o bien, estamos introduciéndonos en la boca del león, para escapar de los narcotraficantes que ante el poder estatal más bien parecen zorros o gatos monteses que leones capaces de destruir a la comunidad.

2.3.3. Jean-Jaques Rousseau

Pasó más de un siglo desde que Hobbes revolucionara la manera de concebir a la comunidad civil –que dejó de apreciársele como algo natural y se le entendió como producto de una decisión artificial– para que Jean-Jaques Rousseau escribiera su obra *El contrato social*, en la cual sentaría las bases filosóficas de la soberanía popular.

Para este pensador, los seres humanos en el estado de naturaleza viven de manera independiente, sin enemistad ni amistad entre ellos, tampoco hay lugar para la guerra porque no hay propiedad que defender. Es precisamente el surgimiento de la propiedad lo que termina con esa paz, pues en el momento en que un individuo decide excluir a otros de un determinado bien, y esos otros requieren o desean el mismo, surgirá un conflicto entre ellos. En este sentido, los seres humanos, cansados de usar sus propias y limitadas capacidades para sobrevivir y defender sus posesiones, deciden sumar las fuerzas de todos a través de la celebración de un pacto en el cual, cada uno de los contratantes cede la totalidad de sus derechos, pero no a un individuo o grupo de ellos como en Hobbes, sino a la comunidad misma, y como todos los integrantes ceden todo, no se entregan a nadie más que a sí mismos. Los pactantes deciden conducirse y poner su fuerza bajo la dirección de la voluntad general, que no debe ser confundida con la suma de las voluntades individuales, sino como el resultado de

las decisiones tomadas por mayoría. De esta forma, los pactantes ganan el equivalente de todo lo que pierden, más la fuerza de todos para conservarlo¹⁵⁸.

Como consecuencia del contrato social, “el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar, ganando en cambio la libertad civil y la propiedad de lo que posee”¹⁵⁹. En vez de resultar una renuncia de derechos lo que se hace es un cambio ventajoso de una situación de incerteza a una de seguridad; se cambia “la independencia natural por la libertad; del poder de hacer el mal a sus semejante por el de su propia seguridad, y de sus fuerzas, que otros podían aventajar, por un derecho que la unión social hace invencible”¹⁶⁰.

De esta forma, se constituye el soberano que no es otro más que la suma de todos los contratantes, y es por ello que su poder es ilimitado, pues no es posible concebir que los individuos quieran dañarse a sí mismos. Así, entran a un estado en el que siguen siendo tan libres como antes, pues no obedecen más normas que las dictadas por ellos mismos.

Jakobs cita ciertos fragmentos de *El contrato social* para sostener que para Rousseau, todo delincuente se convierte en un enemigo, que por su incompatibilidad con el Estado debe desaparecer. La cita exacta es la siguiente:

Por otra parte, todo malhechor, atacando el derecho social, conviértase por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya: es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como enemigo que como a ciudadano. El proceso, el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora, bien; reconocido como tal, debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal

¹⁵⁸ Cfr. Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social o principios de derecho político*, Porrúa, México, 1992, pp. 5 y ss.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 12.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 18.

enemigo no es una persona moral, sino un hombre, y en ese caso el derecho de la guerra establece matar al vencido¹⁶¹.

De la cita anterior se desprende que Rousseau concibe que cualquier individuo que ataque el derecho social debe ser considerado un rebelde y traidor a la patria, cuyo trato es similar al del enemigo, por lo que a este sujeto se le hace la guerra y para conservar al Estado se le aplica la pena de muerte o se le destierra después de un procedimiento en el que se le declare culpable. He aquí una importante diferencia con el Derecho penal del enemigo de nuestro tiempo, en el cual se combate al individuo incluso antes de haber cometido algún delito.

Cabe preguntarse si lo anterior es suficiente para suponer que Rousseau concibió a cualquier delincuente como un enemigo del Estado, pues aunque Jakobs llegue a esta conclusión, existen otros fragmentos encontrados en la obra del pensador ginebrino que hacen dudar de tal aseveración. El primero de ellos es cuando afirma, inmediatamente después de señalar que todo malhechor que va en contra del derecho social debe ser tratado como enemigo, que la frecuencia de los suplicios por parte del gobierno significan debilidad o abandono de éste, pues “no hay malvado a quien no se le pueda hacer útil para algo. No hay derecho, ni para ejemplo, de matar sino a aquél a quien no puede conservarse sin peligro”¹⁶². Si la consecuencia prevista para aquél que debe ser tratado como enemigo es la muerte o el destierro, y sólo debe ser condenado a muerte quien no puede conservarse sin peligro, quiere decir que no todo delincuente debe recibir ese trato, a menos que se afirme que el simple ladrón de comida es un sujeto que no puede tenerse sin correr peligro.

Por otro lado, Rousseau también afirma que “...un Estado no puede tener por enemigo sino a otro Estado, y no a hombres; pues no pueden fijarse verdaderas relaciones entre cosas de diversa naturaleza”¹⁶³. Si tomamos en cuenta esto, es imposible entonces que un individuo sea considerado enemigo estatal, pues esta categoría está reservada para otros Estados.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 19.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 7.

Me parece que el quid está en determinar qué es lo que se considera derecho social, pues si bien Rousseau señala que se trata de todo malhechor, también dice que éste vaya en contra del derecho social. No podemos afirmar que todo delincuente es capaz de atentar en contra de los cimientos de la comunidad civil; en otras palabras, el derecho social debe identificarse precisamente con el contrato social, cuyas cláusulas no regulan todo acto de convivencia entre los hombres, sino que comprende la decisión de sumar fuerzas en una voluntad general a la que todos deberán seguir.

Por otro lado, de acuerdo con lo escrito por Rousseau, es difícil suponer que éste apoyaría un Derecho penal para enemigos tal como lo tenemos hoy en día, pues en primer lugar, como ya lo anticipamos, para ser declarado responsable de atentar contra el contrato social es necesario un procedimiento previo en el que al finalizar el juez lo sentencie a sufrir las consecuencias pertinentes, mientras que para Jakobs, el combate al enemigo inicia desde mucho antes, incluso desde antes de que cometa un hecho delictivo y, por supuesto, previamente a que se le declare responsable. Asimismo, una de las premisas fundamentales del contrato social es una igualdad legal plena en la que todos los miembros se encuentren sometidos a las mismas obligaciones y condiciones, no pudiendo ser más onerosas para algunos, por lo que un régimen penal que implica un trato más severo y reducido en cuanto a derechos, no cabría dentro de la teoría contractualista. Esto sumado a lo ya descrito en el sentido de que el Estado sólo puede tener como enemigos a otros Estados, permite cuestionar que Rousseau sea un antecedente ideológico del Derecho penal del enemigo.

2.3.4. Immanuel Kant

Immanuel Kant fue un filósofo que impactó de muy diversas formas el pensamiento contemporáneo, conocido por proponer una teoría política vinculada con la moral. Günter Jakobs cita algunos fragmentos de su opúsculo *Sobre la paz*

perpetua, para demostrar que en el pensamiento de este filósofo se encuentra la idea de que deben existir dos derechos, uno ordinario para la mayoría, y otro extraordinario para los enemigos.

En esta obra Immanuel Kant señala que la paz se obtiene en la medida en que se deja atrás el estado de naturaleza –situación de amenaza constante–, mediante la garantía de que no se realizarán actos hostiles en contra de los otros, garantía que se obtiene por medio del sometimiento a una autoridad común. Bajo esta concepción, los enemigos son aquellos que no permiten a otras personas gozar de la seguridad de que se puede vivir en un orden establecido y que implican, por ende, una amenaza constante. Así, Kant expresa que: “El estado de paz debe, por tanto, ser instaurado, pues la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz y si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado legal), cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa seguridad”¹⁶⁴.

A partir de este fragmento, Jakobs llega a la conclusión de que una vez que se reconoce a una persona como enemigo, la consecuencia es su necesaria inocuización. Aunado a lo anterior, Kant expresó lo siguiente:

Se acepta comúnmente que uno puede hostilizar a otro sólo si éste ha lesionado ya de hecho y se considera asimismo correcto cuando ambos viven en estado civil-legal. Pues por el hecho de haber ingresado en este estado uno le proporciona al otro la seguridad necesaria (a través de la autoridad que posee poder sobre ambos). Pero un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de esta seguridad y me está lesionando ya al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (facto) ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado (*statu iniusto*), que es una constante amenaza para mí. Yo puede obligarle a entrar en un estado social-legal o a apartarse de mi lado. Por consiguiente, el postulado que subyace a los artículos siguientes es: todos los hombres que ejercen entre sí influencias recíprocas deben pertenecer a una Constitución civil¹⁶⁵.

Es cierto que Immanuel Kant reconoce la existencia de enemigos, quienes se convierten en tales por el hecho de impedir al resto de las personas vivir con la

¹⁶⁴ Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, 6ª ed., trad. de Joaquín Abellán, Tecnos, España, 1998, p. 14.

¹⁶⁵ *Idem*.

seguridad que otorgan las leyes, y que se es enemigo sin necesidad de haber cometido acto alguno, puesto que mientras viva de manera alterna a la sociedad civil, su mera presencia lo convierte en un desestabilizador del sistema. También es cierto que contra estos sujetos, Kant ofrece dos opciones: obligarlos a entrar a un estado social-legal o apartarlos, lo que se puede interpretar como excluirlos, es decir, inocularlos.

Eugenio Raúl Zaffaroni considera que Immanuel Kant, como Hobbes, es un partidario del mantenimiento del orden, lo que excluye la posibilidad de un derecho a la revolución como en Locke, pues para el filósofo, la resistencia al poder del soberano implica la destrucción de la autoridad y, por ende, del contrato. Kant llegaría a sostener que contra la autoridad legislativa del Estado, no existe resistencia legítima por parte del pueblo¹⁶⁶. Sin embargo, el penalista argentino también advierte que el encontrar ideas de Kant que puedan ser interpretadas como legitimación del Derecho penal del enemigo, no convierte a este último en un modelo liberal, ya que aunque el pensamiento de Kant deba ser reconocido por su contribución en distintos aspectos, no se le debe considerar por ello también un defensor del Derecho penal liberal, porque no lo fue¹⁶⁷.

Además, existen otras ideas en su obra que nos pueden llevar a cuestionar si aprobaría la aplicación del Derecho penal del enemigo. En primer lugar, en el apéndice primero de *Sobre la paz perpetua*, indica que la política dice: “sed astutos como la serpiente. La moral añade (como condición limitativa) y cándidos como las palomas”¹⁶⁸. En concordancia con esto, más adelante habla sobre la necesidad de contar con políticos morales, quienes vinculen la política con los principios morales, y no moralistas políticos que forjen una moral útil a su conveniencia¹⁶⁹. Con base en esto, probablemente Kant cuestionaría el uso del Derecho en violación a los principios sobre los cuales supuestamente se funda, como lo hace el Derecho penal del enemigo.

¹⁶⁶ Cfr. Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, España, 1994, pp. 149-151.

¹⁶⁷ Cfr. Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, cit., p. 136

¹⁶⁸ Kant, *Sobre la paz perpetua*, cit., p. 46.

¹⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 48.

En el primer artículo definitivo para la paz perpetua, Kant prescribe que la constitución civil de todo Estado debe ser republicana, es decir, estar basada en la libertad de los miembros de una sociedad, su sometimiento común a las leyes y la igualdad de todos como ciudadanos, por lo que resulta contrario admitir la exclusión de ciertas personas si se desea llegar a la paz perpetua¹⁷⁰.

Asimismo, fue Kant quien estableció como uno de los principios del imperativo categórico: “actúa en modo de tratar a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre y al mismo tiempo como fin y nunca como medio simplemente”¹⁷¹. Me parece que cuando Jakobs describe que los enemigos deben ser excluidos de la sociedad en la medida en que constituyen una amenaza a la confianza hacia las normas, es imposible sostener que efectivamente se les está tratando como fines en sí mismos, cuando realmente se les usa como instrumento para lograr la seguridad cognitiva de la población.

Si Kant puede ser un aval de Jakobs, a mí me quedan serias dudas.

2.3.5. Johann Gottlieb Fichte

Johann Gottlieb Fichte fue un discípulo de Immanuel Kant, cuyo pensamiento continuó por la senda del contractualismo y para quien, antes de la celebración del pacto social, todo individuo tiene derecho a todo lo que reclame para sí; sin embargo, al celebrar un primer contrato que él denomina “de ciudadanía”, cada uno de los pactantes renuncia a este derecho, a condición de que el resto renuncie a reclamar lo que le es ajeno, obteniendo de esta manera una propiedad segura. Se trata de un contrato que se garantiza a sí mismo, ya que éste sólo tiene vigencia hasta en tanto sea cumplido, pues quien lo viola recobra el

¹⁷⁰ Cfr. *Idem*.

¹⁷¹ Cita tomada de Cattaneo, Fabrizio, *La república. Una constitución del hombre digna del hombre como persona moral*, trad. de Pamela Rodríguez, Ponencia presentada en el marco de la sesión *Política e Historia* del XI Congreso Kantiano Internacional, p. 5.

derecho natural a reclamar todo lo que desea pero pierde en cambio la protección de lo que era suyo legalmente, autorizando a los afectados a privarlo de todo¹⁷².

Entonces, la consecuencia que prevé Fichte para aquellos individuos que incumplen el pacto, sea intencional o negligentemente, es la anulación del mismo, lo que implica la pérdida total de derechos junto con la calidad de ciudadano, incluso la de hombre. Por tanto, es una despersonalización completa, y en contra de estos sujetos, que se equiparan más a los animales que a los seres humanos, el Estado puede hacer lo que estime conveniente. El motivo de esto es que para ser miembro de una comunidad de seres racionales, cabe esperar que los individuos dirijan sus acciones conforme a lo establecido por la ley, y al defraudar la expectativa, demuestran su incapacidad para comportarse en sociedad, pues además, todos los derechos que posee el ciudadano están condicionados a que los derechos de los otros estén seguros ante él, ya que ésta es la finalidad del contrato social, y no es posible alcanzarla hasta en tanto no se le excluya de la comunidad¹⁷³.

Si bien el Estado puede privar de la ciudadanía a los delincuentes, no es lo único que puede hacer para alcanzar la finalidad de proteger la seguridad de los miembros de la comunidad y, por tanto, si para alcanzar este objetivo puede echar mano de medidas menos drásticas, no habrá impedimento para hacerlo. Anticipando esta situación, Fichte concibe un segundo contrato denominado “de expiación”, por virtud del cual los ciudadanos autorizan a que se les aplique una sanción siempre y cuando no se les prive de todos sus derechos, obteniendo así el derecho a ser castigado¹⁷⁴. En este sentido, resulta falaz lo descrito por Jakobs en el sentido de que para Fichte, son enemigos todos los delincuentes, pues aunque en principio es así, gracias al contrato de expiación, el resultado es distinto.

¹⁷² Cfr. Fichte, Johan Gottlieb, *Fundamento de derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, trad. de José L. Villacaña Berlanga *et al.*, Centro de estudios constitucionales, España, 1994, pp. 258-270.

¹⁷³ Cfr. *Ibidem*, p. 316.

¹⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 317.

No obstante, existen ciertos límites para el contrato de expiación, pues este pensador prevé ciertos supuestos en los que la única opción es la exclusión completa de la comunidad y la consecuente pérdida de derechos. El tratamiento que prevé Fichte para los individuos que se coloquen en estos supuestos, coincide en buena medida con los postulados del Derecho penal del enemigo. Jakobs reconoce que para Fichte, los homicidas intencionales se convierten en enemigos; no obstante, este pensador advierte otras hipótesis.

Un sujeto pierde el derecho a ser castigado y en consecuencia sólo le queda la exclusión de la sociedad, ya sea por medio de la pena de muerte o el destierro, cuando:

- Aplicar el contrato de expiación implique poner en riesgo la seguridad pública.
- Se trate de un individuo cuya voluntad sea formalmente mala, es decir, al realizar una conducta delictiva no lo haga por la obtención de algún provecho, sino con el único objetivo de provocar algún daño
- Se trate de un delito inmediato en contra del Estado, como la rebelión y la alta traición.
- El sujeto renuncie al derecho a la expiación, lo que significa que es un malvado incorregible.
- Se haya cometido asesinato intencional y premeditado, pues en este caso se corre el riesgo de que el responsable vuelva a matar y el Estado no puede exigir a nadie que ponga en riesgo su vida. Fichte señala que en este caso puede aplicar la expiación si existen sociedades o fundaciones dispuestas a cuidar del delincuente, siempre que lo hagan en celdas que le impidan fugarse¹⁷⁵.

El qué hacer contra los individuos ubicados en los supuestos anteriores o incluso contra aquellos que demostraron que la expiación no tiene efecto sobre ellos, queda al total arbitrio del Estado, en virtud de que se pierde toda relación

¹⁷⁵ Cfr. *Idem*.

jurídica, por lo que no existen límites o derechos. Se trata más de animales que de personas y, de acuerdo con Fichte, aunque no se tiene un derecho a hacer todo lo que se desea, tampoco el enemigo tiene un derecho a que no lo haga, siendo el único límite la capacidad física¹⁷⁶. Contra estos criminales el Estado deja de actuar como tal y sanciona por el hecho de contar con una fuerza física superior, aplicando no la ley, sino pura violencia. Si opta por no privarlo de la vida será por cuestiones de humanidad, pero no por respeto a los derechos de este individuo; sin embargo, ejecutarlo será la única respuesta si, en palabras de Fichte, "...sólo pueda protegerse contra él de esta manera. Puesto que no hay absolutamente ninguna razón contra ello, ella decide a favor. El criminal es entonces un animal dañino que se abate, un torrente devastador que se frena, en suma, una fuerza natural que es segada por el Estado mediante una fuerza natural"¹⁷⁷.

Como podemos ver, Fichte, al igual que Jakobs, fundamenta la exclusión del criminal en que éste ya no puede ser considerado persona al tratarse de un foco de peligro que debe ser combatido y neutralizado. Incluso este pensador contractualista señala, de manera muy similar a Jakobs, que la muerte de estos criminales, "no es de ninguna manera un castigo, sino solamente una medida de seguridad"¹⁷⁸, así también habla sobre la muerte civil, pues señala que a quien se le despoja de la vida no es al ciudadano sino al hombre físico.

En conclusión, Fichte es un autor cuyos planteamientos son más coincidentes con los del Derecho penal del enemigo de lo que el propio Jakobs cree. Empero, Fichte también señala que cuando una persona se rebela en contra de la ley, esto no debe tener como consecuencia el incremento de rigor para todos, pues lo único que debe hacer el Estado es reafirmar su voluntad¹⁷⁹. En cambio, según el diseño actual del Derecho penal del enemigo, éste vulnera los derechos de todos en un intento por descubrir quiénes son los enemigos.

¹⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 331.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 332.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 332.

¹⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 323.

2.4. La escuela positiva

En la segunda mitad del siglo XIX surgió la escuela positiva del Derecho penal como reacción a lo que sus propios integrantes denominaron “escuela clásica”, que partió de la obra de Beccaria y cuyo exponente más destacado fue Francesco Carrara. La corriente positiva se oponía al estudio estrictamente formal y legalista del delito, que fue entendido como un hecho humano que debía ser observado y estudiado a través del método científico; además, otorgó especial atención a la personalidad del delincuente. Sus principales integrantes fueron Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Raffaele Garofalo.

En palabras de Ferri, el positivismo penal es “un movimiento científico que, siguiendo el método experimental, se propusiese por el estudio de la patología social en las manifestaciones de la criminalidad, hacer desaparecer este contraste entre las teorías de los delitos y de las penas y la realidad de los hechos cotidianos”¹⁸⁰. La intención de la escuela fue la disminución de los delitos en la práctica y el estudio del delito como un hecho natural y social en la teoría¹⁸¹.

Los positivistas otorgaron una importancia central a la peligrosidad, lo que llevó a atenuar el principio de legalidad penal y a propugnar por penas de duración indeterminada. El delito era entendido como un indicador de peligrosidad y la pena como un tratamiento.

La idea de peligrosidad fue introducida por Garofalo, que inicialmente se refirió a la temibilidad. Garofalo dividió a la peligrosidad en la capacidad criminal, entendida como la inclinación del individuo hacia el mal, y la adaptabilidad social, es decir, la posibilidad de que el criminal se acoplara al medio social¹⁸².

¹⁸⁰ Ferri, Enrico, *Sociología criminal*, trad. de Antonio Soto y Hernández, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2004, t. I, p. 2.

¹⁸¹ Cfr. *Ibidem*, p. 22.

¹⁸² Cfr. Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, 25ª ed., Porrúa, México, 2011, pp. 412-413.

Lombroso es considerado el padre de la Criminología y fundador de la escuela positiva. Este médico italiano realizó una serie de estudios de antropología criminal que dieron lugar a una clasificación de delincuentes, entre los que destacó el criminal nato. Éste era considerado un ser atávico que presentaba rasgos de plantas, animales e infantes, por lo que llegó a la conclusión de que se trataba de un individuo que no había evolucionado. Describió al criminal nato como el eslabón perdido buscado por Darwin y le atribuyó características morfológicas, como deformaciones craneales y una braza superior a la media¹⁸³.

El criminal nato descrito por Lombroso comúnmente presentaba analgesia, campo visual reducido, sensibilidad gustativa y olfativa reducidas, mayor agilidad, zurdera, epilepsia, anormalidad en los actos reflejos, longevidad, insensibilidad afectiva, vanidad, debilidad mental, inclinación hacia la venganza y la crueldad, pederastia, pereza, uso de lenguajes particulares, expresión pictográfica, tendencia al tatuaje, abuso del alcohol y tabaco, suicidio, orgías y a la mentira¹⁸⁴.

Lombroso ideó un ser involucionado que se identificaba con el “diferente”, el que solamente puede ser calificado como un peligro a controlar, mas no un integrante de la sociedad al que el Estado deba proteger; por el contrario, la sociedad tenía el derecho de defenderse de aquellos seres incapaces de sentir empatía por los otros, en otras palabras, el derecho de defenderse contra sus enemigos.

En este sentido, la escuela positiva atribuyó a la pena la función de defensa de la sociedad. Lo anterior se basaba en la negación del libre albedrío del delincuente, el cual se encontraba determinado por ciertos factores biológicos, sociales, ambientales, entre otros. No obstante el delincuente carecía de responsabilidad moral, el simple hecho de vivir en sociedad lo hacía imputable de responsabilidad social, lo que le daba a la comunidad el derecho de defenderse¹⁸⁵.

¹⁸³ Cfr. *Ibidem*, pp. 258-262.

¹⁸⁴ Cfr. Lombroso, Cesare, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza, ed alle discipline carcerarie*, 5ª ed., Fratelli Bocca Editori, Italia, 1896, pp. 336 y ss.

¹⁸⁵ Cfr. Ferri, Enrico, *Sociología criminal*, trad. de Antonio Soto y Hernández, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2004, t. II, pp. 43-47.

De manera similar a Luhmann y a Jakobs, Ferri sostuvo que el castigo impuesto al infractor de la ley se imponía con la finalidad de conservar al ordenamiento jurídico vigente, lo que equivalía a conservar la estructura social, puesto que sociedad y derecho eran términos equivalentes (*vid.* 1.1. y 1.2.1.)¹⁸⁶.

Al igual que el Derecho penal del enemigo, los positivistas sostuvieron la necesidad de aplicar sanciones orientadas a neutralizar a determinados tipos de delincuentes. Así, Enrico Ferri partió de que la sanción debía atender no sólo al hecho cometido, sino a las particularidades del delincuente. Se previó la aplicación de medidas eliminatorias, que hicieran imposible la reincidencia, a los responsables de delitos graves, como homicidio calificado, violación e incendio, pero además a ciertos individuos irrecuperables como los criminales natos, locos y habituales. Así, por medio del castigo, la sociedad lograría “purgar el cuerpo social de los elementos no asimilables que constituirían un peligro continuo”¹⁸⁷.

Existe una diferencia importante que es necesario destacar entre el positivismo penal y el Derecho penal del enemigo en su versión moderna: Lombroso y su escuela si bien reconocieron la existencia de ciertos delincuentes a los que se les concibió como fuentes de una peligrosidad que era necesario combatir para defender la estructura de la sociedad, también ofrecieron una amplia descripción para identificar a dichos criminales. Los enemigos contemporáneos son repudiados con la misma intensidad que el delincuente nato, pero están mezclados entre la sociedad, por lo que en el afán de erradicarlos a todos, la aplicación de medidas eliminatorias no sólo recaerá en los enemigos.

¹⁸⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 49.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 164.

2.5. Franz von Liszt y la neutralización de los delincuentes habituales

El código penal, como la *Magna Charta* del delincuente, como “la barrera intransgredible de la Política criminal”¹⁸⁸, es una asociación formulada por Franz von Liszt que normalmente es invocada para argumentar a favor de un Derecho penal que busca frenar toda pretensión de acabar con la delincuencia si ello implica la violación de ciertos principios. A pesar de estas ideas de corte garantista, fue este jurista austriaco quien propuso también la aplicación de medidas indefinidas para los delincuentes que no eran susceptibles de corrección, es decir, para los enemigos del pueblo. Estas ideas adquirirían vigencia en la Ley sobre los delincuentes habituales peligrosos del régimen nacionalsocialista.

Fran von Liszt, en su obra *La idea de fin en el Derecho penal*, describió que la pena adquiere una finalidad diferente según el caso concreto o, más específicamente según el tipo de delincuente; así, la pena debía cumplir una función de corrección cuando los delincuentes la necesitaran y fueran capaces de ella; de intimidación cuando no necesitaran corrección, y de neutralización en caso de que no fueran susceptibles de ser corregidos¹⁸⁹.

Este jurista atribuyó una finalidad tripartita a la pena; ésta debía cumplir una función resocializadora para los que todavía tenían remedio, es decir, quienes se podían conciliar con la sociedad; para los delincuentes ocasionales, la pena debía asumir la finalidad de intimidación y, por último, para los delincuentes habituales, quienes habían demostrado ser incorregibles y para quienes la intimidación no surtía efecto, se les debía eliminar.

Franz von Liszt identifica a los delincuentes habituales como los enemigos, a los que se les reduce a elementos gangrenosos del cuerpo social; no se les

¹⁸⁸ Liszt, Franz von, *Tratado de Derecho penal*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, t. II, p. 65. Asimismo, cfr. “Über den Einfluss der soziologischen und athropologischen Forschung auf die Grundbegriffe des Strafrechts”, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2: 1892-1904, Berlin-New York, 1970b., pp. 75-93. cit. pos. Hassemer, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, trad. de Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 1997, pp. 48-49.

¹⁸⁹ Cfr. Liszt, Franz von, *La idea de fin en el Derecho penal*, UNAM-Valparaíso, México, 1994, p. 115.

concibe como inútiles, sino más bien como perjudiciales, por lo que deben ser eliminados. El combate a la delincuencia habitual, asegura von Liszt, es una tarea que debe asumir el Derecho penal. En palabras de este pensador:

Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, de la misma manera el cáncer de la reincidencia opera con creciente profundidad en nuestra vida social. (...) La lucha contra la delincuencia habitual presupone un conocimiento exacto de ella. Y éste falta hasta ahora. Se trata, aunque sea de un miembro, del más importante y peligroso en aquella cadena de síntomas de enfermedades sociales, que nosotros solemos reunir en la denominación global de proletariado.

Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y demimondaines, en el sentido más amplio, degenerados espirituales y corporales, todos ellos conforman el ejército de enemigos fundamentales del orden social, en cuyas tropas más distinguidas reconocen filas estos delincuentes¹⁹⁰.

Como es posible apreciar, von Liszt catalogaba como enemigos a delincuentes responsables de crímenes menores –vagabundos, prostitutas, alcohólicos–. Ellos eran los que debían ser neutralizados y sacados de la esfera de protección del Derecho penal; pudiera parecer que estos criminales eran la excepción, sin embargo, este jurista, con base en distintas estadísticas, aseguró que la mayoría de los delincuentes eran reincidentes y, por tanto, el grueso de ellos eran incorregibles, por lo que entonces gran cantidad de delincuentes resultaban merecedores de este Derecho penal inocuizador.

Pretender corregir a tal gente en presidios celulares, a un costo muy alto, carece simplemente de sentido; y lanzarlos al contacto con el público luego de algunos años, como una fiera, y volver a encarcelarlos y a –corregirlos – al cabo de dos años, después de que hayan vuelto a cometer tres o cuatro nuevos delitos, es más que una insensatez, y cosa distinta de una insensatez. Pero nuestro sistema penal de límites lo permite y lo exige. (...)

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 116.

La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado)¹⁹¹.

Franz von Liszt propuso encerrar a los enemigos en prisiones especiales, en donde fueran explotados laboral y físicamente; debían sufrir la pérdida de derechos civiles y políticos. La pena no tenía límites preestablecidos, pues sólo de esta manera era posible defenderse adecuadamente de sujetos irrecuperables. Todas estas ideas influenciaron el Derecho penal nacionalsocialista, el cual combatió no sólo a los enemigos políticos y raciales del *Reich*, sino también a los delincuentes habituales con todos los instrumentos legales e ilegales a su disposición. Como indica Francisco Muñoz Conde, “el Derecho penal no era ya la infranqueable barrera de la Política criminal, sino el vehículo a través del cual se tenía que ejercer una política criminal de lucha y aniquilamiento o “inocuización” de un determinado grupo de delincuentes o personas marginadas socialmente, a los que despectivamente llamaba proletariado y enemigos principales del orden social”¹⁹².

2.6. Carl Schmitt y las categorías amigo y enemigo

Son diversos los autores que encuentran un paralelismo entre el pensamiento de Carl Schmitt y el Derecho penal del enemigo de Günter Jakobs, sobre todo, por el uso de términos como “enemigo público”¹⁹³. Schmitt fue un iusfilósofo que además militó en el Partido nacionalsocialista y ocupó cargos públicos durante el régimen de Adolf Hitler. Es por ello, que muchos lo consideran como uno de los responsables ideológicos del holocausto.

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 119-120.

¹⁹² Muñoz Conde, Francisco, *Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo*, INACIPE, México, 2012, p. 32.

¹⁹³ Este paralelismo le fue reprochado a Günter Jakobs por Peter-Alexis Albrecht tras una ponencia sobre el tema el 8 de mayo de 2005. Jakobs repuso que aunque la terminología puede ser similar, su teoría no tiene nada que ver con la filosofía de Schmitt, siendo necesario además ubicar ambas interpretaciones en su momento histórico.

Su pensamiento se opone al individualismo; apuesta por la idea de comunidad en la que debe existir homogeneidad entre sus integrantes. Para este pensador, la democracia implica la creación de una voluntad única que orientará a la comunidad bajo una misma directriz, y de ser necesario segregara a los que se opongan a esta unidad. La democracia no es únicamente un conjunto de procedimientos, sino que cuenta con un contenido determinado según la comunidad de que se trate. Se pierde el derecho a la diferencia, puesto que lo que importa es la cohesión entre los integrantes de la comunidad y cualquier oposición se toma como enemistad.

Según Schmitt, todo concepto se define por medio de las categorías que le son específicas; así, la moral se define por la distinción entre bueno y malo, la estética por la de bello y feo. Las categorías que le son propias a la política son las de amigo y enemigo, pues aunque estas calidades opuestas no definen el contenido de la política, sí permiten ubicar qué debe ser determinado por ésta; en otras palabras, cuál es el criterio que la política puede ofrecer. Son los conceptos de amigo y enemigo los que establecen el grado de unión o separación entre los integrantes de una comunidad y, como ya vimos, para Schmitt la intención es la homogeneidad, es decir, el grado máximo de amistad¹⁹⁴.

El enemigo no es el malo o el feo, ni siquiera es necesario que sea criminal, sino que se trata del “diferente”, de aquél cuyo modo de vida es distinto al de la comunidad. En palabras de Schmitt, “simplemente es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo”¹⁹⁵. Además, la política sólo se refiere a los enemigos públicos y no a los privados, es decir, los que se oponen al modo de vida estatal. Lo que es necesario decidir entonces es si la forma de vida del extraño es compatible con la de la comunidad o, por el contrario, es necesario combatirlo para preservar la unidad.

¹⁹⁴ Cfr. Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, trad. de Rafael Agapito, Alianza Editorial, España, 1991, pp. 56-57.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 57.

El autor de *El concepto de lo político* señala que “un conflicto extremo sólo puede ser resuelto por los propios implicados; en rigor sólo cada uno de ellos puede decidir por sí mismo si la alteridad del extraño representa en el conflicto concreto y actual la negación del modo de existencia, y en consecuencia si hay que rechazarlo o combatirlo para preservar la propia forma esencial de vida”¹⁹⁶. Lo que se pretende expresar es que la política es la encargada de orientar a la comunidad hacia un contenido común, por lo que en caso de que exista una persona o grupo de ellas que se opongan a éste en su afán de ser diferentes, habrá que combatirlos.

La comunidad se define en consecuencia como un conjunto de individuos que comparten ciertos valores y que generan en conjunto una identidad social. Todo aquél que no se adecue a este patrón es un enemigo, que en caso de oponerse al contenido común, debe erradicársele.

Schmitt, de forma similar a Jakobs, señala que esta distinción de amigos y enemigos no es prescripción ni crítica, es ontología, puesto que es una realidad que las comunidades civiles se agrupan en amigos y enemigos¹⁹⁷. Pero además, esta definición de quién es el enemigo, así como la forma de combatirlo –llamado *ius belli* por Schmitt– es una prerrogativa del Estado como comunidad civil, que implica el derecho de decidir la composición de la colectividad y, por tanto, de excluir a aquellos que se opongan a ella. En el momento en que pierda esta facultad la comunidad carecerá de existencia política¹⁹⁸.

En consecuencia de lo anterior, el soberano es el que decide quién es el enemigo, para lo cual no existen límites legales, ni tampoco para combatirlo, pues esto se hace en el estado de excepción. Los enemigos perturban la tranquilidad social, por lo que la ley deja de tener vigencia, que sólo sirve para regular situaciones de normalidad¹⁹⁹.

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 58.

¹⁹⁸ *Cfr. Ibidem*, pp. 74 y 79.

¹⁹⁹ *Cfr. Ibidem*, p. 75.

Como refiere Lorenzo Córdova, en Schmitt, etiquetar a alguien como enemigo no es resultado de un cálculo frío y racional. El enemigo es seleccionado de manera subjetiva y emocional y es hallado simplemente en el que resulta extraño. La necesidad de que la comunidad política determine a su enemigo a fin de mantener su unidad e identidad –la comunidad es todo lo que no es el enemigo– lleva al soberano a valerse de cualquier diferencia para identificar al enemigo, al cual, si no se le encuentra, se le crea²⁰⁰.

Hasta este punto Schmitt se refiere de manera indiferente a los enemigos exteriores o interiores, sin embargo, advierte que mientras el combate contra el enemigo exterior se realiza por medio de las reglas del Derecho internacional, al enemigo interior se le combate por medio de la guerra civil, para lo cual es necesario una declaración previa de enemistad, que en el derecho griego y romano adquirieron la forma de declaraciones formales, mientras que actualmente se les encuentra como “formas de proscripción, destierro, ostracismo, de poner fuera de la ley... formas automáticas o de eficacia regulada judicialmente por leyes especiales, formas abiertas u ocultas en circunloquios oficiales”²⁰¹. En la guerra civil se decidirá si prevalece la unidad política; en este sentido, dado que la existencia misma de la comunidad está en juego, es necesario romper con las barreras constitucionales, pues éstas sólo tienen lugar ante la existencia del orden social, que cuando se rompe, “la lucha ha de decidirse fuera de la constitución y del derecho, en consecuencia por la fuerza de las armas”²⁰².

Es posible apreciar entonces que Schmitt concebía como forma de declaración de enemistad la creación de leyes especiales o la exclusión de ciertos individuos dentro de la misma, que no es otra cosa que el régimen especial creado por el Derecho penal del enemigo. Schmitt no desarrolla la forma de combatir al enemigo, sólo señala que el último extremo es la guerra civil, término que pareciera identificarse con la guerra contra el narcotráfico sostenida por México;

²⁰⁰ Cfr. Córdova Vianello, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, Fondo de cultura económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, pp. 220-227.

²⁰¹ Schmitt, *op. cit.*, p. 76.

²⁰² *Idem*.

empero, partiendo de que lo político sirve para agrupar a la comunidad hacia una identidad que debe ser defendida en contra de quienes se opongan a ella, es importante reflexionar si el Derecho no es más que un instrumento para hacer predominar el *statu quo*, pues en ocasiones, el Derecho penal se configura como un mecanismo de defensa de nosotros “los buenos” contra ellos “los malos”, olvidando así la importante función de protección del Derecho penal. Sobre este punto se regresará en el último capítulo.

2.7. El combate a los enemigos del régimen nacionalsocialista

Tras su derrota en la primera guerra mundial, Alemania estaba devastada, con ciudades destruidas, millones de desempleados y altos niveles de pobreza. Por otra parte, el Tratado de Versalles le había impuesto ciertas condiciones que no contribuían a su recuperación, como el pago de ciertas cantidades en dinero, en especie y en territorio a los países vencedores de la guerra. Aunado a esto, Alemania pasaba por índices de delincuencia nunca antes vistos, por lo que fue prioridad del gobierno intervenir a fin de manejar esta situación, y como es costumbre histórica, la estrategia fue el incremento de la represión por medio del Derecho penal en vez de determinar y atender los factores de la criminalidad.

Durante esta etapa, prevalecían en Alemania ideas relacionadas con la peligrosidad y el predominio de ciertas razas. En este sentido, se empezó a construir la imagen de una raza superior que debía prevalecer sobre las otras: la raza aria. Todos los que no pertenecieran a ésta debían ser neutralizados, pues se trataba de vidas sin valor. Se pensaba que no sólo las enfermedades dependían de la herencia genética, sino también la antisocialidad, por lo que evitar la mezcla de razas era una tarea de Estado. El régimen que llegó al poder inició una lucha en contra de una gran variedad de enemigos, que iban desde los judíos, gitanos y negros, hasta los delincuentes habituales, opositores políticos, discapacitados y

homosexuales, que atentaron contra la “normalidad” del sistema. En palabras de Eugenio Raúl Zaffaroni:

La enorme seguridad óptica de hallarse frente a una categoría de enemigos que obstaculizaría siempre la construcción de una sociedad mejor (la mala vida) y de otros que habían sido causa de su destrucción (los judíos), sumada a la necesidad de la guerra, no podría menos que concluir en que se trataba de vidas sin valor de vidas y proceder en consecuencia a su eliminación, como también la pesada carga de todas las restantes vidas que nunca alcanzarían la plenitud y que eran muestras de decadencia y degeneración de la raza. Ante esa certeza óptica y la necesidad de eliminación para construir la nueva nación, sólo quedaba de esas personas su nuda vita, una vida privada de todo derecho, incluso del derecho a conservarla²⁰³.

En consecuencia, se introdujeron una serie de medidas a fin de lograr la aspirada depuración racial y social, medidas que constituyeron un derecho especial para los enemigos del pueblo. Este régimen de excepción incluyó esterilización y castración para evitar prole no deseada, detenciones ilimitadas en los campos de concentración y al final, la eliminación de estos grupos en las famosas cámaras de gas. El Derecho nacionalsocialista tuvo como finalidad prepararse para la guerra tanto en contra de los enemigos exteriores, como en contra de los enemigos internos, que rompían con el esquema de la sociedad perfecta.

Es de destacar que a diferencia de otros regímenes totalitarios, Adolf Hitler y el partido nacionalsocialista llegaron al poder por medio de los mecanismos establecidos en la Constitución de Weimar. Hitler fue nombrado Canciller el 30 de enero de 1933 y, como una de sus primeras acciones, emitió un estatuto de emergencia el 28 de febrero de ese mismo año por el cual “suspendía” los derechos contenidos en la Constitución de Weimar, específicamente las garantías que protegían a las personas contra arrestos ilegales, derecho a la protección de las comunicaciones privadas, libertad de expresión y de prensa, libertad de asociación y la inviolabilidad de la propiedad privada. El estatuto sólo tenía una vigencia temporal, no obstante, estos derechos nunca fueron restablecidos

²⁰³ Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, cit., p. 57.

durante el régimen nacionalsocialista; inclusive el 28 de junio de 1935 se abolió el principio de legalidad en materia penal, lo que permitió que una persona pudiera ser sancionada aun cuando la conducta no estuviera prevista en la ley, si se estimaba que iba en contra de la voluntad del pueblo; se permitió entonces la aplicación analógica de la ley penal. Posteriormente, el estado de emergencia ya no fue necesario, pues el órgano legislativo delegó sus poderes en Hitler, de modo que incluso podía reformar la Constitución sin necesidad de que el poder legislativo interviniera²⁰⁴.

En Alemania circulaban ideas como las de Franz von Liszt, de quien tratamos en el apartado anterior, en el sentido de que se debía establecer un derecho especial para combatir a los delincuentes habituales. Desde 1922 se presentaron proyectos de códigos y leyes penales que adoptaban estas ideas sin llegar nunca a concretarse. Finalmente, el 24 de noviembre de 1933 se aprobó la Ley contra delincuentes habituales y peligrosos.

Esta ley preveía la aplicación de una medida de reclusión preventiva por tiempo ilimitado en los campos de concentración para aquellos delincuentes que hubieran reincidido en tres ocasiones, si la valoración de los hechos revelaba que el autor era un delincuente habitual peligroso²⁰⁵. Los redactores de la ley sugerían que esta medida de detención no se trataba en realidad de una pena, sino de una medida de seguridad, lo que sirvió para omitir la aplicación de los pocos principios penales que quedaban vigentes. En caso de que estos delincuentes habituales fueran liberados, podían regresar a detención sin necesidad de ningún juicio²⁰⁶.

La ley preveía sanciones para vagabundos, mendigos, borrachos y vagos; como advierte Claus Roxin, en vez de conductas, se sancionaban formas de existencia²⁰⁷. Por otra parte, la ley ordenaba que los delincuentes sexuales fueran

²⁰⁴ Cfr. Ambos, Kai y Meyer-Arbich, Nils, "La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania", *Revista penal*, núm. 24, julio, España, 2009, p. 4. Asimismo, Hofer, Frederick, "The Nazi Penal System-I", *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 385, Estados Unidos, 1944-1945, p. 386.

²⁰⁵ Cfr. Roxin, *Derecho penal, cit.*, 1997, p. 181.

²⁰⁶ Cfr. Hofer, *rev. cit.*, p. 386

²⁰⁷ Cfr. Roxin, *Derecho penal, cit.*, p. 181.

castrados²⁰⁸, lo que incluía a los homosexuales, puesto que el código penal criminalizaba la homosexualidad con penas de prisión y multas²⁰⁹.

Francisco Muñoz Conde describe que entre 1934 y 1942 fueron llevadas a los campos de concentración aproximadamente 16,000 personas y, citando a Monika Frommel, señala que la historia ha olvidado a estos “criminales” asesinados posteriormente, pues al ser delincuentes no se les recuerda como víctimas del régimen nacionalista, ni se incluye a esta ley dentro de lo que se conoce como la política criminal nacionalsocialista²¹⁰. La Historia olvida que estos delincuentes, en la gran mayoría de los casos, no eran más que marginados sociales sin acceso a ningún tipo de oportunidades, siendo responsables en muchos casos únicamente de delitos de poca relevancia.

Si bien para el régimen nacionalsocialista uno de los grandes retos era la implementación de medidas para los delincuentes habituales, de gran interés también fue acabar con los opositores políticos, quienes frecuentemente fueron sometidos a las mismas medidas. La lista de los enemigos políticos incluye activistas, comunistas, miembros del partido socialdemócrata, objetores de conciencia, entre otros.

El 24 de abril de 1934 se decreta la Ley contra la traición, en la que se sancionaba con pena de muerte o prisión con trabajos forzados a los enemigos políticos. Entre las conductas sancionadas estaban la preparación para la traición, la formación de organizaciones para cometer actos de traición, sabotaje, revelación de secretos de Estado o incluso intentar obtenerlos. Es posible observar un adelantamiento en la punibilidad; el Derecho penal nacionalsocialista no podía permitirse esperar a que los traidores actuaran, era necesario interceder mucho antes. Frederick Hoefler señala que se acusó de preparar actos de traición a personas que recibían correspondencia con contenido antinazi, como folletos u

²⁰⁸ Cfr. Hoefler, *rev. cit.*, pp. 389-390.

²⁰⁹ Cfr. Johnson, Mary y Rittner, Carol, “Circles of Hell: Jewish and Non-Jewish Victims of the Nazis”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 548, noviembre, Estados Unidos, 1996, p. 131.

²¹⁰ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, España, 2003, p. 47.

otro tipo de propaganda, y no acudían inmediatamente a la policía para denunciar tales hechos²¹¹.

El 20 de diciembre se emite la Ley contra la crítica al gobierno como forma de traición, la cual punía con prisión de hasta cinco años a quien criticara al gobierno. La ley sólo sancionaba cuando la crítica se basaba en hechos falsos, no obstante, los tribunales encargados de aplicarla no permitieron a los imputados demostrar que sus declaraciones eran verdaderas²¹².

Son los judíos las víctimas más recordadas del régimen nacionalsocialista, quienes no sólo representaban una amenaza para la raza aria, sino que además eran un grupo económicamente poderoso y que históricamente nunca han buscado integrarse a las comunidades nacionales. El judío fue catalogado como una amenaza mundial que debía ser frenada. En palabras Hitler, “si el judío, con la ayuda de su credo socialdemócrata, o bien, del marxismo, llegase a conquistar las naciones del mundo, su triunfo sería entonces la corona fúnebre y la muerte de la Humanidad. Nuestro planeta volvería a rotar desierto en el cosmos, como hace millones de años” (...) Por eso creo ahora que, al defenderme del judío, lucho por la obra del Supremo Creador”²¹³.

La exclusión de los judíos fue paulatina, pues inició con la restricción de diversos derechos, como ejercer ciertas profesiones o contraer matrimonio con personas arias, y concluyó con su exterminio en los campos de concentración.

Lo que se conoce con el nombre de Shoah inició en abril de 1933 con la Ley para la restauración de la administración pública profesional, que ordenó remover de sus cargos a jueces, catedráticos y otros funcionarios públicos que no pertenecían a la raza aria²¹⁴. La Convención para la Libertad del Partido del Reich emitió el 15 septiembre de 1935 las famosas leyes de Nüremberg que incluían a la

²¹¹ Cfr. Hoefler, *rev. cit.*, p. 387.

²¹² Cfr. *Ibidem*, p. 388.

²¹³ Hitler, Adolf, *Mi lucha*, Jusego, Chile, 2003, p. 43.

²¹⁴ Cfr. Benz, Wolfgang, “La exclusión como fase integrante de la persecución: la situación de los judíos en Alemania”, en Bankier, David y Gutman, Israel (editores), *La Europa nazi y la Solución Final*, trad. de Daniel Sarasola, Losada, España, 2005, p. 50.

Ley de ciudadanía del Reich y Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes, con las cuales, los judíos pasaban a ser personas de segunda categoría. La primera de ellas definía como ciudadano, en su artículo primero, a “todo aquel que disfrute de la protección del Reich alemán y que por ello esté en especial deuda con él”²¹⁵. El artículo segundo limitaba la ciudadanía a “los connacionales de sangre alemana o afín que hayan dado debida prueba, a través de sus acciones, de su voluntad y disposición de servir al pueblo y al Reich alemán con lealtad”²¹⁶. Con esta disposición, estaban excluidos de la ciudadanía y, por tanto de la protección del Estado y de los derechos políticos, judíos, gitanos, negros y, en general, cualquiera que no perteneciera a la raza aria.

La Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes sancionaba en su artículo primero con pena de presidio a los judíos y arios que contrajeran matrimonio entre sí; en su artículo segundo establecía pena de prisión o presidio a los judíos y arios que celebraran comercio carnal extramatrimonial. Por otro lado, establecía arresto hasta por un año y multas a los judíos que emplearan en su hogar a personas de raza aria menores de 45 años, así como a los judíos que izaran la bandera del Reich o la enseña nacional, o bien, exhibieran los colores patrios²¹⁷.

El pueblo judío siempre se ha caracterizado por su poco acercamiento a personas ajenas a su religión, por lo que pudiera parecer que excluirlos de los derechos políticos y de los matrimonios con arios no les afectó excesivamente; empero, las Leyes de Nüremberg prepararían el camino para su posterior destrucción. A pesar de esto, Wolfgang Bankier señala que muchos de los que

²¹⁵ Ley de Ciudadanía del Reich. Versión electrónica disponible en http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaFilosofiaDerecho/MATERIALES%20HOLOCAUSTO/Leyes%20de%20Nuremberg.pdf, consultada el 7 de julio de 2013, 20:00.

²¹⁶ *Idem*.

²¹⁷ *Cfr.* Ley para la Protección de la Sangre y el Honor Alemanes. Versión electrónica disponible en http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaFilosofiaDerecho/MATERIALES%20HOLOCAUSTO/Leyes%20de%20Nuremberg.pdf, consultada el 7 de julio de 2013, 20:00. La información entre corchetes es mía.

fueron tratados como judíos, no eran practicantes de esta religión, incluso ni siquiera tenían conocimiento de su ascendencia judía²¹⁸.

La exclusión judía continuó a través de la implementación de diversos decretos. En 1936 se les restringió el derecho a la seguridad social y se les prohibió a los profesores judíos dar clases particulares a alumnos no judíos. En 1937 se les impidió obtener el doctorado y en 1938 se dejaron sin efecto las licencias de los médicos judíos²¹⁹.

El 7 de noviembre de 1938 ocurrió un suceso que marcaría el inicio del exterminio judío: un joven hebreo había intentado privar de la vida a un funcionario de la embajada alemana en Francia. La reacción fue casi inmediata, pues la población alemana comenzó una ola de violencia generalizada en contra de los judíos y sus propiedades en la noche del 9 de noviembre de 1938, que sería recordada como la “Noche de los cristales rotos”, pues las ventanas de varias casas y locales de los judíos fueron destruidas. Se dijo que fue una reacción espontánea del pueblo; sin embargo, se sabe que fue incitada por autoridades de la Gestapo, el Cuerpo de Protección y las Tropas de Asalto.

Muchos judíos resultaron linchados, pero la mayoría fueron recluidos durante una semana en un mismo edificio. Posteriormente se emitió la orden de arrestar en campos de concentración a aproximadamente treinta mil judíos. A los que tenían recursos económicos para salir del país se les liberó; a los que no lo pudieron hacer se les internó en campos de concentración donde fueron torturados, vivían en condiciones insalubres y privados de todo tipo de privacidad. El 12 de noviembre de 1938 se emitió el Decreto sobre la exclusión de los judíos de la vida económica alemana, que les prohibió obtener ingresos, por lo que se les usó en trabajos forzados. El 30 de abril de 1939, se emite la Ley de alquileres para los judíos; ésta ordenaba la reclusión de los judíos en los conocidos guetos para facilitar el control y las deportaciones a los campos de concentración fuera de Alemania; el 1º de septiembre de 1941 se establece la obligación para todo judío

²¹⁸ Cfr. Benz, *op. cit.*, p. 52.

²¹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 51-52.

mayor a los seis años de portar en la ropa una estrella amarilla cosida. El 1 de julio de 1943 se emite la Ley de ciudadanía del Reich, por la cual el judaísmo se convirtió en un delito, a pesar de ello, para este momento la mayoría de los judíos en Alemania ya habían sido deportados o estaban muertos²²⁰.

La “Solución final” fue decidida formalmente en la Conferencia de Wannsee del 20 de enero de 1942; sin embargo, según Norbert Kampe, la decisión ya estaba tomada, y la conferencia sólo tuvo la finalidad de organizar a las distintas estructuras del gobierno sobre la forma de implementar las órdenes verbales que Hitler había dado. Se discutió sobre la deportación de aproximadamente 11 millones de judíos europeos a Europa del este. En las actas no es posible encontrar textualmente la orden de ejecución; empero, frases como la “resolución total de la cuestión judía” se interpretaron en ese sentido. Además, años más tarde, Adolf Eichmann, quien participó en la Conferencia, declaró en el proceso entablado en su contra que en la discusión se usaron términos explícitos como el de “exterminio”²²¹.

Los discapacitados fueron otro grupo objeto del odio nazi, al parecer, de alguna manera reflejaban la debilidad de la raza aria por lo que era necesario eliminarlos, lo que se justificaba en que muchas de las enfermedades que padecían eran hereditarias. El inicio de su exterminio empezó con la Ley para prevenir la descendencia con enfermedades hereditarias del 1 de enero de 1934, la cual en su artículo 1° prescribía la esterilización para aquellos que sufrieran enfermedades hereditarias, que su descendencia tuviera una alta probabilidad de padecer defectos importantes físicos o mentales, o bien, una naturaleza hereditaria. A continuación la ley enlistaba una serie de enfermedades cuyo padecimiento ameritaba la esterilización, a saber: deficiencia mental congénita,

²²⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 59 y ss.

²²¹ Cfr. Kampe, Norbert, *La conferencia de Wannsee*, Portal electrónico de la Casa de la Conferencia Wannsee, hoy memorial y centro educativo, http://www.ghwk.de/fileadmin/user_upload/pdf-wannsee/span/conferencia.pdf, consultada el 7 de julio de 2013, 20:00.

esquizofrenia, trastorno maniaco depresivo, epilepsia, ceguera, sordera y deformidad física hereditarias²²².

La solicitud de esterilización podía ser presentada por el propio enfermo o, en caso de ser incapaz, por sus representantes legales. No obstante, los titulares de hospitales, asilos o instituciones de reclusión penal también podían solicitarla ante la Corte especializada en materia de eugenesia. Si la Corte decidía que era procedente la esterilización, ésta se efectuaba aun en contra de los deseos de estas personas²²³.

Francisco Muñoz Conde en su obra *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, presenta evidencia documental en la cual se demuestra que en diversos casos, los antecedentes penales eran tomados como indicio de enfermedad hereditaria, por lo que esta ley fue aplicada también a los delincuentes. Según los cálculos de este autor, fueron esterilizados entre 500,000 y 1,000,000 de personas con fundamento en esta ley²²⁴.

Posteriormente se implementó el programa Operación T4, que autorizaba usar a los discapacitados en experimentos eugenésicos. Por ejemplo, se medía el tiempo que podía soportar un menor en un baño de agua helada o se aplicaba cloro en los ojos de niños discapacitados para intentar aclararlos. Una vez fallados los experimentos, se les incineraba vivos o muertos y a continuación se procedía a realizar los informes de su muerte con datos falsos, o incluso se llegó a decir que estas personas habían sido “desinfectadas”²²⁵.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se calculaba que aproximadamente 275,000 personas con discapacidad habían muerto. El programa, aunque evidentemente no se decía abiertamente todo lo que ocurría en el mismo, era apoyado a través de distintos medios de comunicación, que hacían ver a los

²²² Cfr. Ley para Prevenir la Descendencia con Enfermedades Hereditarias. Versión electrónica en inglés disponible en <http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/English30.pdf>, consultada el 7 de julio de 2013, 20:00

²²³ Cfr. *Idem*.

²²⁴ Cfr. Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, cit., pp. 259-269.

²²⁵ Cfr. Johnson y Rittner, *rev. cit.*, p. 128.

discapacitados como seres sin valor e indeseables para la sociedad²²⁶. A pesar de ello, y a diferencia de lo que ocurrió con otros grupos, las protestas sociales en contra del programa llevaron a la suspensión de los experimentos²²⁷.

No obstante las brutales leyes que como se ha visto existieron durante el nacionalsocialismo, los cuerpos policiales de la época ejercieron un control más represivo y contundente. Eugenio Raúl Zaffaroni habla de sistemas penales subterráneos, que implican desapariciones, torturas y ejecuciones fuera de la ley, y argumenta que las leyes del régimen nazi constituyen “sólo la cara visible del sistema penal formal y algo del sistema penal paralelo, mientras que en la trastienda funcionaba el más terrible, el subterráneo, sin ley y sin límites”²²⁸.

Este Derecho penal subterráneo tuvo lugar en la Alemania nazi gracias a los cuerpos policíacos de los que se valió Hitler para llevar a cabo su política de exterminio: el Cuerpo de Protección (SS), las Tropas de Asalto (SA) y la Policía Secreta del Estado (Gestapo), los cuales arrestaron y ejecutaron a los enemigos del *Reich*, sobre todo los opositores políticos, sin ningún fundamento legal o revisión judicial.

La concreción de un régimen de excepción penal en contra de los enemigos concluiría en el proyecto de la Ley de los extraños a la comunidad, en cuya elaboración intervino el conocido teórico del Derecho penal Edmund Mezger, junto con otros juristas de la época²²⁹. Mezger era miembro de la Comisión de Reforma del Derecho penal que tenía como misión adecuar la legislación punitiva a las finalidades perseguidas y a los principios del régimen nacionalsocialista. Este proyecto surgió como respuesta a las peticiones de los cuerpos policiales para quienes la Ley contra delincuentes habituales y peligrosos no ofrecía un arsenal suficiente para combatir efectivamente la delincuencia habitual, por lo que necesitaban de un instrumento legal mucho más contundente.

²²⁶ Cfr. Almoguera, Antonio, “Las personas con discapacidad, víctimas olvidadas de la atrocidad nazi”, *Revista electrónica del CERMI*, marzo, España, 2005, p. 31.

²²⁷ Cfr. Ambos y Meyer-Arbich, *rev. cit.*, p. 4

²²⁸ Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, *cit.*, pp. 58-59.

²²⁹ Para un estudio completo sobre el proyecto de la Ley de los extraños a la comunidad, véase Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, *cit.*

Edmund Mezger señalaba que el Derecho penal debía servir como un “Derecho de lucha y tiene, por tanto, que atrapar al enemigo allí donde tiene su punto de partida, es decir, en la voluntad criminal”²³⁰. Para este jurista la criminalidad estaba condicionada por la herencia, de ahí la importancia de combatir desde su inicio a los delincuentes habituales.

En uno de los informes que Mezger elaboró en relación con este proyecto, el jurista alemán expresó: “En el futuro habrá dos (o más) “Derechos penales”, un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y un Derecho penal para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia”²³¹.

El proyecto comenzaba enunciando su finalidad: “asegurar, que extraños a la comunidad, que con su conducta perjudican la comunidad del pueblo, sean insertados como miembros útiles o no puedan seguir dañando a la comunidad del pueblo...”²³². Los extraños a la comunidad eran definidos como aquellos que por su personalidad, forma de conducción y defectos de comprensión fueran incapaces de cumplir con las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo; a los inútiles que rechazaban el trabajo como los vagabundos, mendigos y ebrios, así como a los enemigos delincuentes de la comunidad y delincuentes por tendencia, quienes eran aquellos que por su personalidad o forma de conducción de vida poseían una mente evidentemente dirigida a la comisión de delitos graves.

Para lo extraños a la comunidad, el proyecto preveía vigilancia por parte de la policía, su internamiento en centros asistenciales comarcales y de ser necesario un control más enérgico mediante internamiento en campamentos, léase campos de concentración.

²³⁰ Cita tomada del *Deutsches Strafrecht*, 1941 pp. 19-24 en Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, cit., p. 143.

²³¹ Cita tomada de Muñoz Conde, *Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo*, cit., p. 43.

²³² Los preceptos citados del proyecto fueron extraídos de Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, cit., pp. 193 y ss.

Los extraños a la comunidad serían puestos en reclusión por tiempo indeterminado, o bien serían condenados a la pena de muerte si así lo requería la protección del pueblo –sólo en el caso de los delincuentes enemigos–. La resolución era emitida por un juez, sin embargo, si éste consideraba que no era posible su inserción en la comunidad al cabo de un tiempo, los debía poner a disposición de la policía, quienes determinaban la forma de tratar a los extraños a la comunidad sin ninguna especie de revisión jurisdiccional. Asimismo, se preveía la castración para los que atacaran a la moral y la esterilización para los extraños a la comunidad, de quienes se podía esperar una herencia indeseable.

La gran diferencia con la Ley de delincuentes habituales y peligrosos, es que aun cuando en esta ley ya se preveía una detención ilimitada, para la Ley de los extraños a la comunidad, como se mencionó previamente, cuando los jueces decidiesen que estas personas no podían ser reintegradas a la comunidad, la detención pasaba a cargo de los cuerpos policiales, los cuales eran libres para ejecutar de la manera que mejor les pareciese esta detención.

Este gran poder hacia la policía nazi fue el motivo por el cual el proyecto tardó en ser aprobado. Incluso el Ministro de Justicia Rietzsch advirtió el gran detrimento en la seguridad de los procesados en razón de que su destino dejaba de ser decidido por autoridades judiciales; empero, en una de sus intervenciones concluyó finalmente, que la ley únicamente afectaría los asociales y antisociales quienes, de manera similar a como lo expresa Jakobs, se han apartado de manera voluntaria de la comunidad, despojándose a sí mismos de sus derechos²³³. El proyecto finalmente fue aprobado el 17 de marzo de 1944 e iba a entrar en vigor el 1 de enero del siguiente año. Sin embargo, fue suspendido después de los atentados que sufrió Adolf Hitler, así como por la inminente derrota de Alemania en la Segunda Guerra Mundial.

El argumento sobre el cual se fundamentaba la persecución de los enemigos del Estado nacionalsocialista era alcanzar la prevalencia de la raza aria, eliminando a todos los demás seres inferiores. Empero, entre los motivos de todas

²³³ Cfr. *Ibidem*, pp. 182-183.

estas atrocidades, también se encontraba la crisis económica por la que pasaba Alemania. Los judíos eran poseedores de grandes capitales, pero nunca se habían sentido parte de la comunidad alemana, por lo que no contribuían a su desarrollo; de esta manera, al convertirlos en enemigos del pueblo fue fácil privarlos de su enorme poder económico. Los delincuentes habituales, por evidentes razones, eran individuos que no aportaban nada al Estado, pero en cambio sí implicaban una inversión al tener que mantener un sistema penal y penitenciario. Los discapacitados eran personas que sólo recibían, pero poco aportaban a Alemania. De esta manera, se deseó dejar de invertir en estos sujetos, para destinar esos recursos en infraestructura y en el fomento a la industria. La lógica era sencilla, si una persona era útil y redituable para el Estado era amigo, de lo contrario sería tratado y exterminado como enemigo. Además, a través del terror, se mantuvo el control sobre la población que debía destinar sus esfuerzos a los dictados de Adolf Hitler y el partido nacionalsocialista, pues las consecuencias de oponerse al régimen eran muy severas.

Son muchos los autores quienes han vinculado la política de exterminio en contra de los enemigos del régimen nacionalsocialista, con los postulados del Derecho penal del enemigo de Jakobs. Miguel Polaino-Orts, en defensa del jurista alemán señala que aun cuando la terminología puede coincidir...

...en absoluto puede decirse que existe una semejanza o un parecido en cuanto al contenido, pues dicho contenido es radicalmente diverso en uno y en otro sistema: en el Derecho nacionalsocialista el contenido de la norma era la deleznable defensa de una raza y el exterminio de un pueblo, mientras que el Funcionalismo jurídico penal se plantea (y sólo puede plantearse) en Estados democráticos, con pleno respeto de las garantías constitucionales y de los derechos humanos, y donde se trata, dentro del Estado de Derecho, a unos delincuentes especialmente peligrosos de manera proporcionada a su peligrosidad, de manera asegurativa y con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos en peligro²³⁴.

A pesar de esta argumentación, estas mismas ideas fueron invocadas por los defensores de este proyecto de depuración racial. Hitler llegó al poder

²³⁴ Polaino-Orts, *op. cit.*, p. 604.

legamente y trató de conducirse en su política con el respaldo del ordenamiento jurídico. Si bien, como se advirtió previamente, existió un Derecho penal subterráneo fuera de la ley –también presente en los sistemas actuales– la persecución y exterminio de los enemigos fue en la medida de lo posible “legal”. También ellos argumentaban que se trataba de delincuentes en extremo peligrosos, y que con su combate se protegería a los ciudadanos. Entonces, la lógica atrás del Derecho nacionalsocialista y los regímenes de excepción actuales es prácticamente la misma: la existencia de una emergencia ocasionada por ciertos enemigos peligrosos que deben ser inocuizados.

2.8. El combate al narcotráfico en Colombia

Colombia es un caso paradigmático en la lucha contra el narcotráfico. Este país sudamericano ha vivido en una situación de emergencia desde la década de los sesenta, pues los distintos gobiernos han tenido que recurrir a los estados de excepción para poder regir, lo que ha traído como consecuencia la introducción de distintas medidas legislativas que por su naturaleza debieran ser de carácter provisional, pero que se han convertido en parte del orden jurídico ordinario. De esta manera, la excepción se consolidó como la regla, y no parece haber esperanza de retornar a la normalidad.

La composición del poder en Colombia ha sido compleja, pues a menudo poderes reales sustituyen al Estado en algunas regiones del país, en donde el gobierno no tiene una presencia clara. Es en estas zonas precisamente donde tienen lugar los grupos que establecen un orden social alternativo al estatal, integrado por normas propias que son respetadas por la población local, ejerciendo el poder de manera fáctica, pero no por ello poco efectiva²³⁵. La guerrilla surge en

²³⁵ Cfr. Londoño Berrio, León Hernando, “Política criminal del Estado en Colombia”, *De Jure. Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, núm. 9, julio-diciembre, Brasil, 2009, p. 16.

Colombia en el momento en que estos grupos defendieron sus “fronteras”, convirtiéndose en grupos militares.

La política criminal de combate fue introducida cuando los grupos guerrilleros se vincularon con la producción ilegal de estupefacientes. Los narcotraficantes se confundieron con los guerrilleros, no siempre con razón. Es en este momento en que el gobierno de los Estados Unidos de América interviene en Colombia promoviendo una lucha contra el narcotráfico, así como la denominada doctrina de la seguridad, que implica la identificación de determinados enemigos que deben ser combatidos, puesto que, se argumenta, representan una amenaza para la comunidad. Así, entre la década de los sesentas y los setentas se cambia la concepción de un Derecho penal garante de libertades por un criterio de eficacia a cualquier costo.

El 1 de mayo de 1984 se emitió el decreto de ley 1038, que declaró estado de sitio en todo el territorio nacional; éste dio lugar a otros decretos que simplificaron los procedimientos, cuyo objeto era la resolución de delitos relacionados con estupefacientes; se reguló el comercio de sustancias que son susceptibles de provocar adicciones, incluyendo elementos comunes como el cetona, éter, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, solventes, disolventes, etcétera; además se incrementó la punibilidad de los delitos relacionados con el tráfico de drogas. Se previeron recompensas para aquellos que proporcionaran información que llevara a la detención de narcotraficantes, así como reducción de sanciones para los imputados que colaboraran en las investigaciones²³⁶. Estas medidas de colaboración con los delincuentes fueron denominadas “política de sometimiento a la justicia” y tenían como finalidad el desmembramiento de las organizaciones criminales y el abatimiento de la impunidad por medio de la renuncia a la vida criminal por parte de los delincuentes²³⁷.

²³⁶ Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Coca-Cocaína: Entre el Derecho y la Guerra (Política criminal de la droga en los países andinos)*, Temis, Colombia, 1996, p. 56.

²³⁷ Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, Consejo de la Judicatura Federal-Poder Judicial de la Federación-UNAM-Senado de la República, México, 1997, pp. 43-47.

Como consecuencia del decreto 3671 de 1986, se establecieron los consejos de guerra verbales, que eran tribunales militares a los que se les dio competencia para procesar a los imputados, aun cuando fuesen civiles, por delitos relacionados con estupefacientes cuando éstos excedieran de ciertas cantidades, con los perjuicios que trae el que un civil sea sometido a procedimientos de corte militar. Empero, el 5 de marzo de 1987 se declaró este decreto como anticonstitucional por violar la garantía que prohibía ser juzgado por tribunales especiales y que no hayan sido legalmente establecidos con anterioridad al hecho que se juzga. Entonces, se establecieron tribunales especializados.

En el mes de abril de 1989 se celebró una conferencia internacional en Washington D.C. en la que se concluyó que principios como la presunción de inocencia y la legalidad, así como las garantías procesales del sistema de justicia penal en Colombia resultaban un obstáculo en la lucha contra el narcotráfico. Estas recomendaciones serían tomadas en cuenta por el gobierno colombiano.

El sistema cada vez más represivo provocó una verdadera ola de violencia en Colombia, que perjudicó a la población civil. Además, varios magistrados y autoridades investigadoras fueron asesinados. El 19 de abril de 1989 sucedería un hecho que impulsaría todavía más esta guerra contra el narcotráfico: el homicidio del candidato a la presidencia Luis Carlos Galán. Como resultado, se vuelve a decretar el estado de sitio, se procede a multiplicar los tipos penales relacionados con el narcotráfico y la guerrilla, y se establecen medidas violatorias de derechos para estos delincuentes, como la facultad de las autoridades investigadoras de detener a una persona por un periodo de siete días con fines de investigación, así como poderes de allanamiento y registro a favor de la policía; se sancionó a las personas que obtuvieran beneficios económicos derivados de actividades ilícitas como un tipo independiente a la realización de las conductas por virtud de las cuales se obtuvieran esos ingresos, asimismo se realizaron una serie de extradiciones a los Estados Unidos de ciudadanos colombianos mediante un procedimiento administrativo en el que no intervenía el Poder Judicial²³⁸. En la

²³⁸ Cfr. Grosso García, *op. cit.*, p. 28 y Bustos Ramírez, *op. cit.*, pp. 56-57.

exposición de motivos se establecía como objetivo: “Que para combatir la actividad de estos grupos delictivos es necesario dotar a la justicia y a los organismos de investigación de términos necesarios para adelantar una labor eficaz que conduzca al esclarecimiento de los crímenes y, en consecuencia, a la debida aplicación de la ley”²³⁹.

Este régimen penal de excepción en contra del narcotráfico se consolidaría con el Estatuto para la Defensa de la Justicia de 1990, que regulaba los procedimientos penales relacionados con los delitos de narcotráfico de manera paralela al código procesal penal, estableciendo así un derecho especial para estos delincuentes, es decir, para los enemigos. En este estatuto se dio lugar a lo que se conocería como “justicia sin rostro”, ya que los testigos, fiscales y jueces involucrados en los procedimientos relacionados con delitos de narcotráfico, eran anónimos para los procesados. Estas medidas se justificaron en la necesidad de detener la matanza de autoridades y civiles por parte de los narcotraficantes, y aun cuando se reconoció lo cuestionable de su validez teórica, se adujo que eran resultado de necesidades prácticas, que la ley había sido “escrita al fragor de las balas”²⁴⁰.

Dentro de esta lucha, se tipificaron como delitos meros actos preparatorios, como el cultivo de plantas de coca, la tenencia de estupefacientes y la sola pertenencia a organizaciones establecidas con el fin de delinquir²⁴¹. Asimismo, se eliminaron los beneficios penitenciarios para los sentenciados por delitos relacionados con los estupefacientes, creando así un régimen penitenciario especial²⁴². Se permitió que los cuerpos militares cumplieran funciones propias de la policía, entre ellas, recolectar y presentar pruebas en los procesos penales, lo

²³⁹ Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 120.

²⁴⁰ *Cfr.* Entrevista celebrada el 11 de diciembre de 1995 a Armando Sarmiento Mantilla, entonces director nacional de fiscalías en Colombia en Andrade Sánchez, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, *cit.* p. 48.

²⁴¹ *Cfr. Ibidem*, pp. 50-51.

²⁴² *Cfr. Ibidem*, pp. 124-125.

que de alguna manera vinculó la guerra con el procedimiento penal, que se convirtió en la continuación de las acciones bélicas²⁴³.

El resultado de estas medidas de lucha fue adverso, las prisiones se llenaron de tóxicodependientes y mujeres encargadas de transportar la droga por las fronteras; la corrupción en Colombia se incrementó al igual que el comercio ilegal de droga con los Estados Unidos²⁴⁴. El sentimiento de inseguridad por parte de la población la llevó a tolerar estas medidas, pues al final del día, se estimaba sólo serían aplicadas a los narcotraficantes; sin embargo, Ricardo Nemogá dirigió una investigación por parte de la Universidad Nacional de Colombia en la que determinó que la mayoría de los procesados por la “Justicia sin rostro” eran personas no vinculadas con el narcotráfico, pertenecientes a sectores marginados y de escasa educación. El estudio reveló que el 25% de los procesados eran campesinos, el 18% comerciantes o vendedores y el 9.3% obreros. La mitad de los imputados sólo contaba con la educación primaria y 27% había cursado la escuela secundaria. También se evidenció que si bien los jueces “sin rostro” sólo representaban el 7% del total de los juzgadores en el país, eran responsables del 43.8% de los procesos en los cuales los imputados estaban bajo prisión preventiva²⁴⁵.

La Ley de Justicia Especializada para el Crimen Organizado de 1999 dio fin a la “justicia sin rostro”, no obstante se reincorporó poco tiempo después y se estableció que su vigencia sería temporal, pues “únicamente” estaría en vigor durante ocho años. Afortunadamente, quedó derogada del ordenamiento jurídico colombiano mediante una acción de inconstitucionalidad.

En los últimos años se han implementado en Colombia reformas con tendencia progresista como el sistema acusatorio, jueces de control y una aplicación más amplia de los derechos humanos contenidos en los acuerdos

²⁴³ Cfr. Aponte, Alejandro, “Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 1, cit., pp. 230-231.

²⁴⁴ Cfr. Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, cit., p. 55.

²⁴⁵ Cfr. Nemogá, Gabriel Ricardo, *Justicia sin rostro. Estudios sobre la justicia regional*, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 1996, pp. 142 y ss. cit. pos. Aponte, op. cit., p. 226.

internacionales; no obstante, aún persisten medidas de los múltiples estados de sitio por los que ha pasado Colombia, mientras que su problema de seguridad está lejos de resolverse. Resulta contundente el dictamen hecho por Alejandro Aponte acerca de la situación de Colombia:

...si se concluye en que en este país no existe ninguna posibilidad distinta de luchar contra el crimen, que no sea a través de políticas criminales totalitarias o de una expansión incontrolada del Derecho penal, ello debe decirse claramente. Si se concluye en que el crimen en este país es tan grande que no es posible afrontarlo respetando los derechos y las garantías, ello debe decirse sin mentir. De hecho la criminalidad en Colombia es la más alta, per cápita, del mundo. Pero lo que no puede hacerse es implementar un Derecho penal que se sabe de antemano que no se encuentra basado en los principios constitucionales y decir, sin embargo, que sí lo está, sólo porque hay una Constitución Política que así lo obliga. No se puede continuar mostrando un modelo particular de Derecho penal que niega la Constitución, como si éste la respetara. Se trata de una decisión política que debe tomarse y deben asumirse las consecuencias²⁴⁶.

Es nuestro deber preguntarse si esta dura crítica es aplicable a la lucha contra el narcotráfico en México y el régimen de excepción introducido con la reforma de 2008.

2.9. El 11 de septiembre y sus consecuencias en torno al Derecho penal del enemigo

Los eventos ocurridos el 11 de septiembre de 2001 son bien conocidos por todos. Durante un ataque terrorista, dos aviones se estrellaron contra las Torres Gemelas de Nueva York provocando la muerte de aproximadamente 2,700 personas. Este suceso conmocionó al mundo entero, en parte porque un grupo de jóvenes originarios de países en desarrollo fueron capaces de romper las medidas de seguridad del país más poderoso del mundo, pero además por las consecuencias que derivarían de esta catástrofe.

²⁴⁶ Aponte, *op. cit.*, p. 233.

La repuesta del gobierno de los Estados Unidos de América fue casi inmediata. Una serie de medidas para luchar contra el terrorismo internacional fueron adoptadas. El entonces presidente George W. Bush inició una guerra en contra de Afganistán, con la supuesta finalidad de dismantelar a la organización Al Qaeda, a la cual se le responsabilizó por los atentados terroristas sufridos en su país. Posteriormente se entablaría un movimiento armado en contra de Iraq bajo el pretexto de que supuestamente este país poseía armas de destrucción nuclear. Ciudades, museos y zonas arqueológicas fueron destruidos debido a los ataques del ejército estadounidense. La población civil de estos países vive hambrienta, sin recursos médicos y en un caos ocasionado por la falta de Estado. Todas las muertes producidas por los bombardeos han sido denominadas “daños colaterales”, es decir, víctimas necesarias en la búsqueda de un fin que va más allá de la vida de las personas.

Estos movimientos bélicos no serían la única respuesta del gobierno de los Estados Unidos de América. Los atentados del 11 de septiembre serían el campo de cultivo necesario para el despertar del Derecho penal del enemigo, que si bien nunca había dormido del todo –recordemos la legislación antidrogas de Colombia– provocaría un “hoyo negro” en el Estado de Derecho²⁴⁷, que deformaría las instituciones y transformaría las prioridades mundiales–. El debate planteado por Jakobs en su conocida conferencia de 1985 cobraría relevancia y desde entonces diversos estudios se avocaron a intentar justificar este tipo de medidas. Además, muchos Estados a lo largo del globo adoptarían medidas de combate al terrorismo, es decir, los regímenes de excepción dejaron de ser eventos aislados para convertirse en una tendencia generalizada. Los casos más emblemáticos: el Reino Unido y España, países que también han sufrido atentados terroristas –11 de marzo de 2004 en Madrid y 7 de julio de 2005 en Londres, en ambos casos la detonación de bombas en el metro de estas ciudades– y que además son

²⁴⁷ Expresión usada por Mireille Delmas-Marty en “The Paradigm of the War on Crime”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 3, julio, Gran Bretaña, 2007, pp. 588 y ss.

precisamente los países que han apoyado a Estados Unidos en la guerra contra Irak²⁴⁸.

Estos eventos servirían de tierra fértil para provocar el miedo que orilla a la población a tolerar la pérdida de libertad como un precio justo para “garantizar” la seguridad. Sin embargo, los actos terroristas de grupos religiosos radicales son más frecuentes en distintas regiones del mundo, a pesar de las medidas de represión introducidas.

George W. Bush explícitamente declaró la guerra en contra de los enemigos no sólo del Estado, sino también de la civilización, los enemigos de las personas “correctas”. El 20 de septiembre de 2001 el presidente Bush manifestó:

El 11 de septiembre, los enemigos de la libertad cometieron un acto bélico en contra de nuestro país. Los americanos hemos conocido las casualidades de la guerra, pero nunca en el centro de una gran ciudad en una pacífica mañana. Los americanos tenemos conocimiento de ataques sorpresivos, pero nunca antes contra miles de civiles. Todo esto sucedió en un solo día, y entonces la noche cayó en un mundo distinto, un mundo donde la libertad se encontraba bajo ataque... Nuestra guerra contra el terror empieza con Al Qaeda, pero no terminará ahí. Esta guerra no acabará hasta que cada grupo terrorista de alcance mundial haya sido encontrado, detenido y derrotado... No se trata, sin embargo, de la guerra del mundo, es la guerra de la civilización, se trata de la lucha de todos los que creemos en el progreso y en la pluralidad, en la tolerancia y en la libertad²⁴⁹.

Es curioso que Bush haya llamado a la tolerancia, la libertad y la pluralidad cuando las medidas de lucha interior contra el terrorismo recaerían principalmente en los extranjeros. Bush dividió a la población en amigos y enemigos; no había lugar para la disidencia, puesto que si una persona decidía oponerse a la política

²⁴⁸ Muñoz Conde, Francisco, *El Derecho penal del enemigo*, INACIPE, México, 2003, pp. 22-24. Asimismo, Dworkin, Ronald, “Derechos y terror”, trad. de Alicia María Fernández, *Precedente*, 2007, p. 14, consultado en http://www.miguelcarbone.com/artman/uploads/1/derechos_y_terror.pdf, 12 de julio de 2014, 18:00.

²⁴⁹ *On September 11th, enemies of freedom committed an act of war against our country. Americans have known the casualties of war –but not at the center of a great city in a peaceful morning. Americans have known surprised attacks –but never before on thousands of civilians. All of this was brought upon us in a single day –and night fell on a different world, a world where freedom itself is under attack... Our war on terror begins with Al Qaeda, but it does not end there. It will not end until every terrorist group of global reach has been found, stopped and defeated... This is not however the world’s fight. This is civilization’s fight. This is the fight of all who believe in progress and pluralism, tolerance and freedom.* El discurso completo en inglés se encuentra en <http://news.rapgenius.com/President-george-w-bush-post-9-11-lyrics#lyric>, consultado el 9 de julio de 2013, 22:20.

de seguridad emprendida por el gobierno, significaba que se encontraba en contra del país, pues de acuerdo a lo expresado por Bush el 6 de noviembre de ese mismo año: “O estás con nosotros o en contra de nosotros en la lucha en contra del terror”²⁵⁰.

La ley ha sido abandonada como el mecanismo destinado a la solución de los conflictos. El gobierno de los Estados Unidos ha demostrado que los derechos humanos no son un elemento consolidado en la cultura moderna, en la medida en que si un Estado tiene la fuerza, puede pasar por encima de ellos sin que nadie sea capaz de impedirlo.

Como medida interna para combatir el terrorismo, se emitió la *USA PATRIOT Act (Uniting and Strengthening America by Providing Tools Requires to Intercept and Obstruct Terrorism)*, la cual implicó la disminución de privacidad y libertad para ciudadanos estadounidenses y, sobre todo, para los extranjeros. Después de los ataques terroristas en Nueva York, la idea general era que las autoridades migratorias, de inteligencia y de seguridad estaban impedidas para cumplir con sus funciones de manera adecuada debido a los límites legales existentes. Por lo tanto, la respuesta lógica fue quitar del camino esos obstáculos²⁵¹.

La misma Ley define que su objetivo es: “Detener y castigar actos terroristas en los Estados Unidos y alrededor del mundo, dotar a los cuerpos policiales de las herramientas de investigación necesarias, entre otros”²⁵². Básicamente la Ley busca establecer un régimen legal basado únicamente en criterios de eficacia a fin de combatir el terrorismo internacional.

Originalmente se tenía previsto que la Ley sólo tendría vigencia hasta el 31 de diciembre de 2005; a pesar de ello, en mayo de 2003 se aprobó una iniciativa

²⁵⁰ *You're either with us or against us in the fight against terror*, en <http://edition.cnn.com/2001/US/11/06/gen.attack.on.terror>, consultado el 9 de julio de 2013, 22:30.

²⁵¹ *Cfr. Gross, Emmanuel, "The Influence of Terrorist Attacks in Human Rights in the United States: The Aftermath of September 11, 2001", North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 8, núm. 1, Estados Unidos, 2002, p. 1.

²⁵² La versión electrónica de la *USA PATRIOT Act* está disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>, consultado el 9 de mayo de 2013, 19:30.

en el sentido de convertir a la *USA PATRIOT Act* en una ley permanente²⁵³. Y así, de nuevo la excepción se convirtió en la regla, ahora la emergencia es considerada permanente.

En el sistema legal estadounidense, para poder violar el derecho a la privacidad de las personas, comúnmente es necesario que las autoridades policiales cuenten con una orden emitida por los tribunales, pero en la lucha contra el terrorismo, estos formalismos parecían estorbosos.

Los artículos 201 y 202 de la *USA PATRIOT Act* autorizan la interceptación de comunicaciones alámbricas, orales o electrónicas cuyos interlocutores sean sospechosos de terrorismo o fraude electrónico. Por otro lado, el artículo 206 de la Ley autoriza el uso de dispositivos especiales para registrar las llamadas efectuadas en una línea telefónica²⁵⁴. Para proceder a intervenir las comunicaciones, sólo es necesario que la autoridad sospeche que una persona está involucrada en actos de terrorismo. En la mayoría de los casos, las autoridades de investigación no necesitan orden judicial para efectuar estos actos.

Como es posible ver, los cuerpos policiales están facultados para vigilar cada comunicación en caso de que los interlocutores sean sospechosos de estar relacionados con el terrorismo. Cada ciudadano puede estar siendo monitoreado sin que lo sepa, pues nadie está a salvo de ser sospechoso de la comisión de este delito.

El artículo 219 de la Ley prevé la emisión de órdenes judiciales de cateo relacionadas con investigaciones de terrorismo, las cuales pueden ser ejecutadas en el lugar donde se crea conveniente²⁵⁵. Este precepto resulta violatorio de la

²⁵³ Cfr. Manna, Adelmo, "Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo: La *privacy*", trad. de Pablo Guérez Triclarico, en Cancio Meliá, y Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 2, *cit.*, pp. 260-261.

²⁵⁴ Cfr. *USA PATRIOT Act*. Versión electrónica disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>, consultado el 9 de mayo de 2013, 19:30.

²⁵⁵ Cfr. *Idem*.

cuarta enmienda que exige que toda orden de cateo especifique el lugar en el que deba ser ejecutada²⁵⁶.

Como se ha demostrado en este capítulo, los enemigos usualmente son identificados con los “extraños”, con los “diferentes” y, por supuesto, con los extranjeros. Sobre todo en un país tan poco proclive a abrir sus fronteras como los Estados Unidos de América. En este sentido, el artículo 412 de la *USA PATRIOT Act* autoriza al Fiscal General para poner bajo custodia a cualquier extranjero que sea sospechoso de estar involucrado en alguna actividad que ponga en peligro la seguridad de los Estados Unidos. Esta detención será realizada por un periodo de siete días después del cual podrá ser extendida por periodos adicionales de seis meses de manera ilimitada²⁵⁷.

De acuerdo con esta última disposición, un extranjero puede estar detenido, no en razón de que el Fiscal General haya demostrado la existencia de una causa probable que indique que es responsable de terrorismo, sino que el único requisito exigido es que el Fiscal sospeche de su responsabilidad. Si bien, las personas bajo detención tienen el derecho de *habeas corpus*, los jueces únicamente pueden verificar si la detención es legal, es decir, si efectivamente el Fiscal General sospecha que el extranjero está relacionado con el terrorismo.

Esta medida va en contra de la quinta enmienda, que impide que una persona sea privada de su libertad si no se han cumplido con las reglas del debido proceso²⁵⁸. El detenido carece de un efectivo acceso a la justicia, toda vez que los jueces están prácticamente impedidos para revocar una resolución de detención del Fiscal General. Por lo tanto, los sospechosos de terrorismo pueden estar

²⁵⁶ *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. Cfr. Constitución de los Estados Unidos de América. Versión electrónica disponible en <http://www.usconstitution.net/const.html>, consultada el 9 de mayo de 2013, 23:00.*

²⁵⁷ *Cfr. USA PATRIOT Act. Versión electrónica disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>, consultada el 9 de mayo de 2013, 19:00.*

²⁵⁸ *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. Constitución de los Estados Unidos de América. Versión electrónica disponible en <http://www.usconstitution.net/const.html>, consultada el 9 de mayo de 2013, 23:00.*

detenidos indefinidamente sin ningún cargo en su contra y sin auténtico acceso a la justicia, por ser considerados enemigos.

Los jueces han dejado de ser verdaderos garantes de la ley, pues se han convertido en simples figuras legitimadoras de los actos de las autoridades administrativas. Su tarea ha sido reducida a determinar si una resolución es legal o legal, no hay otras opciones.

Una segunda situación que puede ser considerada prototípica del Derecho penal del enemigo es el establecimiento de campos de detención en Irak, Bagram, Abu Ghraib y Guantánamo, en donde los sospechosos de terrorismo han sido despersonalizados al punto de ser víctimas de tortura.

El 14 de septiembre de 2001, se declaró en los Estados Unidos de América un estado de emergencia y, como consecuencia, el presidente George W. Bush fue nombrado Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos y así, fue dotado con facultades especiales y, en ejercicio de éstas, emitió la Orden Militar del 13 de noviembre de 2001: *Detención, Tratamiento y Enjuiciamiento de los Ciudadanos no Estadounidenses en la Guerra contra el Terrorismo*, en la que se ordenaba la apertura del campo de detención en la bahía de Guantánamo.

El ámbito personal de la orden abarca a las personas que son o han sido miembros de la organización conocida como Al Qaeda; personas que han participado, ayudado o conspirado para cometer actos de terrorismo internacional o actos en preparación del mismo, así como personas que con conocimiento dieron refugio a un individuo o más de los mencionados anteriormente. La orden sólo puede ser aplicada si el imputado no es ciudadano de los Estados Unidos de América²⁵⁹.

El lugar escogido para instalar el campo de detención fue la bahía de Guantánamo en Cuba, ya que satisfacía los requerimientos de máxima seguridad;

²⁵⁹ Cfr. Orden Militar del 13 de noviembre de 2001. Versión electrónica en inglés disponible en <http://www.fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>, consultada el 11 de mayo de 2013, 19:00.

además, probablemente se pensaba que los jueces de los Estados Unidos de América no ejercerían su jurisdicción en este territorio y, por tanto, las resoluciones tomadas no podrían ser controladas por las autoridades jurisdiccionales²⁶⁰.

No es claro si los detenidos en Guantánamo son delincuentes –con los derechos concedidos por el Derecho penal– o prisioneros de guerra –protegidos por la Convención de Ginebra–. La categoría para estos detenidos depende de lo que sea más conveniente en cada momento para el gobierno de los Estados Unidos, el cual se había negado a aplicar la ley estadounidense excusándose de que no son ciudadanos norteamericanos ni se encuentran en su territorio.

Una nueva categoría ha sido diseñada: “enemigo combatiente”²⁶¹. No obstante, no hay reglas claras para determinar quién es un enemigo combatiente, puesto que una persona recibe esta categoría si el Presidente de los Estados Unidos decide que debe recibir esta categoría. Los enemigos combatientes estaban impedidos para acudir a las autoridades judiciales, en cambio, eran procesados por tribunales excepcionales creados *ad hoc* o comisiones militares, los cuales seguían reglas procedimentales creadas por el Secretario de Defensa, violando así el principio de separación de poderes.

Durante el gobierno de George W. Bush, el estándar probatorio fue muy bajo, pues bastaba que se considerara que una persona “razonable” pensara que el detenido era culpable para atribuirle responsabilidad. Pruebas consideradas ilegales, como la confesión no voluntaria, han sido admitidas. Los detenidos eran defendidos por abogados militares, y a pesar de que se les permitió solicitar la intervención de abogados civiles, estos últimos tenían acceso limitado a la información relacionada con la causa y podían ser excluidos de ciertas audiencias. Los prisioneros eran sancionados con pena de muerte o prisión perpetua, y no

²⁶⁰ Cfr. Marthoz, Jean-Paul, “Los Derechos Humanos después del 11 de septiembre”, *Convergencia: Revista de ciencias sociales*, año 10, núm. 33, México, 2003, p. 75.

²⁶¹ Cfr. Delmas-Marty, Mireille, “The Paradigm of the War on Crime”, *cit.*, p. 588. y Gómez Corona, Esperanza, “Guantánamo y los Tribunales Militares de excepción a diez años después de los atentados del 11-S”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 31, núm. 93, España, 2005 p. 379.

tenían el derecho de *habeas corpus*²⁶². La Suprema Corte de Justicia al resolver los casos *Rasul*, *Hamdi* y *Padilla* en 2004 determinó que todo detenido sometido a la jurisdicción estadounidense, con independencia de su ciudadanía, tenía derecho a una revisión neutral de su estatus²⁶³.

De acuerdo con Francisco Muñoz Conde, los prisioneros de Guantánamo eran objeto de tortura y vivían en celdas extremadamente pequeñas sin contacto humano y en estado de privación sensorial²⁶⁴. Posteriormente se revelaría la existencia de manuales que instruían sobre la forma de torturar.

El campo de detención en la Bahía de Guantánamo representa el extremo del Derecho penal del enemigo, toda vez que estos individuos son desposeídos completamente de su investidura como personas, incluso de seres humanos, al ser privados de cualquier posibilidad de respeto hacia su dignidad. El objetivo no es juzgarlos, sino privarlos de su libertad indefinidamente so pretextos de seguridad. La reducción de los detenidos a vidas con menor valor permite justificar la reducción de derechos ante meras sospechas.

Cuando Barack Obama llegó a la presidencia de los Estados Unidos, prometió cerrar el campo de detención en la bahía de Guantánamo. De esta manera, el 22 de enero de 2009 emitió la Orden 13492: Revisión y Disposición de los Individuos Detenidos en la Base Naval en la Bahía de Guantánamo y Cierre del Centro de Detención, en el cual reconoció que aproximadamente 800 personas habían sido detenidas en los últimos seis años en este campo, 570 de las cuales ya habían sido liberadas. Por último ordenó el cierre del campo de detención antes de que transcurriera un año desde la emisión de la Orden; asimismo, ordenó la revisión inmediata de la situación legal de los detenidos que aún permanecían en Guantánamo, valorando en cada caso si debían ser liberados, transferidos o sometidos a un proceso jurisdiccional. También es de relevancia mencionar que

²⁶² Cfr. *Ibidem*, p. 381.

²⁶³ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, Hammurabi, Argentina, 2005, pp. 47 y ss. y Delmas-Marty, Mireille, "The Paradigm of the War on Crime", *cit.*, p. 589.

²⁶⁴ Cfr. Muñoz Conde, *El Derecho penal del enemigo*, *cit.*, p. 21.

se prescribió que los detenidos en el campo de detención debían gozar de las condiciones exigidas por la ley y la Convención de Ginebra²⁶⁵.

La orden fue aclamada por el mundo entero, sin embargo, el 15 de mayo de 2009, Barack Obama emitió un comunicado en el que declaró que las comisiones militares creadas *ad hoc* no eran completamente inútiles, por lo que para cerrar el campo de Guantánamo necesitaba de más tiempo a fin de valorar adecuadamente la situación²⁶⁶. En un comunicado posterior, el Presidente de los Estados Unidos indicó que los prisioneros acusados de violar la ley de los Estados Unidos serían procesados por la Corte Federal, mientras que los que fueran acusados de violar la leyes de guerra serían juzgados por las comisiones militares especiales, lo que representó una solución a medias²⁶⁷.

El destino de los prisioneros en el campo de detención de Guantánamo no es claro. El Congreso de los Estados Unidos ha rechazado algunas propuestas de partidas presupuestales destinadas a clausurar el campo. Por otro lado, algunas encuestas refieren que la población prefiere mantenerlo abierto, pues así las personas se sienten más seguras²⁶⁸, 47% de la población encuestada en los Estados Unidos aprueba el uso de la tortura para conseguir información relacionada con el terrorismo, y el 66% está dispuesta a sacrificar libertad si con ello obtiene seguridad²⁶⁹.

Recordando a Schmitt, algunos defensores de la política -¿criminal? ¿de guerra?– de Estados Unidos sostienen que no se puede acusar a ésta de ser

²⁶⁵ Cfr. Orden 13492. Versión electrónica disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=85670>, consultada el 11 de mayo de 2013, 20:00.

²⁶⁶ Cfr. Versión electrónica del comunicado en [www.whitehouse.gov/the-press-office/Statement-of-President-Barack-Obama-on-Military-Commissions/](http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2009/05/15/statement-of-president-barack-obama-on-military-commissions/), consultada el 11 de mayo de 2013, 20:30.

²⁶⁷ Cfr. Comunicado pronunciado por Barack Obama el 21 de mayo de 2009, en [www.whitehouse.gov/the-press-office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09/](http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2009/05/21/remarks-by-the-president-on-national-security-5-21-09/), consultada el 11 de mayo de 2013, 20:30.

²⁶⁸ Cfr. Gutiérrez Nieto, Guillermo, "Guantánamo: el péndulo entre lo deseable o lo posible", *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 88, México, 2009, p. 108.

²⁶⁹ Cfr. Marthoz, *rev. cit.*, p. 77.

ilegal, puesto que las normas tienen vigencia en situaciones de normalidad, mas no en una emergencia, como la que supone detener al terrorismo²⁷⁰.

Parecer ser cierto el pronóstico de Samuel Huntington, quien advirtió que las relaciones internacionales se desarrollarían en el contexto de un “choque de civilizaciones”, según el cual los conflictos estarían determinados por factores más de carácter cultural y no tanto políticos o económicos. La política de los países se convierte en expresión de su identidad y éstos se empiezan a agrupar con aquellos con quienes comparten aspectos culturales; mientras que se apartan, en el mejor de los casos, de aquellos vistos como ajenos. La definición de una identidad se hace en relación con los diferentes, lo que lleva a los grupos humanos a determinar quiénes son sus amigos y, por supuesto, quiénes sus enemigos²⁷¹. Así, las relaciones entre Estados se desenvuelven por la lógica de “nosotros” y “ellos”, y en esta dicotomía, los conflictos más peligrosos surgirán cuando un grupo afirme su superioridad frente a los otros. El propio autor advierte que Occidente y el grupo conformado por los países musulmanes están entrando en este conflicto cultural, que adquiere tintes violentos en la medida en que cada bloque sostiene su supremacía²⁷².

Huntington sugiere que el odio es parte de la naturaleza humana, y que es normal que éste recaiga sobre aquel que se considera diferente y que se le reconoce capacidad para dañar. En esta “dinámica de odio”, las diferencias son exageradas y el “otro” es demonizado y se convierte en el “malo”, lo que justifica su eliminación²⁷³.

La guerra contra el terrorismo puede ser ubicada en este contexto. El gobierno de los Estados Unidos de América ha plasmado su idea del enemigo en la imagen del radical musulmán que pretende desestabilizar los valores de

²⁷⁰ Cfr. Dworkin, “Derechos y terror”, *cit.*, p. 25. Este jurista refiere que William Rehnquist, expresidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos aseveró que ante las emergencias, las leyes “hablan con voz inhibida”.

²⁷¹ Huntington advierte que el alejamiento de las comunidades con respecto a otros grupos sociales deriva de sentimientos de superioridad e inferioridad frente a los sujetos vistos como diferentes, temor o falta de confianza frente a tales personas, diferencias de comunicación y falta de familiaridad en relación con ciertas prácticas y costumbres. Cfr. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, Argentina, 2001, p. 122.

²⁷² Cfr. *Ibidem*, pp. 10-267.

²⁷³ Cfr. *Ibidem*, pp. 262-267.

occidente: democracia y derechos humanos, por lo que las medidas extremas que ha adoptado se justifican en aras de salvar estos principios.

Todo Estado tiene el derecho de defender su territorio y población de actos violentos como el terrorismo; sin embargo, ello debe darse en un equilibrio con el respeto a los derechos humanos. El artículo 5° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura es tajante cuando establece que no se admitirá como justificación de este acto, la existencia de circunstancias como la guerra, el estado de sitio o cualquier otra emergencia; en este mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el respeto irrestricto a los derechos humanos no es prescindible en momentos de particulares dificultades, incluyendo la lucha contra el terrorismo²⁷⁴. Cabe señalar que Estados Unidos no ha firmado la Convención ni reconocido la competencia de la Corte Interamericana.

Nadie se atrevería a negar que los ataques del 11 de septiembre fueron un momento sumamente doloroso que marcaría la historia; empero, la seguridad no puede ser usada como una palabra mágica cada vez que se pretenda introducir medidas autoritarias y, lo más importante, la sociedad no debería estar tan dispuesta a permitirlo. El 11 de septiembre supuso un quiebre; occidente reconsideró sus prioridades, y así los derechos humanos quedaron en segundo plano frente a la urgencia de seguridad. El terrorismo alcanzó su objetivo: infundir temor hasta el punto de la irracionalidad.

Miguel Polaino-Orts ha manifestado su oposición a comparar el Derecho penal del enemigo con las consecuencias derivadas del 11 de septiembre de 2001, las que no se ajustan a sus fundamentos filosóficos, históricos y dogmáticos²⁷⁵; no obstante, la finalidad perseguida por el gobierno de los Estados Unidos es destruir a un enemigo por medio de los instrumentos legales e ilegales

²⁷⁴ Para un estudio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con temas de terrorismo, véase García Ramírez, Sergio, "The Inter-American Court of Human rights' perspective on terrorism", en Salinas de Frías, Ana María *et al.* (editores), *Counter-Terrorism. International law and practice*, Oxford, Estados Unidos, 2012, pp. 785-810.

²⁷⁵ *Cfr.* Polaino-Orts, *op. cit.*, p. 51.

disponibles. Guantánamo puede que no haya sido invención de Jakobs, pero no podemos negar lo que es: Derecho penal de enemigo.

2.10. El enemigo: el constante presente en la historia del Derecho penal

El recorrido histórico que hemos trazado nos permite llegar a una conclusión: comunidades que han poblado épocas diferentes han echado mano de un discurso que radica en la existencia de una emergencia que debe ser enfrentada de manera contundente y de la cual se responsabiliza a un individuo a quien se le llama enemigo, que es considerado como la antítesis del código de valores de cada momento histórico, por lo que se estima necesario combatirlo y neutralizarlo.

Pareciera que la existencia de un enemigo común es necesaria, pues así, se facilita encontrar responsables a las desgracias de cada época. El enemigo se torna indispensable para permitir a los integrantes de una sociedad vivir bajo la convicción de que ellos son las víctimas buenas, amenazadas por los peligrosos y salvajes enemigos, lo que les permite renunciar a su deber de atender problemas que van más allá de la existencia de los enemigos.

La selección de los enemigos, sin embargo, no ha sido el resultado de un proceso racional, sino más bien producto de pasiones, prejuicios y rencores sociales de quienes ejercieron el poder. El ser humano siempre se ha caracterizado por tener miedo hacia lo desconocido, hacia lo extraño, hacia lo diferente. Por ello, cada vez que se necesita de un enemigo, la opción más viable es escoger a “los otros”.

En este proceso de identificación y posterior combate a los enemigos, se pueden observar ciertas similitudes en cada fase histórica. Siempre se ha tratado, en la medida de lo posible, de legitimar la introducción de medidas represivas al crear diversas leyes promulgadas bajo el amparo de los procedimientos

establecidos para tal efecto, pero además, los juristas han pasado de explicar a justificar la validez de estas medidas. De esta manera, ley y doctrina se convierten en elementos inseparables en la justificación del Derecho penal del enemigo.

En este sentido, es común recurrir a los clásicos en búsqueda de aval. En algunos casos se encuentra lo buscado, y es posible identificar antecedentes en las obras que marcaron hitos. Sin embargo, aun cuando esta reacción sea tentadora, es necesario preguntarse si las únicas interpretaciones posibles de la sociedad son las proporcionadas por estos personajes. En no pocas ocasiones sus postulados tienen trascendencia y aplicación en nuestra época; empero, es importante reconocerles limitaciones, ya que estos autores escribieron para sus momentos y circunstancias históricas. Es importante aprender la lección de los clásicos, pero nunca limitarse a sus ideas, pues de lo contrario, sería tanto como aceptar que los pensadores contemporáneos no han aportado nada nuevo y que nuestra cultura se ha quedado estancada al ser incapaz de evolucionar y aspirar a cosas mejores.

Asimismo, el miedo siempre ha servido como tierra fértil para el desarrollo del Derecho penal del enemigo, pues cuando una comunidad siente pánico, autoriza la aplicación de medidas que se oponen a los principios que se habían defendido previamente con tal de encontrar la salvación frente a la gran amenaza que representan los enemigos. Se permite que seres humanos sean aniquilados, bajo la convicción de que ellos se han ganado a pulso ese trato.

El Derecho penal del enemigo, es decir, la discriminación institucionalizada de aquel a quien se culpa de momentos de crisis y emergencias, tiene un largo pasado. Negar que la exclusión del diferente sea un fenómeno constante en nuestra historia sería un retroceso. Como dice Hannah Arendt:

Ya no podemos permitirnos recoger del pasado lo que era bueno y denominarlo sencillamente nuestra herencia, despreciar lo malo y considerarlo simplemente como un peso muerto que el tiempo por sí mismo enterrará en el olvido. La corriente subterránea

de la Historia occidental ha llegado finalmente a la superficie y ha usurpado la dignidad de nuestra tradición. Ésta es la realidad en la que vivimos²⁷⁶.

Recordar es nuestro deber, y aprender nuestra salvación, las persecuciones de enemigos han existido siempre y no debemos ocultarlas. Lo que es necesario hacer, es comprender que cada vez que se eliminan los límites al poder, aun cuando supuestamente se trate de casos puntuales y enemigos concretos, se abre la puerta al autoritarismo, y los derechos y libertades de todos se ven mermados en un afán por eliminar al enemigo.

Por supuesto, el enemigo actual es un tanto distinto al de otras épocas, ya no se trata de las ancianas brujas o de los judíos y discapacitados del holocausto, ni siquiera se trata de los marginados sociales. Son individuos que detentan un poder real importante y sus conductas delictivas no son insignificantes. Si este cambio en la naturaleza de quien se ha identificado como enemigo implica la justificación de regímenes penales de excepción, es lo que se tratará en los capítulos siguientes.

²⁷⁶ Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo. Antisemitismo*, Alianza Editorial, España, 2002, pp. 13-14.

CAPÍTULO 3

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

Los monstruos son reales,
los fantasmas también,
ellos viven dentro nuestro,
y algunas veces, ellos ganan.
Stephen King

SUMARIO: 3.1. El enemigo contemporáneo: el delincuente organizado. 3.2. La evolución del régimen de excepción en México. 3.2.1. La reforma constitucional de 1993. 3.2.2. La reforma constitucional de 1996. 3.2.3. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. 3.2.4. La reforma constitucional de 1999. 3.3. La reforma constitucional de junio de 2008. 3.3.1. Artículo 16 constitucional. 3.3.2. Artículo 18 constitucional. 3.3.3. Artículo 19 constitucional. 3.3.4. Artículo 20 constitucional. 3.3.5. Artículo 22 constitucional. 3.4. La política penal contra el enemigo: una realidad mexicana.

3.1. El enemigo contemporáneo: el delincuente organizado

El Derecho penal del enemigo es una manifestación recurrente en la política criminal internacional –de forma consciente o no– como se demostró en el capítulo anterior. Nuestro país no ha sido la excepción, pues es posible ubicar diversos antecedentes en la legislación penal nacional²⁷⁷; empero, lo que interesa para el

²⁷⁷ Eduardo Martínez Bastida ubica como ejemplos de la ley penal en contra del enemigo en nuestro país a la política penal de Benito Juárez en contra de los marginados en un primer momento, y contra los conservadores y los eclesiásticos posteriormente; la Ley Lafragua sobre la Libertad de Imprenta; la Ley de Nacionalización de Bienes Eclesiásticos, entre otros ordenamientos. *Cfr. Derecho penal del enemigo*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2009, pp. 18 y ss. También es posible incluir al régimen especial para salteadores de camino y ladrones en despoblado en la primera mitad del siglo XIX. Estos delincuentes fueron juzgados por tribunales militares. Posteriormente, el régimen se extendió a

desarrollo de la presente tesis es la más reciente evidencia de esta tendencia de identificar un enemigo social desde el propio ordenamiento jurídico, el cual tiene que ser combatido, pues de lo contrario –afirman aquellos que apoyan los postulados del Derecho penal del enemigo– el sistema correría riesgo al perder su base social cognitiva y, por tanto, dejaría de operar como el modelo de dirección social.

Como ya habíamos anticipado, uno de los enemigos identificados por las sociedades contemporáneas es el delincuente organizado, que a diferencia de otros sujetos-objeto de la política criminal de la exclusión, no se trata de alguien desvalido o víctima de manifestaciones discriminatorias. Para muchos especialistas, se trata del mayor reto de seguridad para los Estados modernos, pues los grupos criminales organizados con los que se lidia son estructuras complejas, que cuentan con recursos considerables y que no adecuan su conducta a los límites sociales; se caracterizan por perseguir sus objetivos independientemente de los efectos lesivos que se generen como consecuencia de su actuar; cuentan con presencia mundial, por lo que la búsqueda de soluciones es un tema no exclusivo de las agendas nacionales²⁷⁸.

Las organizaciones criminales establecen en ocasiones una base social importante, toda vez que se arraigan a determinadas comunidades y territorios en los que establecen reglas paralelas a las normas estatales, es decir, un modelo de convivencia alternativo al postulado por el Estado. Generan grandes cantidades de recursos que, en determinados casos y en cierta medida, son aplicados a favor de las poblaciones en las que habitan; siendo esta característica una de las razones por las que se estima a la delincuencia organizada como una amenaza al Estado

los procesados por otros delitos como homicidio y robo. *Cfr.* Macedo, Miguel S., *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*, Cvltrva, México, 1931, pp. 258-261.

²⁷⁸ Entre los acuerdos internacionales que México ha suscrito en materia de delincuencia organizada podemos mencionar a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (firmada el 16 de febrero de 1989), la Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados (firmada el 14 de noviembre de 1997), la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) (firmada el 13 de diciembre de 2000), así como sus respectivos protocolos: Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños y Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones.

en su conjunto, pues no sólo quebranta alguna o algunas de sus normas, sino que también lo desafía como eje de una comunidad.

Esta manifestación criminal envuelve violencia, organización e inteligencia, lo que la hace mucho más peligrosa. Trabaja a través de estructuras disciplinadas y ordenadas mediante una mecánica corporativa o empresarial, basada en la distribución de funciones y jerarquías. Sus objetivos son estratégicamente planeados, cuentan con tecnología, armamento y entrenamiento de sus miembros, lo que les da una enorme capacidad de acción. Sus ingresos le dan la posibilidad no sólo de enfrentar a los Estados militarmente, sino que tienen la capacidad de corromper a las autoridades o infiltrarse en entidades gubernamentales, que le proporcionan información y le permiten incluso desempeñar sus actividades con cierta libertad, protección o hasta colaboración. Asimismo, establecen empresas lícitas y se valen de otros mecanismos que utilizan para “lavar” el dinero generado ilícitamente. Como señala Moisés Moreno Hernández, la delincuencia organizada no busca competir contra el gobierno, sino utilizarlo²⁷⁹.

En México, el problema de la delincuencia organizada está vinculado principalmente con el narcotráfico²⁸⁰. Gerardo Urosa Ramírez reporta que los cárteles mexicanos se han convertido en uno de los cinco grupos criminales más peligrosos a nivel mundial, y actualmente se estima que proveen el 90% del consumo de cocaína en los Estados Unidos de América²⁸¹. Nuestro país dejó de ser un territorio de tránsito de la droga producida por los cárteles colombianos hacia los Estados Unidos, para convertirse en un Estado productor. Emma Mendoza Bremauntz atribuye el crecimiento del crimen organizado al debilitamiento de las células criminales andinas y a la alianza de las mexicanas con los grupos norteamericanos. Asimismo, ocurrió un incremento en el consumo, debido, en parte, a la generación de adictos, que incluyen a los transportadores, a

²⁷⁹ Cfr. Moreno Hernández, Moisés, “Política criminal frente a la delincuencia organizada en México”, en García Ramírez, Sergio y Vargas Casillas, Leticia (coords.), *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000). Primeras jornadas sobre justicia penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 148.

²⁸⁰ Para un estudio sobre el narcotráfico véase García Ramírez, Sergio, *Narcotráfico. Un punto de vista mexicano*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1989.

²⁸¹ Cfr. Urosa Ramírez, Gerardo, “El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo”, México, *Iter Criminis*, 2011, p. 149.

quienes se les paga con droga; éstos además, vieron la oportunidad de incrementar sus ganancias al convertirse en distribuidores²⁸².

El poder avasallante de las estructuras criminales, la poca denuncia por parte de la población –situación derivada del terror generado entre la población, exacerbado en ocasiones por los medios de comunicación, así como por la poca frecuencia con la que los consumidores denuncian a sus proveedores–, la falta de coordinación entre Estados –que se ven afectados de distinta manera según se trate de países consumidores, de tránsito o productores– en la adopción de políticas públicas²⁸³ hacen de la delincuencia organizada un problema de difícil solución.

Ante este panorama, surge la opinión de que las técnicas de persecución tradicionales, ajustadas al Derecho penal garantista, carecen de eficacia para enfrentarse a tremendos titanes, por lo que ante el riesgo de sucumbir ante éstos, el Estado opta por tomar medidas restrictivas de derechos, basadas en una lógica pragmática, que se aleja en muchas ocasiones de los fines del constitucionalismo.

El objeto del presente capítulo será describir los intentos legislativos para atender el problema del crimen organizado, los cuales se enmarcan en una política penal de combate, cuya evolución se puede observar a través de diversas reformas constitucionales que culminarían el 18 de junio de 2008.

3.2. La evolución del régimen de excepción en México

Durante décadas, el sistema penal mexicano siguió un camino progresista. Diversas reformas significaron pasos en la búsqueda de un Derecho penal comprometido con el proyecto del constitucionalismo. Por mencionar algunos

²⁸² Cfr. Mendoza Bremauntz, Emma, "Delincuencia organizada transnacional: monstruo de principios de milenio", *Revista Mexicana de Justicia. Los nuevos desafíos de la PGR*, sexta época, núm. 4, México, 2002, p. 228.

²⁸³ En este sentido, cfr. Chabat, Jorge, "Las peculiaridades del narcotráfico", *Bien Común*, año XI, núm. 123, marzo, México, 2005, pp. 19-21.

ejemplos, la readaptación social como fin del sistema penal fue establecida el 23 de febrero de 1965 (artículo 18 constitucional), la reforma del 4 de febrero de 1977 incorporó la posibilidad para los sentenciados mexicanos en el extranjero de compurgar su condena en territorio nacional (*idem*), y la del 17 de marzo de 1987, la exigencia de una justicia pronta, completa, imparcial e impartida por jueces independientes (artículo 17 constitucional).

Esta racha fue frenada con la irrupción de la excepción en el Derecho penal. El sistema punitivo pretendió seguir mostrando su faceta humanista; no obstante, arrojó al enemigo en la Constitución, documento que en su parte dogmática pretende consagrar los derechos ínsitos a los seres humanos y que ahora prevé también los lineamientos sobre los cuales se desenvolverá el combate a los enemigos estatales.

Como antecedente de la oleada de reformas que introducirían paulatinamente el sistema de excepción, es necesario mencionar a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988 en atención a la Declaración sobre la Lucha contra el Narcotráfico y el Uso Indebido de Drogas. El Presidente de México firmó el acuerdo el 16 de febrero de 1989 y fue ratificado por el Senado el 30 de noviembre de ese mismo año, para ser publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de septiembre de 1990²⁸⁴.

En el preámbulo de la Convención se declaró que los grupos delictivos organizados “socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados”. En atención a ello, la convención pretendió ser un instrumento de colaboración entre los Estados parte a fin de atender de manera conjunta el problema, por lo que se establecieron distintas medidas de cooperación judicial, así como la obligación de tipificar en las respectivas leyes penales de los Estados signatarios, diversas conductas relacionadas con los estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

²⁸⁴ Cfr. *Diario Oficial de la Federación*, 30 de septiembre de 1990.

Cabe señalar que el artículo 3.5 de la Convención estableció que los jueces penales deberían tomar en consideración para determinar la sanción correspondiente, entre otros aspectos, la participación de los sujetos activos en grupos delictivos organizados.

A fin de dar cumplimiento a la Convención de Viena, la Procuraduría General de la República dio a conocer un anteproyecto de ley en materia de narcotráfico, la cual introducía diversas medidas especiales para hacer frente a este tipo de delincuencia. Diversos sectores advirtieron entonces la contradicción de las disposiciones novedosas con la Constitución, por lo que el anteproyecto fue descartado²⁸⁵. No obstante, la idea de introducir medidas especiales a fin de combatir la delincuencia organizada ya se encontraba presente en la mente del legislador mexicano. La primera manifestación se concretaría a través de una reforma constitucional que vería la luz el 3 de septiembre de 1993²⁸⁶, y que será objeto de estudio del siguiente apartado.

3.2.1. La reforma constitucional de 1993

Como se mencionó en el punto precedente, a inicios de la década de los noventa, la idea de que el Estado mexicano necesitaba de una legislación especial a fin de poder enfrentar adecuadamente el fenómeno de la delincuencia organizada estaba cobrando fuerza, idea que se materializaría por primera vez a través de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de septiembre de 1993. Esta enmienda implicó cambios importantes, algunos de ellos fueron avances pertinentes en el enjuiciamiento penal²⁸⁷.

²⁸⁵ Cfr. Moreno Hernández, "Política criminal frente a la delincuencia organizada en México", *cit.*, p.157 y García Ramírez, *Delincuencia organizada*, *cit.*, p. 37. Este último llama al anteproyecto de la Procuraduría General de la República "la primera tentación reformadora", es decir, la primera intención de introducir en nuestro país un régimen de excepción penal en materia de delincuencia organizada.

²⁸⁶ Cfr. *Diario Oficial de la Federación*, 3 de septiembre de 1993.

²⁸⁷ Se modificaron los artículos 16, 19, 20, 107 y 119. Entre los cambios más relevantes podemos mencionar los siguientes: se abandonó el concepto de "cuerpo del delito" para ser sustituido por "los elementos que acrediten el tipo penal" para efectos de emitir la orden de aprehensión, así como el auto de formal prisión; se estableció la obligación para la autoridad

Entre estas numerosas innovaciones, se introdujo en el artículo 16 el plazo máximo de detención ante el Ministerio Público, lo cual, en principio representó una regla que pretendía dotar de seguridad y certeza jurídicas a los individuos; sin embargo, ella contendría la primera regla excepcional en materia de delincuencia organizada. La redacción, que sigue vigente hoy día, fue la siguiente:

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal²⁸⁸.

De esta forma, se introduce por primera vez en la Constitución el término delincuencia organizada, y aunque en este momento no fue definido constitucionalmente, tenía como propósito facultar a las autoridades ministeriales a extender el plazo máximo de detención de cuarenta y ocho a noventa seis horas.

La reforma constitucional fue producto de dos iniciativas presentadas el 2 y el 8 de julio de 1993 en la Cámara de Diputados. En el apartado de consideraciones de la primera iniciativa se señaló que la posibilidad de duplicar el plazo mencionado se justificaba por las características de la investigación de los miembros del crimen organizado, puesto que, además de la elevada gravedad de los delitos cometidos por éstos, la búsqueda de elementos probatorios es más complicada al no tener que demostrar exclusivamente “la existencia del hecho ilícito y la vinculación del indiciado con el mismo, sino su relación con los demás elementos que integran a la organización delictiva, que por su desarrollo ha acreditado ser cada día más compleja y sofisticada”²⁸⁹.

que ejecute una orden aprehensión de poner al inculcado a disposición del juez sin dilación alguna; se definieron con mayor precisión los requisitos para que opere la detención por caso urgente; se estableció el deber del juez de revisar que las detenciones se hayan efectuado conforme a derecho; se introdujo el concepto de delitos graves para efectos del otorgamiento de la libertad provisional y de la detención por caso urgente; se redefinieron los elementos de la libertad provisional, el régimen de careo, derecho a defensa adecuada, y se consagran distintas prerrogativas a favor de las víctimas y ofendidos.

²⁸⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 3 de septiembre de 1993.

²⁸⁹ Iniciativa con proyecto de reforma a los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por el diputado Guillermo Pacheco Pulido y suscrita por diputados integrantes de los diversos grupos parlamentarios, 2 de julio de 1993. Versión electrónica disponible en <http://cronica.diputados.gob.mx/Iniciativas/55/149.html>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

El problema vendría con la fórmula tan laxa, como veremos posteriormente, con la que se ha definido a la delincuencia organizada. No todo asunto relacionado con esta manifestación criminal es tan grave o tan complicado como para ameritar necesariamente la duplicidad del plazo máximo de detención; empero, a la autoridad ministerial le basta con invocar que se está investigando a los integrantes de una organización delictiva, en los términos que describiría la ley, para poder extender hasta por noventa y seis horas el plazo durante el cual el indiciado está a su disposición –periodo durante el cual este último se encuentra fuera de cualquier supervisión judicial–, sin tener que acreditar que efectivamente se requiere de más tiempo para integrar la investigación.

Sergio García Ramírez afirma que el poder revisor de la Constitución de 1993 no pensó en la delincuencia organizada como un tipo penal, sino como una forma de delinquir que no implicaba, de forma autónoma, su punición. Esta concepción sería trastocada por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996; sin embargo, las reformas de enero de 1994 a la legislación procesal penal, tanto federal como local, implementaron adecuadamente –al menos por lo que hace a este aspecto– la enmienda constitucional de 1993²⁹⁰. De esta forma, el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, estableció que habría delincuencia organizada, para efectos de la duplicidad del plazo de detención, cuando “tres o más personas se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos” algunos de los delitos previstos en los artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal ahí señalados²⁹¹. Idéntica disposición se establecería en el artículo 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal²⁹².

²⁹⁰ Cfr. García Ramírez, *Delincuencia organizada*, cit., p. 44

²⁹¹ *Diario Oficial de la Federación*, 10 de enero de 1994.

²⁹² Actualmente la legislación procesal remite a la definición contenida en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y el Código Penal para el Distrito Federal, respectivamente.

A partir de lo anterior, los elementos legales que en ese momento caracterizaban a la delincuencia organizada eran los siguientes:

- a) Elemento subjetivo: la organización debía estar integrada cuando menos por tres integrantes.
- b) Elemento estructural: la organización se debía regir por reglas de disciplina y jerarquía.
- c) Elemento teleológico: Debían tener la finalidad de cometer determinados delitos.
- d) Elemento de modo: que los delitos-objetivo se pretendieran cometer con violencia, reiteración o con fines preponderantemente lucrativos²⁹³.

Si bien la definición era mejorable –y como se sostendrá posteriormente, innecesaria–, permitía acotar la calidad de delincuente organizado, y consecuentemente, el campo de aplicación de las medidas de excepción. Lo anterior en comparación con la definición actual prevista en el artículo 16 constitucional que ha prescindido de la disciplina y la jerarquía, así como de la forma de comisión violenta, reiterada o con fines preponderantemente lucrativos, y cuyo efecto es abrir la puerta para que manifestaciones criminales poco significativas sean tratadas bajo un régimen restrictivo de derechos humanos.

Es dable señalar que una de las iniciativas que sirvieron como base de la reforma constitucional de junio de 2008 proponía eliminar esta duplicidad del plazo de detención, puesto que –se arguyó– se trata de un criterio de excepción que atenta contra el principio de seguridad jurídica, considerando además que, con base en las reformas propuestas, los requisitos para consignar a una persona ante el juez penal serían disminuidos, por lo que se podía prescindir de esta prórroga basada en la complejidad para integrar la averiguación previa²⁹⁴. Estos requisitos

²⁹³ Sergio García Ramírez criticó esta caracterización de la delincuencia organizada en la medida en que el requisito de disciplina y jerarquía no permiten hacer una clara distinción con la asociación delictuosa; asimismo, señala que este tipo de delincuencia no tiene por qué ser violenta, reiterada o tener fines predominantemente lucrativos para estar organizada. *Cfr. Delincuencia organizada, cit.*, p. 45.

²⁹⁴ *Cfr.* Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por el diputado César Camacho Quiroz, del grupo parlamentario del PRI, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, núm. 2207-1, 6 de marzo de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/mar/20070306-1.html#Ini20070306-2>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

fueron efectivamente disminuidos, no obstante, la propuesta no fue considerada para el proyecto final de reforma constitucional.

Esta medida de excepción, a pesar de implicar una presunción *iure et de iure* de que los casos relacionados con delincuencia organizada –en los términos simples en los que la ley considera que se presenta esta manifestación criminal– resultan más complejos que los de la criminalidad “ordinaria” –¿desorganizada?–, y de atentar en consecuencia en contra del principio de igualdad, así como restringir la libertad de una persona que se presume delincuente organizado y, por tanto, una amenaza en contra del Estado, pero sin que exista una sentencia condenatoria, no representó un retroceso “serio” en materia de derechos humanos, al menos no en comparación con los reformas que vendrían en los años posteriores. No podemos hablar todavía de la presencia del Derecho penal del enemigo en la Constitución; sin embargo, la semilla ya había sido enterrada y no tardaría en germinar, pues aunque esta reforma aún no estaba concebida como el engrane sobre el cual se movería el sistema de excepción de combate al crimen organizado, la puerta al doble sistema penal había sido abierta²⁹⁵. El enemigo había sido identificado, ahora era necesario crear los mecanismos legales que permitieran combatirlo.

Prueba de lo anterior, es el discurso pronunciado por el entonces Presidente de México, Ernesto Zedillo Ponce de León, quien el 1 de diciembre de 1994, en su mensaje de toma de posesión declaró: “El narcotráfico es la mayor amenaza a la seguridad nacional, el más grave riesgo para la salud social y la más

²⁹⁵ En este sentido, *cfr.* García Ramírez, Sergio, “La reforma constitucional de 2007”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-INACIPE, México, 2009, pp. 203 y ss. Del mismo autor, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 4ª ed., Porrúa, México, 2010, pp. 51 y ss. En específico, Sergio García Ramírez señala: “En México abrimos la puerta hacia el doble sistema cuando introdujimos en la Constitución, sin conciencia clara sobre el destino de nuestros pasos, un concepto importante que pudo quedar alojado en la norma secundaria: delincuencia organizada. Sin embargo, este concepto tuvo entonces un alcance moderado. No se pretendió constituirlo en eje de un nuevo orden penal extraordinario. Pero se había sembrado la semilla de una planta que crecería. Lo que pasó entonces podría ocurrir con cualquier reforma precipitada, aunque sea producto de la buena fe, si no se analiza rigurosamente su alcance ni se miden sus posibles implicaciones. La buena fe no basta para menesteres legislativos”. Asimismo, Olga Islas de González Mariscal afirma que: “Con las reformas introducidas a la Constitución, a partir de 1993, para hacer viable la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el camino firme que llevaba el sistema de justicia penal democrático, comenzó a desviarse. Los principios liberales, que habían guiado el Derecho Penal tradicional, se empezaron a vulnerar con gran desparpajo. En dichas reformas se advierte, también, una absoluta falta de reflexión; pareciera que hubo premura para su elaboración. Se introdujeron inconsistencias que, en algunos casos, se pretendió remediar con nuevas reformas”. “La justicia penal en la reforma constitucional de 2008”, en García Ramírez e Islas de González Mariscal (coords.), *op. cit.*, pp. 215-216.

cruenta fuente de violencia”²⁹⁶. Con ello estaba afirmando que el problema de seguridad que aquejaba al país tenía origen en la delincuencia organizada, es decir, los responsables no eran las autoridades, carentes en sus propuestas de una política criminal preventiva, sino los narcotraficantes a los que era necesario combatir fervientemente. Esta idea sería más clara en su discurso pronunciado en el Coloquio sobre Prevención de la Farmacodependencia y Conductas Asociadas el 26 de junio de 1995, día internacional contra el uso indebido y el tráfico de drogas, en el que señaló:

El narcotráfico es la más grave amenaza para la integridad física, mental y moral de los jóvenes; el narcotráfico es la más grave amenaza a la salud de la sociedad; el narcotráfico es la más grave amenaza a la tranquilidad y el orden público; el narcotráfico es **la más grave amenaza al Estado de Derecho; el narcotráfico es la más grave amenaza a nuestra seguridad nacional**. Debemos estar conscientes de que al luchar contra el narcotráfico, estamos luchando contra el **fenómeno de crimen organizado más poderoso, persistente, extendido y lucrativo en la historia de la humanidad**.

(...)

Si flaquea nuestra voluntad, si se debilita la cooperación internacional, si dependemos sólo del esfuerzo aislado de cada nación, se fortalecerá **el enemigo común que son los narcotraficantes**.

(...)

...estamos resueltos a combatir el narcotráfico a través de una profunda transformación de nuestro sistema de justicia y seguridad pública. Ese sistema se ha quedado pequeño, ineficiente y obsoleto frente a la capacidad corruptora y la disponibilidad de recursos del narcotráfico²⁹⁷.

(...)

En resumen, el presidente identificaba al narcotraficante como el enemigo nacional al ser la mayor amenaza para la seguridad del país, por tanto, era

²⁹⁶ Mensaje de toma de posesión del cargo de Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos el 1° de diciembre de 1994, en <http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/disc/dic94/01dic94-2.html>, consultada el 20 de enero de 2014, 18:30.

²⁹⁷ Mensaje de inauguración del Coloquio sobre Prevención de la Farmacodependencia y Conductas Asociadas por parte del presidente Ernesto Zedillo Ponce de León con motivo de la conmemoración del Día Internacional contra el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas en el salón Adolfo López Mateos de la residencia oficial de Los Pinos, en <http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/disc/jun95/26jun95.html>, consultada el 20 de enero de 2014, 18:00.

necesario combatirlo –lo que asemeja a una disputa bélica más que a la aplicación de una política de seguridad–, sin embargo, para hacerlo –se argumentó, sin probarse– que no se contaba aún con los instrumentos necesarios –mismo discurso que se repetiría en la antesala de la reforma de junio de 2008–, por lo que era necesario transformar el sistema de justicia y seguridad pública a fin de dotar a las autoridades de los mecanismos indispensables para esta encomienda. Se iba preparando el terreno para la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, cuya primera mención oficial tuvo lugar en el mensaje pronunciado por Ernesto Zedillo con motivo de su primer informe de gobierno:

Hoy, un terrible enemigo de toda la sociedad es el narcotráfico. El narcotráfico se ha convertido en la más grave amenaza a la seguridad nacional, a la salud de la sociedad y a la tranquilidad pública. Es también una amenaza a la convivencia, los valores y tradiciones de los mexicanos.

(...)

Para reforzar el combate de este mal que vulnera la voluntad de las personas, lesiona la solidez y credibilidad de las instituciones y prohija la corrupción, enviaré a esta Soberanía una iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada²⁹⁸.

Así, se manifestó la intención de crear un ordenamiento especializado en combatir al “terrible enemigo de toda la sociedad”; empero, se advirtió entonces la incompatibilidad de este proyecto con la Carta Magna, por lo que fue necesario reformar nuevamente la Constitución.

3.2.2. La reforma constitucional de 1996

El 3 de julio de 1996 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma constitucional a los artículos 16, 20, 21, 22 y 73²⁹⁹. Fueron tres los

²⁹⁸ Mensaje presidencial con motivo de la presentación del primer informe de gobierno pronunciado el 1° de septiembre de 1995, en <http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/id-9-1.html>, consultada el 20 de enero de 2014, 18:00.

²⁹⁹ Entre otras novedades, se restringió el otorgamiento de la libertad provisional a los delitos considerados no graves y se facultó a los jueces para negarla cuando el imputado hubiera sido condenado previamente por delito grave o cuando el

aspectos de la enmienda constitucional, los relacionados con la delincuencia organizada: el régimen de intervención de comunicaciones, el decomiso de bienes y la facultad de las autoridades federales para conocer de los delitos locales cuando éstos tuvieran conexidad con los del fuero federal. Estas modificaciones tuvieron alojo en los artículos 16, 22 y 73 respectivamente. La introducción de estas figuras tenía como objetivo hacer compatible la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada –cuya iniciativa de ley fue presentada el 18 de marzo de 1996, junto con las dos iniciativas que sirvieron de sustento a la reforma constitucional– con los principios establecidos en la Ley Fundamental, recurriendo a una extraña técnica legislativa consistente en reformar las disposiciones constitucionales a fin de que éstas se adapten a los contenidos legales secundarios, cuando deberían ser precisamente los ordenamientos legales los que se tendrían que ajustar estrictamente a la Constitución. La reforma estableció:

Artículo 16.

(...)

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. **Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal 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, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración.** La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

Ministerio Público aportara elementos para establecer que aquél era un riesgo para el ofendido o la sociedad; se establecieron parámetros para fijar la caución y se delimitó la función de la policía judicial como auxiliar del Ministerio Público en la investigación.

Artículo 22.

(...)

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; **ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.**

Artículo 73.

(...)

XXI.

(...)

Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales³⁰⁰;

Por lo que hace a la intervención de comunicaciones, del texto transcrito se advierte que en ningún momento se alude a la delincuencia organizada como único caso en el que se puede hacer uso de esta medida. Empero, fue introducida bajo la consciencia de ser empleada en casos de investigación al crimen organizado, y así se tradujo a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

La privacidad siempre ha merecido una protección especial en el ordenamiento jurídico, por ser ajena a la función estatal la vida privada de los particulares. No obstante, es posible adelantar que ningún derecho humano es ilimitado³⁰¹, por lo que la intervención de comunicaciones, siempre y cuando

³⁰⁰ Cfr. *Diario Oficial de la Federación*, 3 de julio de 1996.

³⁰¹ Algunos consideran que la prohibición de tortura configura un derecho humano ilimitado; sin embargo, considero que en realidad el derecho ilimitado es el respeto a la dignidad.

cumpla con los requisitos determinados por el principio de proporcionalidad, no resulta *per se*, una medida anticonstitucional.

Para distintos especialistas la reforma era innecesaria, pues bastaba con recurrir a las reglas genéricas de todo acto de molestia previstas en el propio artículo 16. La Suprema Corte de Justicia de la Nación había explorado la intervención de comunicaciones a través de los requisitos establecidos para el cateo, en una equiparación del derecho a la protección de las comunicaciones con el de la inviolabilidad del domicilio³⁰². Sin embargo, la pretensión de los reformadores fue impedir que se cuestionara la constitucionalidad de esta medida.

Genaro Góngora Pimentel y Alejandro Santoyo Castro señalan que la intervención de comunicaciones tiene como propósito descubrir la estructura de los grupos criminales, las relaciones de éstos con otros iguales y con autoridades con las que estén coludidos, sus planes de operación, recursos humanos y materiales con los que cuentan, entre otros elementos cuyo conocimiento difícilmente se podría obtener sin vigilar las comunicaciones de sus miembros y colaboradores³⁰³.

³⁰² El contenido del criterio emitido por la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue el siguiente: "CATEOS. TELEFONOS INTERVENIDOS. Es verdad que si de autos aparece que la Policía Judicial grabó unas conversaciones telefónicas relacionadas con los acusados, pero no aparece que se haya recabado antes una orden judicial para ello, ni que pericialmente se haya determinado que las voces eran de las personas a quienes se atribuyen, esas cintas carecen de valor probatorio en juicio. El artículo 16 constitucional señala que sólo la autoridad judicial podrá expedir órdenes de cateo, en las que se indicará el lugar que ha de inspeccionarse y los objetos que se buscan, a lo que ha de limitarse la diligencia. Es de notarse que ese precepto fue aprobado en el año de 1917, cuando no eran previsibles para el constituyente los avances técnicos de la electrónica, que permiten realizar, en perjuicio de los particulares, actos tan nocivos como los que previeron en 1917, y de naturaleza sustancialmente semejante. Por lo demás, las garantías individuales protegen (o garantizan) ciertos derechos de los individuos, que se consideran de la más alta importancia para que se pueda decir que se vive en libertad, con dignidad, y no en un Estado policiaco. Y sería una interpretación mezquina de la Constitución la que ignorase los avances de la técnica para permitir la violación de esos derechos. En rigor, el espíritu de la garantía protege a personas, y a sus propiedades y privacidad, y no solo lugares y objetos tangibles, en un sentido material y estrecho. La garantía de los cateos no sólo rige la toma de objetos materiales y tangibles, sino que alcanza a la toma, mediante grabación o escucha, de aseveraciones verbales que un individuo hace con la confianza de que está actuando con derecho de su privacidad, y el acatamiento y respeto de esa garantía exige que la policía no ha de interferir con esa privacidad, sin mandamiento de autoridad judicial, para apoderarse del contenido de conversaciones telefónicas. Las actividades del gobierno al escuchar y grabar conversaciones telefónicas constituyen en rigor, dada la tecnología actual, un cateo, en el significado sustancial del artículo 16. Hay que determinar cuál es el valor protegido por la garantía, y seguirlo protegiendo contra los avances de la tecnología, para evitar que ésta vaya convirtiendo en letra muerta a la garantía. Así pues, debe mediar el juicio imparcial de un funcionario judicial entre los ciudadanos y la intromisión policiaca en sus derechos y en su privacidad. Y para el efecto, lo mismo da que el teléfono utilizado estuviese en un hogar, en una oficina, etcétera, pues el mismo valor de privacidad de la persona, y de sus pertenencias, se viola en ambos casos. Por lo demás es sustancialmente lo mismo efectuar un cateo para apoderarse de una aseveración escrita, que interferir un teléfono para apoderarse del contenido de una aseveración oral. Por tanto, si la interceptación telefónica no estuvo precedida de una orden judicial, se trata de un acto inconstitucional y, por ende, nulo de pleno derecho en sí mismo y en sus frutos". *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 217-228, séptima parte, registro 245021.

³⁰³ Cfr. Góngora Pimentel, Genaro David y Santoyo Castro, E. Alejandro, *Crimen organizado. Realidad jurídica y herramientas de investigación*, Porrúa, México, 2010, p. 203.

Pese a lo anterior, por la importancia que representa la intromisión en la privacidad de las personas por parte del Estado, es necesario tener claro que se trata de una medida extraordinaria de la cual sólo se podrá hacer uso cuando sea indispensable, es decir, estrictamente necesaria y no simplemente más cómoda, conveniente o accesible para la autoridad, en comparación con otras menos invasivas de derechos humanos. Asimismo, la autoridad persecutora debe aportar elementos a fin de justificar que, con la medida se espera obtener datos relevantes para la investigación y el procesamiento, así como justificar la inidoneidad de otros medios para conocer esos datos y, por tanto, deben existir indicios de peso que permitan presuponer que los individuos objeto de la medida, son responsables de la comisión de un delito.

Es por ello que la reforma constitucional –a pesar de que la iniciativa planteaba remitir a la ley secundaria el establecimiento de los requisitos y límites³⁰⁴– dejó claro que esta medida sólo puede ser autorizada por el poder judicial –cuyos órganos son los idóneos cuando los derechos humanos se pueden ver vulnerados– a petición escrita, fundada y motivada, en la que se determinen el tipo de intervención, los sujetos inspeccionados y su duración, por parte de la autoridad federal que la ley faculte –no se entiende por qué dejar a la ley determinar la autoridad federal competente cuando ésta debería ser el Ministerio Público, al ser el encargado de la investigación– o del Ministerio Público local, excluyendo la aplicación de esta medida a las materias electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativa –hubiera sido preferible que se estipulara que la intervención de comunicaciones estaba reducida a la materia penal, toda vez que en la investigación de determinados delitos, puede ser necesario indagar sobre aspectos mercantiles, por ejemplo–, así como cuando se trate de comunicaciones entre el detenido y su defensor –imputado hubiera sido un mejor término a fin de evitar aseveraciones en el sentido de que esta restricción sólo es aplicable cuando se trata de personas detenidas ante la autoridad ministerial, mas no en el resto de

³⁰⁴ Iniciativa con proyecto de reforma a los artículos 16, 21, 22 y 73, fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario de los Debates de la Cámara de Senadores*, 19 de marzo de 1996. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=2&lg=56&ano=2&id=5097>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

la secuela procesal o cuando una persona esté siendo investigada o procesada, pero no sujeta a detención—.

La reforma al artículo 22 constitucional introdujo el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado por delincuencia organizada, así como de los cuales, éste se condujera como dueño. A diferencia del decomiso genérico, esta figura *sui generis* —que se asemeja más a una confiscación prohibida expresamente por el mismo artículo 22— no especificó que operaría sobre aquellos bienes que fueran instrumento, objeto o producto del delito³⁰⁵, sino que simplemente se refirió a “bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño”, lo que quiere decir que si un persona era sentenciada por el delito de delincuencia organizada, podía perder la totalidad de su patrimonio, tuviera un origen lícito o no. Lo mismo aplicaba para los bienes de terceros —no sentenciados por delincuencia organizada— de los cuales el sentenciado se comportara como su dueño.

Este decomiso se trató de justificar argumentado que el sentenciado podría acreditar “la legítima procedencia de dichos bienes”; sin embargo, ello implicaba la inversión de la carga de la prueba en contra de los particulares. Es decir, era el sentenciado, así como los terceros —no declarados responsables de delito alguno— quienes tenían que acreditar que sus bienes no tenían un origen ilícito, cuando en un sistema de justicia penal garantista, debieran ser las autoridades quienes se encarguen de demostrar la comisión de un delito y, por tanto, los bienes que son instrumento, objeto o producto de éste.

La última reforma que merece nuestra atención para efectos del desarrollo de la presente tesis es la tocante al artículo 73, la cual facultó a las autoridades federales para conocer de los delitos del fuero común cuando éstos tuvieran conexidad con los delitos federales. Sin bien esta novedad constitucional no se refería exclusivamente a la delincuencia organizada, su introducción tuvo como

³⁰⁵ Cfr. Artículo 40 del Código Penal Federal.

finalidad la posibilidad de que las autoridades federales conocieran de los delitos-objetivo vinculados con el tipo de delincuencia organizada federal.

Estas modificaciones a la Constitución no pueden ser consideradas, por sí solas, como la introducción de un régimen al que podamos considerar Derecho penal del enemigo; empero, como ya se mencionó, la finalidad era que estas normas sirvieran de sustento a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la cual, como veremos en el apartado siguiente, representó la introducción a nuestro país de una legislación basada en la excepción, fundada en la concepción de un enemigo social, que tiene que ser inocuizado a fin de poder mantener el sistema.

3.2.3. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

La semilla del Derecho penal en contra del enemigo, enterrada en los primeros años de la década de los noventa, germinaría en 1996 con un ordenamiento legislativo que estableció un sistema integral de lucha frente al crimen organizado: la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Este cuerpo normativo, publicado en *el Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996, implicó la creación de un régimen parapenal –que abarcaría las esferas sustantiva, adjetiva y ejecutiva– coincidente con las características del Derecho penal del enemigo, pues se trata de una ley basada en la lógica de que existe un cierto tipo de delincuentes de una peligrosidad mayor a la ordinaria, por lo que las reglas del Derecho penal liberal –tradicional se le ha llamado en un intento de aseverar que está desfasado con la realidad– son ineficaces. Se distingue entre los ciudadanos, que a pesar de haber contravenido lo establecido normativamente, su vulneración es corregida a través de la aplicación de la pena, y ciertos individuos cuya mera existencia atenta contra el modelo social y, por tanto, deben ser combatidos hasta su neutralización bajo los efectos de la prevención especial jakobsiana. Esta ley no tiene como finalidad la protección de

derechos humanos o el establecimiento de un procedimiento orientado y acotado a la impartición de justicia; por el contrario, pretende la inocuización del enemigo.

La idea de promulgar una ley destinada específicamente a dotar a las autoridades de instrumentos de combate en contra del enemigo del Estado mexicano surgió en la Procuraduría General de la República, cuando Samuel González Ruiz, entonces coordinador de asesores del procurador, planteó la necesidad de contar con un ordenamiento que sirviera para hacer frente al problema de la delincuencia organizada³⁰⁶.

Este propósito fue impulsado por el Ejecutivo³⁰⁷, y con el apoyo de éste, se formó un grupo de especialistas –compuesto por académicos y servidores públicos– que tuvo como encomienda estudiar las experiencias en relación con el combate a la delincuencia organizada en países como los Estados Unidos de América, Colombia, Italia, Francia y España³⁰⁸. Con base en esta investigación, se elaboraría el proyecto de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada³⁰⁹, que como ya se mencionó, sería presentado como iniciativa el 18 de marzo de 1996 en la Cámara de Senadores.

La exposición de motivos concibió a la delincuencia organizada como “uno de los problemas más graves por los que atraviesa la comunidad mundial, del que México no escapa”. Para atender este problema, se advirtió la necesidad de una “política criminal integral... que comprenda desde la prevención general hasta la readaptación social especial, pasando por la procuración y la impartición de justicia”³¹⁰. Empero, jamás se mencionó la importancia de atender las causas y

³⁰⁶ Cfr. Brucet Anaya, Luis Alfonso, *El crimen organizado. Origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México*, Porrúa, México, 2001, p. 329.

³⁰⁷ El presidente Ernesto Zedillo en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, afirmó que “se revisaría la legislación penal sustantiva, a fin de que pueda sancionarse de manera directa, efectiva y con mucho (sic) mayor severidad a quienes se organicen para delinquir, o a quienes colaboren con ellos”. Versión electrónica del Plan Nacional de Desarrollo en <http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/pnd.pdf>, consultada el 20 de enero de 2014, 20:30.

³⁰⁸ El resultado de esta investigación corresponde a la obra de Andrade Sánchez, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, Consejo de la Judicatura Federal-Poder Judicial de la Federación-UNAM-Senado de la República, México, 1997.

³⁰⁹ Cfr. Brucet Anaya, *El crimen organizado*, cit., p. 339 y Félix Cárdenas, Rodolfo, “Algunas observaciones críticas a la futura reforma constitucional con especial mención a la delincuencia organizada”, en García Ramírez e Islas de González Mariscal (coords.), *op. cit.*, pp. 64-65.

³¹⁰ Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, *Diario de los Debates de la Cámara de Senadores*, 19 de marzo de 1996. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/in dex.php?ver=sp&mn=3&sm=2&lg=56&ano=2 &id=5097>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

factores sociales y económicos que propician este fenómeno como parte de esa política “integral”.

Las Comisiones de estudios legislativos y de justicia del Senado presentaron el dictamen el 15 de octubre, misma fecha en la que se discutiría y aprobaría este ordenamiento, lo que quiere decir que los legisladores conocieron, discutieron y decidieron sobre esta propuesta, de tanta trascendencia y tan retrograda en varios sentidos, el mismo día, bajo la idea de que se requería urgentemente el uso de las medidas contenidas en la ley, pues su dilación sería impedir que las autoridades cumplieran su función de garantizar la seguridad de los ciudadanos.

En las valoraciones del dictamen se indicó: “Los mexicanos tenemos derecho a vivir en paz y con tranquilidad, a desarrollar nuestras vidas de acuerdo con las reglas que como comunidad nacional nos hemos dado... Los mexicanos no podemos admitir una convivencia de intereses ilegítimos que niegan nuestra base racional de convivencia, que es la ley”³¹¹. En otras palabras, se recalcó que los miembros de la delincuencia organizada debían ser combatidos con los instrumentos contenidos en la ley, en razón de que éstos, por su forma de comportarse en contraposición radical a los estándares normativos de la sociedad, atentaban contra las instituciones del Estado mexicano y además, impedían al resto de la población desarrollar libremente y sin temor su proyecto de vida social, al romper con la seguridad cognitiva del ordenamiento jurídico, argumentos que, como se vio en el Capítulo primero de esta tesis, corresponden al sustento que Günter Jakobs le otorga al Derecho penal del enemigo (*vid.* 1.3.).

Según el criterio de los legisladores, los delincuentes organizados no sólo arremeten en contra de una norma, sino que se oponen a la totalidad del ordenamiento mexicano, por ello, se les debe combatir hasta neutralizarlos, pues de llegar a consolidarse estos grupos delincuenciales se “pondría en entredicho la capacidad de los mexicanos como Estado nacional, como sociedad capaz de

³¹¹ Dictamen al proyecto de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada emitido por las Comisiones de estudios legislativos y de justicia, 15 de octubre de 1996. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=2&sm=2&id=278>, consultado el 16 de enero de 2014, 17:00.

autorregularse por la vía del derecho“, por lo que es indispensable “extirpar un mal que puede ser mortal”³¹². O lo que es lo mismo, hay que acabar con estos enemigos, pues de lo contrario se corre el riesgo de perder todo lo que la sociedad “moderna y democrática” ha construido.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada rompió la trayectoria liberal que había seguido nuestro Derecho penal –aunque siempre con tareas pendientes y desafíos desatendidos– al introducir un modelo penal de excepción, en el que *ius puniendi*, construido, limitado y acotado durante siglos, se vería sustituido por una legislación de guerra, atenta a fines diversos y, por tanto, construido con base en la lógica de la eficacia y no del respeto a los derechos humanos.

Esta ley sería llamada por Sergio García Ramírez “el bebé de Rosemary”, al compararla con la clásica película de terror de Roman Polanski que presenta la historia de una mujer embarazada del engendro del demonio, y que sería el inicio de una nueva generación de seres malignos. Igualmente, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada representa el comienzo de una nueva era de normas que abandonan los principios del Derecho penal liberal en aras de un eficientismo –falso e incrédulo además– fundado en la idea de que con reglas más restrictivas de derechos será posible enfrentar la emergencia –si es que se le puede llamar emergencia a una situación que ha durado varias décadas– del crimen organizado³¹³.

³¹² *Idem*.

³¹³ Así, Sergio García Ramírez sostiene: “En un artículo periodístico publicado en “Excélsior” el 25 de abril de 1996, que dediqué a comentar ese ordenamiento, lo calificué, en uso de un símil cinematográfico, como El bebé de Rosemary. Permítaseme que recupere aquí esa figura, tomada de un filme realizado hace varios años por el director Roman Polanski. En esta historia, el demonio decide engendrar un hijo en el vientre de Rosemary, para iniciar una nueva generación diabólica que tomaría el control del planeta. Vuelvo al tema que vengo desarrollando: la ley secundaria sobre esta materia es una suerte de bebé de Rosemary trasplantado a la vida jurídica; en efecto, constituye el principio de una nueva generación de normas penales: revoca los principios del derecho conocido en México y plantea un régimen punitivo diferente. De esta suerte, abre la puerta hacia horizontes inciertos y caminos intransitados, o bien, transitados y abandonados por razones que conocen perfectamente quienes se han asomado siquiera a la historia de las instituciones penales. ¿A dónde se llega por esta ruta?” *Delincuencia organiza*, cit., p. 89. Asimismo: “En 1996 se expidió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que inició formalmente la desviación del orden penal mexicano. Por ello la denominé el bebé de Rosemary, evocando el nombre de una película de Roman Polanski. En este filme, el bebé se convertiría en un deplorable engendro, que tendría prole. La ha tenido. (...) Inició su crecimiento y ha tenido abundante prole. Lamento no haberme equivocado. Infectó la legislación y la práctica. Creó figuras inconstitucionales. Introdujo mecanismos de negociación entre el Estado y el delincuente, sometiendo a la justicia penal al juego de la oferta y la demanda. Y lo peor: generó una cultura penal que hoy lucha por sus fueros”. “La reforma constitucional de 2007”, cit., p. 203 y *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, cit., p. 51.

La correspondencia entre el Derecho penal del enemigo y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es más evidente si analizamos el contenido de sus preceptos. En ellos es posible observar claramente el adelantamiento de la punibilidad a una fase previa a la tentativa, penas elevadas y en desproporción al adelantamiento de la sanción, reducción de garantías procesales, introducción de medidas inspiradas en una lógica belicista, un régimen ejecutivo especial, entre otros elementos (*vid.* 1.3.3.).

El artículo 2° tipificó a la delincuencia organizada de la siguiente manera: “Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”.

No fueron pocas las voces que manifestaron su inconformidad con este tipo penal, pues llevaba la barrera de la punibilidad a un nivel muy alejado de la comisión del delito: el acuerdo de organización³¹⁴. Dicho precepto fue modificado el 23 de enero de 2009 en atención a la definición de delincuencia organizada introducida en la Constitución por la reforma publicada el 18 de junio de 2008 (*vid.* 3.3.1.1.) para quedar en los siguientes términos:

Quando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada³¹⁵.

El tipo penal no exige que los sujetos activos revistan cierta calidad, pero es necesario que sean tres o más. El bien jurídico tutelado es difuso; de los textos de la iniciativa y del dictamen de primera lectura podemos encontrar referencias a la seguridad pública, la seguridad nacional, la soberanía, la paz, la tranquilidad, el Estado de derecho y la organización comunitaria. Como se vio en el primer

³¹⁴ Así por ejemplo, Miguel Polaino-Orts, defensor del Derecho penal del enemigo, afirma que “organizarse supone ya una anticipación penal, pero el acordar organizarse integra una extrema anticipación de la anticipación, y por eso es plenamente rechazable, pues se aleja desmesuradamente del exigible contenido de injusto material”. *Op. cit.*, p. 471.

³¹⁵ *Diario Oficial de la Federación*, 23 de enero de 2009.

capítulo, este tipo de delitos corresponden a las normas de flanqueo, que tienen como finalidad garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales (*vid.* 1.3.2.), sobre todo por lo que hace a la seguridad cognitiva, es decir, la convicción de parte de la sociedad de que las normas principales –que protegen la vida, la libertad, el patrimonio, etcétera– serán respetadas generalmente, seguridad que se ve materializada al garantizar –o al menos al difundir la idea de que se está garantizando– un contexto de orden social en el que los individuos puedan ejercer libremente sus derechos. En consecuencia, el sujeto pasivo es igualmente difuso, pues el titular de estos derechos corresponde a la sociedad o al Estado en su conjunto.

Se trata de un delito de acción, de resultado formal, de peligro, continuo o permanente, de realización dolosa, simple, unisubsistente, plurisubjetivo y perseguible de oficio. Es importante destacar que se trata de un tipo penal autónomo al de los delitos-objetivo que son especificados en el propio artículo 2°, lo que significa que una persona es responsable por delincuencia organizada, aun cuando los delitos que se proponen realizar, nunca lleguen siquiera al grado de tentativa, pues la sanción se da por ser miembro de la delincuencia organizada, no por cometer los delitos señalados en el mencionado precepto³¹⁶. Esto se corrobora con lo señalado en el artículo 4° de la Ley, que establece que las penas previstas se aplicarán sin perjuicio de las correspondientes a los delitos que se cometan. El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido en este sentido, como muestra de esto el siguiente criterio jurisprudencial del pleno de la Corte:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2o., Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 4o., AMBOS DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA, ES AUTÓNOMO Y NO UNA AGRAVANTE.

Del texto de los artículos 1o., 2o., párrafo primero, y 4o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en relación con su exposición de motivos, se advierte que el

³¹⁶ No obstante que el tipo de delincuencia organizada abre la posibilidad a que una persona sea sancionada sin que se lleven a cabo los delitos-objetivo mencionados en el artículo 2°, Noé Ramírez Mandujano señala que no se conoce ningún caso en el que se haya ejercido acción penal en contra de una persona únicamente por el delito de delincuencia organizada; por el contrario, se utilizan los delitos cometidos como evidencia de la existencia de un grupo criminal organizado. *Cfr.* “La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada a la luz del Derecho penal del enemigo”, en Herrán Salvatti, Mariano *et al.* (coords.), *Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada y corrupción*, Fiscalía General del Estado-Ediciones Coyoacán, México, 2007, p. 198.

solo acuerdo de la organización o la organización misma, que tenga como fin cometer algunos de los delitos precisados en el numeral 2o. citado, es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la ley referida, con independencia de la sanción que le corresponda al ilícito o ilícitos cometidos. Acorde con lo anterior, debe decirse que el ilícito de mérito no es una agravante de los diversos previstos en las fracciones del citado artículo 2o. de la ley en cuestión, toda vez que las circunstancias señaladas denotan **la autonomía del ilícito de delincuencia organizada**, porque le dan vida propia, esto es, para su consumación no requiere de la realización de otra conducta tipificada como delito³¹⁷.

La conducta que se debía realizar para colmar el tipo penal era la de organizarse o acordar organizarse, quedando sólo la primera opción tras la reforma del 23 de enero de 2009. El tipo penal requiere además de un elemento típico subjetivo consistente en que se haga con la finalidad de realizar, en forma permanente o reiterada, ciertas conductas que por sí o unidas a otras, tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos enumerados en el aludido precepto legal.

A pesar de la reforma que acotó el alcance del tipo penal, todavía es evidente el adelantamiento en la punibilidad. De una interpretación literal del artículo 2°, ni siquiera es necesario que la organización que se efectúe sea con el propósito de cometer los delitos-objetivo, sino que se requiere únicamente que la finalidad sea la de realizar una o algunas conductas –lícitas o no– que tengan como fin cometer esos delitos, o bien, que se tenga como propósito realizar conductas que tengan como resultado –querido o no– los mencionados delitos-objetivo.

Así, dentro del tipo penal cabría el comportamiento consistente en que tres personas se hayan organizado para ahorrar dinero (conducta lícita) a fin de comprar los mecanismos necesarios para falsificar papel-moneda. Bajo esta interpretación, se estaría abriendo la posibilidad de sancionar no sólo los actos preparatorios de un delito, sino además, la organización para realizar estos actos de preparación.

³¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, registro 186614, tomo XVI, julio de 2002, tesis P. XXVI/2002, p. 8.

Afortunadamente, la interpretación de los tribunales no ha sido tan amplia, toda vez que se glosó que la conducta sancionada por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada era organizarse para cometer, en forma permanente o reiterada, los delitos especificados en el artículo 2°. En este sentido, el siguiente criterio jurisprudencial:

DELINCUENCIA ORGANIZADA, NATURALEZA DEL DELITO DE.

Conforme al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la hipótesis delictiva se actualiza cuando: tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que en diversas fracciones se precisan de manera limitativa en el propio numeral. De lo anterior se obtiene que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, el aludido delito puede clasificarse como de naturaleza plurisubjetiva, puesto que se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres personas; de comisión alternativa, pues puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de "organizarse, o bien, por el hecho de acordar hacerlo"; ello con la finalidad de realizar conductas que por sí mismas o unidas a otras, que regula a su vez el fin o resultado de cometer alguno o algunos de los delitos que limitativamente se precisan; por tanto, requiere de un elemento subjetivo específico (distinto del dolo), que se traduce en esa particular finalidad; además, puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina "**de resultado anticipado o cortado**" puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización, o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización. Además, es sin duda un delito doloso, en donde el dolo debe abarcar el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor o aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza o acuerda organizarse³¹⁸.

Aun cuando el artículo 13, fracción I del Código Penal Federal señala que "son autores o partícipes del delito: Los que acuerden o preparen su realización", la doctrina siempre ha sido coincidente en el sentido de que a los autores

³¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, registro 174276, tomo XXIV, septiembre de 2006, tesis II.2o.P. J/22, p. 1194. De igual forma, las tesis aisladas: *DELINCUENCIA ORGANIZADA. LOS ARTÍCULOS 2o. Y 4o. DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA NO VIOLAN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS* y *DELINCUENCIA ORGANIZADA. LOS ARTÍCULOS 2o., FRACCIÓN I, Y 4o., FRACCIÓN I, INCISO A), DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO TIPIFICAN LOS MISMOS HECHOS O CONDUCTAS ILÍCITAS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 194, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y, POR TANTO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.*

intelectuales no se les sancionará a menos que el autor material efectivamente lleve a cabo el delito acordado o preparado³¹⁹. Esto no sucede en el caso de la delincuencia organizada, pues el tipo penal se colma con la mera organización.

Dentro de esta línea de interpretación, al resolver sobre si la forma en que los sujetos intervienen al cometer el delito de delincuencia organizada es en coautoría o de forma material y directa, se definió que la conducta sancionada es pertenecer a una organización criminal, aun y cuando no se participe en el acto fundante de la misma. La tesis jurisprudencial es la siguiente:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA FORMA DE INTERVENCIÓN DELICTIVA EN ESTE DELITO SE ACTUALIZA A TÍTULO DE AUTORÍA DIRECTA Y MATERIAL EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 13, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AUN TRATÁNDOSE DE LA INCORPORACIÓN DEL ACTIVO A GRUPOS CRIMINALES PREEXISTENTES.

Se actualiza una inconsistencia técnica referida al fundamento legal que pretende basar la forma de intervención delictiva en el delito de delincuencia organizada conforme al artículo 13 del Código Penal Federal, cuando se invoca en la sentencia la fracción III de dicho numeral, al no resultar aplicable como fundamento. Dicha fracción se refiere a lo que la doctrina denomina autoría ampliada o coautoría por codominio del hecho, la cual implica un supuesto de distribución de actividades necesarias para la actualización del núcleo típico, por ejemplo, privar de la vida en el homicidio o aprovechamiento sin derecho en el robo, pero tal hipótesis no se surte tratándose del delito de delincuencia organizada, pues en éste, de acuerdo con la tendencia derivada incluso de los tratados internacionales en la materia, **se previene como conducta punible la "pertenencia" en sí misma, de manera dolosa, a un grupo delincencial organizado, y no se refiere sólo al acto fundante de la organización sino también a la pertenencia constatada como residuo de la incorporación potencialmente posterior y aceptada;** por tanto, la forma de intervención delictiva en este delito se actualiza a título de autoría directa y material, aun tratándose de la incorporación a grupos criminales preexistentes, **toda vez que el núcleo típico se reduce al verbo rector de "pertenecer" de modo doloso a una agrupación delictiva con los requisitos y las finalidades previstas por la ley** (plurisubjetividad y propósitos delictivos específicos), lo que implica que dicho actuar de "pertenecer" se satura con un acto instantáneo y personal de integrar dicho grupo dadas las condiciones respectivas, y ese actuar se realiza de manera individual y

³¹⁹ Por ejemplo, Castellanos Tena, *op. cit.*, p. 298.

completa sin necesidad de división de actos conformadores de la efectiva comprensión de la conducta punible, que lo es, por ende, en todo caso, a título de autor material, esto es, autoría directa e individual para cada uno de los integrantes (artículo 13, fracción II, del ordenamiento mencionado); acudir a la citada fracción III implicaría confundir la forma de intervención del activo con el carácter plurisubjetivo que caracteriza a la figura delictiva para efectos clasificatorios en relación con la exigencia de un número determinado de sujetos pertenecientes³²⁰.

En consecuencia de todo lo anterior, es posible verificar que el tipo penal de delincuencia organizada corresponde con las características del Derecho penal de autor, toda vez que lo que se sanciona es pertenecer a determinados grupos criminales que se estiman contrarios a los patrones sociales y, por tanto, peligrosos para la comunidad, es decir, se sanciona a un sujeto no por lo que haya hecho, sino porque se estima que es peligroso.

Como se vio en el Capítulo primero, este adelantamiento de la punibilidad se funda en la idea de que, como en la guerra, resulta poco inteligente esperar a que los enemigos cometan sus delitos para que el Estado actúe, es por ello que, con base en la peligrosidad supuestamente manifiesta, se le sanciona, no por lo que ya ha cometido, sino por lo que puede cometer, adelantando la sanción a la fase del *iter criminis* correspondiente a la manifestación, pues el sujeto apenas ha exteriorizado su decisión de cometer un delito. Recordemos que el *iter criminis* se compone de una fase interna, que comprende la ideación, la deliberación y la resolución, y una externa, cuyas etapas son la manifestación, la preparación y la ejecución, siendo esta última etapa la única relevante para el Derecho penal³²¹.

Los delitos-objetivo previstos en el artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada son de muy diversa especie y características. Éstos han sido aumentados a través de múltiples reformas que sólo evidencian la expansión de este derecho penal para enemigos³²². Es válido cuestionarse el motivo de esta

³²⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, registro 2003960, libro XXII, julio de 2013, tomo 2, tesis II.2o.P. J/1 (10a.), p. 1178.

³²¹ Para una explicación más detallada del *iter criminis*, véase Amuchategui Requena, I. Griselda, *Derecho penal*, 3ª ed., Oxford University Press, México, 2009, pp. 43-44.

³²² Al emitirse este ordenamiento se señalaron los siguientes delitos: terrorismo (artículo 139, párrafo primero del Código Penal Federal; por reforma publicada el 28 de junio de 2007, se adicionan los artículos 139 bis y 139 ter en relación con este mismo delito), delitos contra la salud, (artículos 194 y 195, párrafo primero del Código Penal Federal), falsificación o

tendencia ¿Acaso los grupos criminales organizados empezaron a cometer delitos que antes no formaban parte de sus actividades?, o bien, ¿el legislador mexicano fue advirtiendo con el paso del tiempo que la delincuencia organizada tenía un abanico más amplio de posibilidades criminales?

Algunos delitos protegen intereses más bien estatales, como la falsificación o alteración de moneda o las operaciones con recursos de procedencia ilícita; otros en cambio afectan a particulares, como el turismo sexual o la trata de personas. La gravedad de los mismos tampoco es similar, pues los rangos punitivos de cada uno de los delitos son sumamente distintos; podemos encontrar, por ejemplo, una punibilidad de 1 a 3 años de prisión en el caso del acopio de armas de fuego³²³, y otra de 80 a 140 años en caso de privación ilegal de la libertad cuando se prive de la vida al sujeto pasivo³²⁴. Lo que se quiere evidenciar es que no existe un patrón o estándar definido.

Asimismo, no están comprendidos delitos de suma gravedad que a todas luces pueden ser cometidos de forma organizada, como el homicidio o el fraude, lo que los extrae no sólo de las penas a las que está sometida la delincuencia organizada, sino también del severo régimen procesal y penitenciario.

alteración de moneda (artículos 234, 236 y 237 del Código Penal Federal), operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículo 400 bis del Código Penal Federal), acopio y tráfico de armas (artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos), tráfico de indocumentados (originalmente previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población, pero por reforma publicada el 25 de mayo de 2011, este tipo penal pasó al artículo 159 de la Ley de Migración, lo que se especificó en la propia Ley Federal contra la Delincuencia Organizada), tráfico de órganos (artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud), asalto (artículos 286 y 287 del Código Penal Federal o el correspondiente en las legislaciones locales), secuestro (previsto originalmente en el artículo 366 del Código Penal Federal y los correspondientes de las legislaciones locales y, posteriormente, en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro según decreto de reforma publicado el 30 de noviembre de 2010), tráfico de menores (artículo 366 ter del Código Penal Federal y en los correspondientes de las legislaciones locales), robo de vehículos (artículos 376 bis y 377 del Código Penal Federal o los correlativos en la legislación local). Esta lista se fue engrosando, a partir de las siguientes reformas: 11 de mayo de 2004: delitos en materia de derechos de autor (artículo 424 bis del Código Penal Federal); 27 de marzo de 2007: corrupción, pornografía, turismo sexual, lenocinio, trata de personas de menores de dieciocho años de edad, incapaces o de personas que no tengan o capacidad para resistirlo (artículos 201, 202, 203, 203 bis, 204 y 205 del Código Penal Federal); 28 de junio de 2007: terrorismo internacional (artículos 148 bis al 148 quáter del Código Penal Federal); 24 de noviembre de 2011: el tipo previsto en la fracción IV del artículo 368 quáter del Código Penal Federal, en materia de hidrocarburos; 14 de junio de 2012: delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34 y sus respectivas tentativas punibles y 14 de marzo de 2014: financiamiento al terrorismo (artículo 139 quáter y 139 quinquies) y terrorismo internacional (artículos 148 bis al 148 quáter).

³²³ Artículo 83 bis, fracción I *in fine* de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

³²⁴ Artículo 11 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro.

La punibilidad prevista para el tipo de delincuencia organizada depende del delito-objetivo, así como de las funciones que desempeñe el imputado dentro de la organización criminal. Así, tenemos que el artículo 4° prevé las siguientes sanciones:

I. En los casos de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del artículo 2o. de esta Ley:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

II. En los demás delitos a que se refiere el artículo 2o. de esta Ley:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, de ocho a dieciséis años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

Además, el artículo 5° establece dos agravantes, las que de verificarse elevarán la sanción aplicable hasta en una mitad. La primera se da cuando el sujeto activo sea servidor público (se impondrán además destitución e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo o comisión públicos). La segunda agravante se refiere a la utilización de menores de edad o incapaces para cometer cualquiera de los delitos-objetivo.

Con base en lo anterior podemos comprobar la presencia del segundo elemento que Jakobs atribuye al Derecho penal del enemigo: la ausencia de reducción de la pena en proporción al adelantamiento de la punibilidad (*vid.* 1.3.3.1.). A pesar de que el tipo penal abre la posibilidad a que la barrera de la punibilidad se lleve incluso más allá de los actos preparatorios, la sanción puede llegar hasta los sesenta años de prisión, por supuesto, sin perjuicio de las penas

correspondientes a los delitos que en su caso se cometan³²⁵. Además, salvo los delitos contra la salud, la punibilidad no varía según el tipo de delito-objetivo que se pretenda cometer.

Una importante cantidad de tipos penales tienen una punibilidad menor a la delincuencia organizada, lo que demuestra que el criterio del legislador es sancionar al individuo más por el tipo de delincuente que es, que por las conductas que comete.

El dictamen que recayó a la iniciativa de ley señaló que la razón de la punibilidad tan elevada se debía a que la delincuencia organizada era un peligro para la sociedad y el Estado (nótese cómo se hace alusión a la peligrosidad que representan estos grupos y no a los daños que producen), por lo que la pena debía ser ejemplar³²⁶ (no atenta a la readaptación social del delincuente, sino al efecto inhibitorio que pudiera tener en el resto de la sociedad).

El tercer elemento del Derecho penal del enemigo, según la teoría jakobsiana, es la supresión de garantías procesales (*vid.* 1.3.3.4.). En este sentido, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada ofrece una variedad importante de ejemplos, entre ellos:

- a) El arraigo, en detrimento a los derechos de presunción de inocencia y de tutela judicial. El artículo 12 de la ley en comento originalmente señaló que el juez podía autorizar el arraigo por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa, y hasta por noventa días, a solicitud del Ministerio Público, quedando bajo la vigilancia de éste y de sus auxiliares. El precepto caía en cinismo cuando señalaba que esta medida cautelar tenía el objeto de que el afectado participara en la aclaración de los hechos que se le imputaran y así pudiera abreviarse el

³²⁵ Aunque en caso de que el juez imponga la máxima punibilidad prevista en la ley, el artículo 25 del Código Penal Federal establece como límite máximo temporal de prisión sesenta años.

³²⁶ *Cfr.* Dictamen al proyecto de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, *cit.*

tiempo de arraigo³²⁷, como si fuera necesario que una persona se encuentre detenida para poder ejercer su derecho de defensa.

Cabe señalar que el arraigo estaba ya previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales; sin embargo, establecía un plazo máximo más acotado, por lo que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada no remitió a esta figura, sino que la “adaptó” a las necesidades de combate al crimen organizado.

El dictamen de la Cámara de Senadores expresó el temor de que el arraigo se convirtiera “en cuasi detenciones, en las que se carece del más mínimo elemento de prueba que permitiera una consignación ante un juez penal”³²⁸. Ése fue el destino del arraigo, una medida que tiene por objeto detener para posteriormente investigar, cuando lo lógico es que sea al revés. La reforma del 23 de enero de 2009, que fue consecuencia de la enmienda a la Constitución de junio de 2008, modificó este precepto para adecuarlo al contenido de la Ley Fundamental, definiendo nuevos objetivos del arraigo y reduciendo el límite máximo temporal a cuarenta días, periodo que puede ser prorrogado hasta por cuarenta días más. Esta medida restrictiva de derechos humanos será analizada con más detenimiento posteriormente (*vid.* 3.3.1.2).

- b) El artículo 41 señala que la sentencia judicial irrevocable que tenga por acreditada la existencia de una organización delictiva determinada, será prueba plena con respecto de la existencia de esta organización en cualquier otro procedimiento, por lo que únicamente sería necesario probar la vinculación de un nuevo procesado con esta organización para sentenciarlo por el delito de delincuencia organizada. Ello contradice el principio de contradicción, además del artículo 20, apartado A, fracciones II

³²⁷ Cfr. *Diario Oficial de la Federación*, 7 de noviembre de 1996.

³²⁸ Dictamen al proyecto de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, *cit.*

y III que exigen que sea el juez de la causa el que valore las pruebas y que sólo serán consideradas aquéllas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.

Por otro lado, aun cuando no se trate de garantías procesales, el artículo 6° duplica el plazo para que opere la prescripción de la acción penal y la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad aplicables, en contravención al derecho humano a la igualdad. Tomando en cuenta que el artículo 105 del Código Penal Federal prevé que la acción penal prescribirá en un periodo de tiempo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad de que se trate, la prescripción del delito de delincuencia organizada, en su modalidad simple que merece sanción mayor (artículo 4°, fracción I, inciso a), prescribirá en sesenta años, sin tomar en consideración a los delitos-objetivo, cuyo plazo de prescripción también se duplica. Si se aplican las agravantes contenidas en el artículo 5° de la Ley en comento, la extinción de la pretensión punitiva ocurriría en 90 años, lo cual excede incluso la esperanza de vida humana.

Asimismo, se restringen derechos penitenciarios (*vid.* 1.3.3.5.), puesto que se niegan los beneficios de la libertad preparatoria, la condena condicional (artículo 43), el tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena (artículo 44). Es criticable que se niegue de manera tan tajante el tratamiento preliberacional, pues se olvida que éste no comprende únicamente medidas fuera de prisión, sino también, por ejemplo, el otorgamiento de mayor libertad dentro del establecimiento penitenciario³²⁹.

Igualmente se prevé, a partir de la reforma del 23 de enero de 2009, y como consecuencia de la enmienda constitucional del 18 de junio de 2008, la negación al derecho de compurgar sus penas en el centro penitenciario más cercano a su domicilio, la restricción de comunicaciones de inculpados y sentenciados, y la imposición de medidas de vigilancia especial (artículo 45). Sobre este punto y la

³²⁹ El artículo 8° de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados señala: "El tratamiento preliberacional podrá comprender: I.- Información y orientación especiales y discusión con el interno y sus familiares de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad; II.- Métodos colectivos; III.- Concesión de mayor libertad dentro del establecimiento; IV.- Traslado a la institución abierta; y V.- Permisos de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o bien de salida en días hábiles con reclusión de fin de semana".

duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal se regresará en apartados ulteriores (*vid.* 3.3.2. y 3.3.3.2.).

Finalmente, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se trata de una legislación de combate que se distingue del Derecho penal tradicional en cuanto a los instrumentos especiales que son introducidos en esta ley, los cuales tienen como finalidad alcanzar eficacia en la investigación, aun a costa de los derechos humanos. Como ejemplos es posible mencionar:

a) Decomiso

La última parte del artículo 4° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece que, “se decomisarán los objetos, instrumentos o productos del delito”. Hasta aquí se trata de una medida congruente con los principios del Derecho penal liberal; sin embargo, el artículo señala a continuación, “así como los bienes propiedad del sentenciado y aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes”.

Como ya se mencionó en el apartado anterior, esta medida estaba prevista desde la propia Constitución; empero, como ya también se afirmó, por más que el propio artículo 22 de la Carta Magna señale lo contrario, y por más que se le llame de otra forma, se trata de una confiscación –pena inusitada y prohibida por el mencionado precepto constitucional– al implicar la total privación del patrimonio de una persona, bajo una presunción de que la totalidad de los bienes y derechos adquiridos por el responsable de delincuencia organizada han sido adquiridos de manera ilícita.

Aun cuando esta presunción es de tipo *iuris tantum*, ello implica la carga por parte del sentenciado de demostrar que sus bienes tienen un origen legal, cuando, en atención al principio de presunción de inocencia, deben ser las autoridades las encargadas de demostrar el vínculo entre un bien y la comisión de una conducta ilícita.

Además, esta pena resulta trascendente, pues como se puede apreciar en el artículo transcrito, la confiscación abarca los bienes de terceros respecto de los cuales el sentenciado se haya conducido como dueño –con conocimiento o no del propietario–, por lo que la responsabilidad del imputado abarca a personas que no tienen vínculo alguno con la delincuencia organizada.

Como ya se ha mencionado, esta medida se fundamentó en el artículo 22 de la Ley Fundamental; sin embargo, con la reforma publicada el 18 de junio de 2008, dicha figura fue eliminada del texto constitucional, por lo que actualmente el decomiso resulta inconstitucional.

b) Intervención de comunicaciones

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada reguló la intervención de comunicaciones privadas prevista en la Constitución. En el artículo 16 de la ley en comento se señala que el Procurador General de la República o el titular de la unidad especializada en materia de delincuencia organizada solicitarán esta medida por escrito al juez de distrito. El artículo 18 especifica que el juez de distrito deberá constatar que la intervención es el medio idóneo, lo que no significa indispensable, como debiera ser en consideración a los argumentos antes esgrimidos.

c) Agentes infiltrados

Los agentes infiltrados fueron una figura novedosa en nuestro sistema jurídico. Se trata de servidores públicos autorizados por el Procurador General de la República, que se hacen pasar por miembros de las corporaciones criminales investigadas con la finalidad de indagar sobre la organización, formas de operación y ámbitos de actuación de éstas, según lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Se trata de una figura compleja, ya que, a pesar de que se considere que los agentes infiltrados están amparados en cuanto a los posibles actos que realicen con base en la excluyente del delito correspondiente al cumplimiento de

un deber, cabe preguntarse hasta dónde puede llegar el comportamiento de éstos ¿pueden realizar cualquier conducta ilícita, incluso alguna distinta a las comprendidas en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada como el homicidio? De sostener lo contrario, considero que, atendiendo evidentemente a las circunstancias del caso particular, sus conductas estarían justificadas por la excluyente consistente en la no exigibilidad de otra conducta.

d) Delinquentes colaboradores

La Ley prevé distintos beneficios para los imputados por delincuencia organizada que presten ayuda eficaz para la persecución de otros miembros de las corporaciones criminales. No existe claridad acerca de si los beneficios operan únicamente sobre las penas correspondientes al delito de delincuencia organizada, o abarcan también las de los delitos-objetivo que en su caso se cometan. La cuantía del beneficio dependerá del momento en el que se colabore con la autoridad. Así, el artículo 35, fracción I dispone que cuando no exista averiguación previa, la absolución será total, pues no se podrán tomar en su contra, “los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración”. A fin de evitar que un reincidente se valga de este beneficio, la ley aclara que sólo podrá otorgarse en una ocasión.

Cuando ya exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado, pero aporte indicios para consignar a otros miembros, la pena podrá ser reducida hasta en dos terceras partes (fracción II). Después de que se haya ejercido acción penal, el beneficio sólo consiste en una mitad de la sanción, pero en este caso, la colaboración deberá conllevar pruebas suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada que tengan funciones de administración, dirección o supervisión, y no meros indicios como en el supuesto anterior (fracción III).

Se puede acceder a los beneficios incluso después de haber sido sentenciado; en este caso, el colaborador deberá aportar pruebas ciertas para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de

administración, dirección o supervisión. En el supuesto, podrá otorgársele la remisión parcial hasta en dos terceras partes de la pena privativa de libertad impuesta (fracción IV).

El artículo 36 complica el régimen de beneficios antes descrito, pues señala que cuando existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra del colaborador, podrán reducirse las penas hasta en tres quintas partes, siempre y cuando aporte información que se encuentre corroborada con otros indicios y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que él. Este precepto podría llevar al entendimiento de que los beneficios señalados previamente, operarán exclusivamente cuando las pruebas en contra del colaborador que obren en el expediente sean la confesión o demás elementos de prueba ofrecidos por éste. Empero, ello únicamente es posible en el primer supuesto (cuando no exista averiguación previa aún), pues en los otros tres (cuando exista averiguación previa, cuando ya se haya ejercido acción penal y después de dictarse la sentencia) obviamente tienen que existir otros elementos en contra del colaborador para que se den cualquiera de los momentos procedimentales mencionados.

Sobre la legitimidad del uso de los colaboradores se ahondará al analizar lo referente a la reforma constitucional de 2008. Ahora basta señalar que esta medida apuesta por la detención de los líderes de las organizaciones criminales como solución al problema, aun en detrimento de la impartición de justicia.

3.2.4. La reforma constitucional de 1999

El siguiente intento de dotar a las autoridades de un bagaje más amplio de instrumentos destinados al combate a la delincuencia organizada, tendría lugar con una iniciativa de parte del Ejecutivo presentada el 9 de diciembre de 1997 en

la Cámara de Senadores, iniciativa que daría pie, casi dos años después, a una nueva reforma constitucional publicada el 8 de marzo de 1999, que tampoco contribuiría a mejorar la problemática de seguridad padecida por el país.

La iniciativa proponía la incorporación al artículo 20 de la Carta Magna, la posibilidad de continuar el procedimiento penal en ausencia del imputado, siempre que éste hubiera rendido su declaración preparatoria y evadido la acción de la justicia. Con esta medida se pretendía extraer por completo al inculcado del enjuiciamiento penal, pues ni siquiera se tenía previsto permitir la intervención de un defensor, por lo que el procesado hubiera perdido la posibilidad de ofrecer pruebas y argumentos a su favor, así como de restar validez a los elementos en su contra³³⁰.

Por suerte, el Senado no dio luz verde a esta propuesta eliminándola del proyecto. De haber aceptado la iniciativa en los términos propuestos se habría prescindido de uno de los derechos fundamentales que sirve como eje toral del proceso penal: el derecho de defensa, haciendo de los procesados seres a quienes cazar, en vez de titulares de derechos. El objetivo era conseguir más sentencias condenatorias, como si ello fuera evidencia de que la seguridad está siendo resguardada.

La reforma implicó cambios que incidieron en temas diversos³³¹. Por lo que hace a la delincuencia organizada, se incluyó dentro del catálogo de actos de autoridad que no son considerados confiscatorios, una extraña figura: la aplicación a favor del Estado de los bienes asegurados con motivo de una investigación o proceso iniciado por este delito, cuando habiéndose concluido éstos, no hubiera pronunciamiento sobre aquéllos. De esta manera, el artículo 22 constitucional, en la parte conducente, establecía lo siguiente:

³³⁰ Cfr. Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos de América, *Diario de los Debates de la Cámara de Senadores*, 10 de diciembre de 1997. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=2&lg=57&ano=1&id=7106>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

³³¹ La reforma reincorporó el cuerpo del delito como requisito para librar la orden de aprehensión y emitir el auto de formal prisión; se modificaron los requisitos de contenido de éste último, y se estipularía que los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público y los miembros de las instituciones policiales se regirían por sus propias leyes en materia laboral.

(...) La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

De lo anterior se desprende que la Constitución preveía como supuesto, la existencia de una averiguación o proceso iniciado con motivo de la delincuencia organizada, en el cual a pesar de haber concluido, por alguna extraña razón, la autoridad olvidó pronunciarse sobre los bienes asegurados. Si bien una omisión como la señalada es posible, no se encuentra explicación por la cual la Constitución, y no las leyes procesales, fue la encargada de ofrecer una solución al respecto.

La salida prevista fue establecer un procedimiento judicial (sin aclarar si éste se llevaba ante el juez que en su caso hubiera conocido del proceso concluido o ante otro distinto) que tenía por objeto acreditar el cuerpo del delito de delincuencia organizada (¿qué no es ésta la finalidad de la averiguación previa?) y dar derecho de audiencia a terceros interesados en los bienes asegurados.

¿Cuál era la finalidad de establecer un procedimiento posterior a la averiguación previa o al enjuiciamiento penal para determinar el destino de estos bienes? Si la averiguación concluía con el no ejercicio de la acción penal y el proceso penal con una sentencia absolutoria, los bienes del inculpado, que ya no lo era más en virtud de haber concluido la causa penal, sin que se acreditara plenamente el delito o su responsabilidad, entonces lo lógico es que el aseguramiento hubiera sido levantado. En cambio, si la sentencia fue condenatoria, es en ésta en donde el juez debe decretar el decomiso, que

operaba, como se vio al revisar la reforma de 1996, sobre todos los bienes, propiedad o posesión, del sentenciado.

Las medidas incluidas en el sistema jurídico mexicano desde 1993 tuvieron la firme convicción y promesa de acabar con la delincuencia organizada –como si esto fuera posible del todo–, sin embargo, después de más de veinte años de vigencia, nada se ha conseguido. Al contrario, el crimen organizado cada vez es más fuerte, violento y sus efectos inciden más y más en la población.

No obstante, y a pesar de los resultados contraproducentes, el camino emprendido a inicios de la década de los años noventa y radicalizado en 1996 con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, no ha cambiado la dirección. En este contexto y bajo esta fe suicida en las leyes, como único instrumento de cambio y de solución a los problemas del país, se reforma nuevamente la Constitución el 18 de junio de 2008. Se partió de los mismos problemas que los intentos legislativos anteriores, y en un intento falaz por resolverlo se ofreció la misma solución: reducir los derechos fundamentales –de todos– para derrotar a los enemigos del Estado mexicano.

3.3. La reforma constitucional de junio de 2008

Como ya se ha indicado, aun cuando la reforma de 1996 pretendió ser el sustento de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, basta tomar en consideración las medidas antes referidas para concluir que ésta no era compatible del todo con la Constitución, por lo que una nueva enmienda fue necesaria a fin de que las autoridades mexicanas pudieran seguir usando los instrumento especiales de esta ley –que había operado en oposición a la normativa constitucional durante más de diez años– sin temor a la concesión de amparos que dificultarían su cruzada. Así, llegó la reforma de 2008 que acogió

esta consigna y además pretendió armar a las autoridades con nuevos instrumentos de combate.

En un contexto de creciente inseguridad, Felipe Calderón, al asumir la presidencia de la República, definió como uno de los ejes de su gobierno el combate frontal al crimen organizado. Esta política de seguridad sería denominada posteriormente como una “guerra”³³², aunque en realidad, política y guerra sean conceptos incompatibles.

En vísperas de cumplir sus primeros cien días de gobierno, el Presidente Calderón pronunció un discurso en el que señaló: "No daremos tregua ni cuartel a los enemigos de México, a quienes envenenan a nuestros niños y jóvenes... En esta batalla debemos estar unidos más allá de las diferencias políticas, sociales y religiosas y no ceder un sólo espacio al enemigo". Reconoció que sería una batalla larga, costosa, dura y que supondría la pérdida de más vidas humanas, pero que todo ello sería con el objetivo de que la ley prevaleciera sobre la violencia³³³. Empero, Felipe Calderón nunca aclaró cómo compatibilizar la pérdida de vidas, con el objetivo de generar un ambiente de paz.

Bajo esta óptica, el Ejecutivo presentó una iniciativa ante la Cámara de Senadores el 9 de marzo de 2007, en la cual propondría la transformación del

³³² En la ceremonia de clausura y apertura de cursos del sistema educativo militar celebrada el 12 de septiembre de 2008, el Presidente Calderón manifestó: "Hoy nuestro país libra una guerra muy distinta a la que afrontaron los insurgentes en el 1810, una guerra distinta a la que afrontaron los cadetes del Colegio Militar hace 161 años; pero la entrega y la valentía, la rectitud, la dignidad, la lealtad y la vocación de servicio de nuestros soldados son las mismas. Por eso nuestras instituciones militares están en la primera línea de batalla contra el mayor enemigo de nuestro tiempo, que es la criminalidad y sus aliados, la impunidad y la inseguridad. Y con espíritu de cuerpo los soldados de México han puesto en este combate todo su arrojo y capacidad, aún a costa de su propia vida. Inspirados en el ejemplo de los Niños Héroes de Chapultepec, todos los mexicanos de nuestra generación tenemos el deber de declarar la guerra a los enemigos de México; porque, precisamente, sabemos que en esa lucha prevalecerá la Nación, como ha prevalecido en estos casi 200 años de gloriosa Independencia y libertad. Por eso, en esta guerra contra la delincuencia, contra los enemigos de México, no habrá tregua ni cuartel porque rescataremos uno a uno los espacios públicos y los pueblos y las ciudades en poder de malvivientes, para devolverlos a los niños, a los ciudadanos, a las madres de familia, a los abuelos. Por eso ni claudicaremos ni titubearemos en la lucha contra los enemigos de México, porque, entonces, en la historia y ahora ni hemos dado ni daremos un paso atrás. Seguiremos utilizando todos, todos los recursos a nuestro alcance para recuperar el control del Estado y de su territorio en todos sus frentes". Este discurso se encuentra en <http://calderon.presidencia.gob.mx/2008/09/el-presidente-calderon-en-la-ceremonia-de-clausura-y-apertura-de-cursos-del-sistema-educativo-militar/>, consultado el 25 de enero de 2014, 18:30. Esto fue repetido en varias declaraciones, sin embargo, posteriormente, en el *Diálogo por la seguridad* llevado a cabo el 12 de enero de 2011, manifestaría: "Yo no he usado y sí le puedo invitar a que, incluso, revise todas mis expresiones públicas y privadas. Usted dice: Usted ya eligió el concepto de guerra. No. Yo no lo elegí. Yo he usado permanentemente el término lucha contra el crimen organizado y lucha por la seguridad pública y lo seguiré usando y haciendo". Dicha intervención está disponible en <http://calderon.presidencia.gob.mx/2011/01/segunda-intervencion-del-presidente-calderon-en-dialogo-por-la-seguridad-hacia-una-politica-de-estado/>, consultada el 26 de enero de 2014, 19:15.

³³³ Cfr. "Ganaremos la batalla contra la delincuencia organizada: Calderón", *El Financiero*, México, 7 de marzo de 2007, consultado en <http://calderon.presidencia.gob.mx/2007/03/ganaremos-la-batalla-contra-la-delincuencia-organizada-calderon>, 26 de enero de 2014, 19:15.

sistema de justicia penal y, para el tema que nos ocupa, dotar a las autoridades de nuevas armas a fin de ganar la guerra iniciada. Enfáticamente señaló, “México no puede esperar más”³³⁴. En un discurso pronunciado el 10 de agosto de 2007 en la reunión de trabajo con el grupo parlamentario del Partido Acción Nacional del Senado de la República, manifestó que de aprobarse las reformas propuestas, se podría avanzar en la “guerra frontal contra la delincuencia, el narcotráfico y el crimen organizado”³³⁵.

Sin embargo, no fue ésta la iniciativa que iniciaría el procedimiento legislativo que tendría como resultado la enmienda de 2008 –aunque como veremos, el dictamen de la Cámara de Diputados recogería su “espíritu”–. En fechas similares, diputados de distintos partidos políticos presentaron diez iniciativas en la Cámara de Diputados, en las que se plantearon propuestas en muy diversos sentidos y con orientaciones y motivaciones igualmente disímiles³³⁶.

Las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia de la Cámara de Diputados emitirían un primer dictamen el 10 de diciembre de 2007, en

³³⁴ Entre los elementos que proponía la iniciativa y que no fueron incluidos en el proyecto final estaban facultar al Ministerio Público para ordenar la realización de arraigo, cateos e intervención de comunicaciones privadas tratándose de asuntos relacionados con delincuencia organizada sin necesidad de autorización de parte de un juez, aunque sujeta a revisión judicial. *Cfr.* Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 9 de marzo de 2007 del Ejecutivo federal, *Gaceta del Senado*, número 77, 13 de marzo de 2007. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=2&sm=2&id=11710>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

³³⁵ Discurso pronunciado el 10 de agosto de 2007 en la reunión de trabajo con el grupo parlamentario del Partido Acción Nacional del Senado de la República. Versión electrónica disponible en <http://calderon.presidencia.gob.mx/2007/08/el-presidente-calderon-en-la-reunion-de-trabajo-con-el-grupo-parlamentario-del-partido-accion-nacional-del-senado-de-la-republica/>, consultada el 26 de enero de 2014, 19:15.

³³⁶ Estas iniciativas fueron: 1) Iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por el diputado Jesús de León Tello del PAN el 29 de septiembre de 2006; 2) Iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada el 19 de diciembre de 2006 por los diputados César Camacho (PRI), Felipe Borrego Estrada (PAN), Raymundo Cárdenas Hernández (PRD) y Faustino Javier Estrada González (PVEM); 3) Iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada el 6 de marzo de 2007 por el diputado César Camacho Quiroz del PRI; 4) Iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada el 29 de marzo de 2007 por el diputado César Camacho Quiroz del PRI; 5) Iniciativa con proyecto de decreto que contiene reforma a los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada el 24 de abril de 2007 por los diputados Javier González Garza y Raymundo Cárdenas Hernández del PRD, Alejandro Chanona Burguete de Convergencia, Ricardo Cantú Garza del PT y Layda Elena Sansores San Román de Movimiento Ciudadano; 6) Iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 18, 21 y 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 7) Iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 8) Iniciativa con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 9) Iniciativa con proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 10) Iniciativa con proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las últimas cinco presentadas el 4 de octubre de 2007 por los diputados Javier González Garza, Andrés Lozano Lozano, Claudia Lilia Cruz Santiago, Armando Barreiro Pérez, Francisco Sánchez Ramos, Victorio Montalvo Rojas, Francisco Javier Santos Arreola y Miguel Ángel Arellano Pulido del PRD.

el que se indicó que aunque la iniciativa del Ejecutivo de fecha 9 de marzo de 2007 no podía ser formalmente dictaminada al haber sido presentada ante el Senado, los artículos 71 y 72 constitucionales no impedían a las comisiones analizar y recoger su espíritu al versar sobre la misma materia; lo mismo se dijo en relación con una iniciativa presentada por Luis Maldonado Venegas el 4 de noviembre de 2003³³⁷, olvidando con ello que, con base en el principio de legalidad, las autoridades están constreñidas a hacer exclusivamente aquello para lo cual están expresamente facultadas. El desacato a los principios constitucionales sería una pauta que se reflejaría no sólo en el proceso legislativo, sino en el contenido de la reforma que más tarde se aprobaría.

El dictamen no tomó exclusivamente las diez iniciativas de los diputados y las dos adicionales, por el contrario, las comisiones, en un ánimo aparentemente propositivo, incluyeron elementos que no habían sido planteados en ninguna iniciativa, como lo fue la definición de delincuencia organizada en el artículo 16, la incomunicación de los procesados y sentenciados por delincuencia organizada en el 18 y el régimen de colaboradores del numeral 20.

Este dictamen sería aprobado el 12 de diciembre de 2007 con 366 votos en pro, 53 en contra y 8 abstenciones. Fue remitido al Senado para continuar con el trámite correspondiente, en donde las comisiones unidas de puntos constitucionales, de justicia, de gobernación, de seguridad pública y de estudios legislativos segunda emitieron su respectivo dictamen el 13 de diciembre de 2007, dictamen que sería discutido y aprobado el mismo día con 79 votos a favor, 27 en contra y 4 abstenciones; empero, la Cámara de Senadores realizó modificaciones al proyecto³³⁸, por lo que fue remitida a su colegisladora. Las comisiones de

³³⁷ Cfr. Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11 de diciembre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071211-VIII.html>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

³³⁸ En el primer dictamen elaborado en la Cámara de Diputados se propuso facultar al Ministerio Público Federal, con autorización del Procurador General de la República, para tener acceso directo a la documentación fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral y aquella que por ley tuviera carácter reservado cuando tuviera relación con un delito. Asimismo, se autorizaba a la policía para ingresar a un domicilio cuando existiese información o conocimiento de una amenaza para la vida o integridad corporal de las personas. La primera facultad sería eliminada del proyecto en la discusión en el Senado; por lo que hace al acceso al domicilio sin necesidad de orden de cateo, la Cámara de Senadores propuso solamente eliminar las palabras “información o conocimiento de”; sin embargo, la Cámara de Diputados en la segunda discusión prefirió prescindir de plano de esta facultad. Con estas modificaciones se tranquilizó cierto sector legislativo y la

puntos constitucionales y de justicia de la Cámara de Diputados realizaron un nuevo dictamen que sería discutido y aprobado el 26 de febrero de 2008, con 462 votos en pro, 6 en contra y 2 abstenciones. Finalmente, la cámara alta dictaminaría el proyecto el 4 de marzo y lo aprobaría dos días después con 73 votos favorables y 25 en sentido negativo. El proyecto sería remitido a las legislaturas locales y una vez fue alcanzada la mayoría requerida, la reforma constitucional fue publicada el 18 de junio de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación*.

La gran cantidad de iniciativas sobre las que se basó la reforma, así como la intervención de diversas instituciones, organismos públicos, organizaciones de la sociedad civil, académicos, servidores públicos y demás operadores del sistema jurídico³³⁹ –que obviamente participaron con diversas orientaciones e intereses– hicieron que en la reforma confluyeran al mismo tiempo corrientes de talante garantista con otras de corte autoritario. Se trata de una enmienda que, por un lado, hace de la presunción de inocencia el eje rector de un determinado procedimiento –para los amigos o ciudadanos–, pero por otro, introduce una serie de medidas restrictivas de derechos identificadas con el Derecho penal del enemigo. Así, el sistema jurídico penal se escinde desde la propia Constitución, al prever reglas para la averiguación previa, el proceso penal y la ejecución de sentencias especialmente diseñadas para la delincuencia organizada, inspiradas más en una visión de combate que de justicia; por otro lado, se consolida un modelo normativo en el que se fortalecen los derechos y garantías procesales aplicables a todo aquel que no sea considerado como enemigo.

reforma pudo avanzar. Algunos legisladores que se oponían a las medidas retrogradadas de la reforma en un acto de conformismo, optaron por apoyar el proyecto. Así, la diputada Aleida Alavez Ruiz indicó que estaban satisfechos, por el momento, con la eliminación de una gran aberración. También Aída Marina Arvizu Rivas reconoció que la reforma contenía temas pendientes –por lo que hubiera sido razonable que no se hubiera aprobado en ese momento para realizar un examen más profundo–, pero que su grupo parlamentario votaría a favor. *Cfr.* Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11 de diciembre de 2007, *cit.* y *Diario de los debates de la Cámara de Diputados*, 26 de febrero de 2008, año II, sesión no. 9, pp. 80-83. Versión electrónica disponible en <http://cronica.diputados.gob.mx/PDF/60/2008/feb/080226.pdf>, consultado el 16 de enero de 2014, 17:00.

³³⁹ Moisés Moreno Hernández refiere que en los proyectos que sirvieron como iniciativas es evidente la participación de centros de investigación, como el IJ-UNAM, el INACIPE, el CIDE y el ITAM, y provenientes de la sociedad civil, como Red Nacional a favor de los Juicios Orales, Cepolcrim, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Asociación Nacional de Doctores en Derecho, Barra Mexicana Colegio de Abogados, así como de organismos internacionales, como USAID, Proderecho y CEJA. *Cfr.*, "Impactos de las reformas constitucionales en el ámbito de la procuración de justicia", en García Ramírez e Islas de González Mariscal (coords.), *op. cit.*, p. 93.

En este sentido, Sergio García Ramírez ha calificado a la reforma como ambigua, pues a la par que aporta avances, ofrece también soluciones peligrosas. El jurista incluso compara a la reforma con un vaso de agua cristalina y potable, en el que alguien ha agregado unas gotas de veneno³⁴⁰. Habrá que preguntarse en consecuencia, si esas gotas tóxicas corromperán todo el sistema o éste podrá sobrevivir y cumplir con sus objetivos legítimos a pesar de éstas.

Como muestra de lo anterior, la iniciativa presentada el 6 de marzo de 2007 por el diputado César Camacho Quiroz expondría la necesidad de transitar hacia un sistema acusatorio que cumpliera con los principios del debido proceso, pero ello debía alcanzarse sin “falsos garantismos”³⁴¹. Nunca se definió qué era lo que debía entenderse por falsos garantismos, sin embargo, sobre el proceso legislativo permearía la idea de establecer un proceso garante de derechos, pero a la vez otro sistema basado en la idea de eficacia, con merma de los propios derechos que se buscaba defender con el nuevo sistema de justicia penal si era necesario. En este sentido, el mismo legislador, al fundamentar ante el pleno de la Cámara de Diputados el dictamen elaborado, señaló que se buscaba que el “sistema de justicia penal mexicano sea garantista, pero sobre todo más eficaz”³⁴², como si se antepusiera la condena de los responsables del delito al respeto irrestricto a los derechos humanos, cuando en un modelo de justicia propio de una democracia constitucional, ambos fines debieran ser perseguidos en igual medida.

Entre las novedades aportadas por la reforma están: la protección de datos personales, se abandona el uso de los términos “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad penal” para efectos de la emisión de la orden de aprehensión y del auto de vinculación a proceso, para ser sustituidos por la expresión “datos que establezcan que se ha cometido ese hecho (delictivo) y que exista la probabilidad de que el indiciado cometió o participó en su comisión”, se define la flagrancia, se establecen los jueces de control y de ejecución de sentencias, los mecanismos

³⁴⁰ Cfr. García Ramírez, “La reforma constitucional de 2007”, *cit.*, pp. 187-188.

³⁴¹ Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del diputado César Camacho Quiroz, del grupo parlamentario del PRI, *cit.*

³⁴² *Diario de los debates de la Cámara de Diputados*, año II, primer periodo, 12 de diciembre de 2007, volumen II, p. 266. Versión electrónica disponible en <http://cronica.diputados.gob.mx/PDF/60/2007/dic/071212-2.pdf>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

alternativos de solución de controversias, la obligación de los jueces de explicar en audiencia pública las sentencias, el servicio de defensoría pública, se cambia el término “readaptación social” por el de “reinserción”, se prevé la posibilidad de celebrar convenios entre la Federación, los estados y el Distrito Federal para que los reos compurguen sus condenas en prisiones pertenecientes a un fuero distinto de aquél en que fueron sentenciados (antes sólo se preveía la posibilidad de que los presos locales cumplieran sus sentencias en prisiones federales, pero no a la inversa), la sustitución del término “auto de formal prisión” por el de “auto de vinculación a proceso”, la restricción del uso de la prisión preventiva, la fijación de las bases del llamado sistema acusatorio y oral, en el cual se definen con mayor claridad ciertos principios como la presunción de inocencia y la carga probatoria del órgano acusador, la desaparición de la persona de confianza, la posibilidad para la víctima y ofendido de impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en fase de investigación, así como las resoluciones de éste que sean conclusivas o suspensivas del proceso y se abre la posibilidad de que los particulares ejerzan acción penal.

En el proceso legislativo, se identificó la siguiente problemática: 1) el sistema de procuración e impartición de justicia penal no cumple con sus funciones como consecuencia de fallas operativas y de diseño; 2) existe una crisis de seguridad pública que amenaza al Estado mexicano ocasionada, sobre todo por la delincuencia organizada, y 3) la precaria coordinación entre los poderes y órdenes de gobierno para atender los problemas identificados en los primeros dos puntos³⁴³.

Para hacer frente al segundo problema, la reforma propuso la “construcción del andamiaje constitucional que otorgue al Estado mexicano las herramientas que requiere para combatir eficazmente a la delincuencia en general y en especial a la delincuencia organizada”³⁴⁴. Se sostuvo que con ello se brindaría tranquilidad y

³⁴³ Cfr. Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales, de justicia, de gobernación, de seguridad pública y de estudios legislativos segunda, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 de diciembre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=2&sm=2&id=15051>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

³⁴⁴ *Idem*.

seguridad jurídica a los mexicanos y así se podría combatir al crimen organizado con todas las fortalezas del Estado mexicano, con permanencia y efectividad³⁴⁵.

Parecía que los legisladores no estaban del todo conscientes –o simplemente fingieron no estarlo– de lo que representaba este nuevo andamiaje de herramientas para frenar a la delincuencia, puesto que en el dictamen del 10 de diciembre de 2007, las comisiones se mostraron convencidas de que “el derecho del enemigo, donde se busca etiquetar con conceptos predefinidos y artificiales de peligrosidad a quienes se oponen a las decisiones de los grupos de poder, no es la solución para una vida pacífica y democrática de nuestra sociedad”³⁴⁶.

No obstante, en los debates los legisladores afirmaron la necesidad de contar con los instrumentos legales necesarios para enfrentar a los enemigos de México. Así, el diputado Felipe Borrego Estrada, al fundamentar el dictamen del 26 de febrero de 2008, afirmó: “Sabemos quiénes son los auténticos enemigos de México. Enfrentémoslos en el papel que nos corresponde: haciendo leyes y dotando de herramientas a los otros dos poderes para una aplicación y ejercicio en contra de los delincuentes y a favor de las víctimas y a favor de la sociedad”³⁴⁷. Se conjuró “al fantasma del derecho penal de excepción”³⁴⁸ que parecía haber cedido ante la tendencia liberal que había seguido nuestro país hasta inicios de la década de los noventa, y se planteó desde la Constitución un régimen parapenal específicamente diseñado para combatir a la delincuencia organizada.

Las medidas que fueron introducidas por la reforma de 2008 bajo este enfoque fueron las siguientes:

- 1) Llevar al texto constitucional la definición de delincuencia organizada (artículo 16).

³⁴⁵ *Idem* e Iniciativa de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 9 de marzo de 2007 del Ejecutivo federal, *cit.*

³⁴⁶ *Cfr.* Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11 de diciembre de 2007, *cit.*

³⁴⁷ *Diario de los Debates*, LX Legislatura, año II, 26 de febrero de 2008, sesión no. 9, p. 78.

³⁴⁸ Iniciativa con proyecto de decreto, que reforma los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados, número 2207-I, 6 de marzo de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/mar/20070306-1.html#Ini20070306-2>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

- 2) La autorización de arraigo hasta por cuarenta días prorrogables por un plazo igual (artículo 16).
- 3) Restricción al derecho consistente en compurgar una condena en la penitenciaría más cercana al domicilio de sentenciado (artículo 18).
- 4) Centros penitenciarios especiales (artículo 18).
- 5) Restricción de comunicaciones a los sentenciados y procesados por delincuencia organizada con terceros, con excepción de su defensor (artículo 18).
- 6) Prisión preventiva oficiosa (artículo 19).
- 7) Suspensión del proceso y plazo de prescripción en caso de evasión de la justicia o extradición (artículo 19).
- 8) Reserva de datos del acusador (artículo 20).
- 9) Beneficios para los colaboradores (artículo 20).
- 10) Valor probatorio de las actuaciones realizadas en la fase de investigación cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas (artículo 20).
- 11) Extinción de dominio sobre determinados bienes (artículo 22), y
- 12) Federalización de la legislación relacionada con la delincuencia organizada (artículo 73).

Estas medidas serán analizadas en los próximos apartados, con excepción de la federalización de la legislación en materia de delincuencia organizada, al no tratarse de una medida coincidente con el Derecho penal del enemigo.

Algunos de los argumentos a favor de este sistema parapenal esgrimidos durante el proceso legislativo fueron los siguientes:

- a) La consideración de que la realidad había rebasado a la ley, por lo que los instrumentos previos a la reforma eran insuficientes para hacer frente adecuadamente a la delincuencia organizada³⁴⁹.

³⁴⁹ Cfr. Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales, de justicia, de gobernación, de seguridad pública y de estudios legislativos segunda con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 de diciembre de 2007, *cit.*

- b) El peligro que constituye la delincuencia organizada para las instituciones y el Estado, pues amenaza a este último con arrebatarle el monopolio de la violencia, haciéndose además de porciones territoriales en los que implanta sus propias normas y suplanta a las autoridades³⁵⁰.
- c) Los estragos severos en la sociedad causados por los grupos criminales organizados, así como la dificultad que ocasionan al desarrollo del país al inhibir las inversiones y generar temor e inseguridad entre la población³⁵¹.
- d) La complejidad para investigar y, por ende, para acreditar el delito de delincuencia organizada³⁵².

Sobre estas consideraciones recayeron varias manifestaciones en contra, las cuales intentaron, sin éxito, eliminar del proyecto algunas de las medidas más severas del régimen de excepción propuesto o, en otros casos, retrasar la discusión para poder considerar con mayor mesura las implicaciones de la reforma. Los argumentos en contra se pueden resumir en los siguientes términos:

- a) El régimen de excepción abrirá la puerta al autoritarismo y al modelo policiaco, pues con la inclusión en la Ley Fundamental de ese tipo de medidas lo único que se conseguirá será constitucionalizar violaciones a derechos humanos, no sólo de los delincuentes, sino de todos los

³⁵⁰ En este sentido, el senador Pedro Joaquín Coldwell en la discusión ocurrida ante el pleno de la Cámara de Senadores el 13 de diciembre de 2007 advirtió: “El principal adversario, el principal enemigo del Estado mexicano hoy es la delincuencia organizada, porque pretende arrebatarle al Estado el monopolio de la violencia, porque aporta un caudal de confrontación social, que contribuye enormemente a degradar la vida social. (...) La delincuencia organizada, y particularmente el narcotráfico, tienen un efecto corrosivo sobre las instituciones del Estado mexicano, porque le roban al Estado parcelas del territorio nacional, y ahí fijan sus propias reglas, por encima del orden constitucional, que sólo el Estado puede fijar, y ahí ponen sus propios jefes, suplantando a las autoridades constituidas, y muchas veces corrompiéndolas y sometiéndola”. *Cfr. Diario de los debates de la Cámara de Senadores*, número 34, 13 de diciembre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=2&lg=60&ano=2&id=36572>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

³⁵¹ *Cfr.* Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11 de diciembre de 2007, *cit.*, *Diario de los debates de la Cámara de Diputados*, 26 de febrero de 2008, *cit.*, e Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por el Ejecutivo Federal, 9 de marzo de 2007, *cit.* Sobre este punto es reveladora la intervención del diputado Alfredo Adolfo Ríos Camarena, quien señaló: “No tenemos que darles flores a los que todos los días decapitan, asesinan, matan y secuestran”. *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados*, 12 de diciembre de 2007, *cit.*

³⁵² Al respecto, el diputado Silvano Garay Ullola indicó: “Dada la complicidad de la actuación de la delincuencia organizada, en términos de las disposiciones vigentes resulta complicado para la autoridad ministerial integrar debidamente las averiguaciones previas y en las mismas incorporar elementos que acrediten la responsabilidad penal de los ciudadanos”. *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados*, 12 de diciembre de 2007, *cit.*

ciudadanos al nulificar el juicio de amparo. Se dijo que ninguna sociedad que pretendiera ser llamada democrática, dejaba sin derechos a los delincuentes, incluso a los más peligrosos, por lo que al cancelar derechos fundamentales, el Estado sólo estaba perdiendo legitimidad y autoridad. Algunos legisladores calificaron a la reforma como una patente de corso para cometer violaciones de derechos humanos y como un constitucionalismo de reversa, al privilegiar las facultades de las autoridades en vez de los derechos de las personas³⁵³.

- b) La ley no tiene las propiedades de cambio que los legisladores le atribuyen, por lo que de nada sirve cambiar a las instituciones si no se cambian primero a las personas. Se dijo que para combatir al crimen organizado no se necesitan reformas, se necesita voluntad y atender los altos índices de corrupción. Como muestra de este argumento se hizo alusión a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que a pesar de incluir herramientas de investigación utilizadas exitosamente en otros países, en México, el resultado había sido desfavorable³⁵⁴.
- c) Los cuerpos policiacos no están actualmente capacitados para aplicar un régimen de excepción y sólo harán abuso de él³⁵⁵.

³⁵³ De esta manera, las intervenciones de los diputados Jesús Humberto Zazueta Aguilar y Othon Cuevas Córdova en el debate ocurrido el 12 de diciembre de 2007, *cf. Ibidem*, pp. 562 y 594; voto particular del diputado Victorio Montalvo Rosas al dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 21 de febrero de 2008. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/feb/20080221-IV.html#VotosParticulares>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00. Asimismo, la intervención del senador Pablo Gómez Álvarez, *Cfr. Diario de los debates de la Cámara de Senadores*, 13 de diciembre de 2007, *cit.*

³⁵⁴ Así, la iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, suscrita por diversos diputados del grupo parlamentario del PRD presentada el 4 de octubre de 2007. Contradictoriamente, los mismos parlamentarios presentaron otra iniciativa el mismo día en el que se prevén figuras como el arraigo o la prisión preventiva oficiosa cuando el procedimiento se siga por delincuencia organizada. Ambas iniciativas disponibles en *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, número 2355-II, 4 de octubre de 2007. Versión electrónica en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/oct/20071004-II.html#Ini20071004-17>. Asimismo, las intervenciones de los diputados Andrés Lozano Lozano, Jesús Humberto Zazueta Aguilar y Octavio Martínez Vargas. *Cfr. Diario de los Debates de la Cámara de Diputados*, año II, primer periodo, 12 de diciembre de 2007, volumen V, pp. 563, 567 y 570. Versión electrónica disponible en <http://cronica.diputados.gob.mx/PDF/60/2007/dic/071212-5.pdf>. Todas consultadas el 16 de enero de 2014, 17:00.

³⁵⁵ De esta manera, la intervención del diputado Mario Enrique del Toro, quien señaló que hasta contar con policías con espíritu y convicción, sería posible ampliarles sus facultades. *Cfr. Diario de los Debates de la Cámara de Diputados*, 12 de diciembre de 2007, volumen V, *cit.*, p. 571. *f.* el voto particular del senador José Luis Lobato Campos al dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales, de justicia, de gobernación, de seguridad pública y de estudios legislativos segunda con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 de diciembre de 2007, consultable en el *Diario de los debates de la Cámara de Senadores*, número 34, 13 de diciembre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?>

d) Se expresó el temor de que las herramientas para combatir a la delincuencia organizada fueran empleadas en contra de los luchadores sociales del país, los cuales, se afirmó, en muchas ocasiones han sido procesados como miembros del crimen organizado, incluso con pruebas falsas. Se citó como ejemplo lo ocurrido los días 3 y 4 de mayo de 2006 en San Salvador Atenco y Texcoco, cuando tres personas que defendían sus tierras fueron detenidas y posteriormente sentenciadas a 67 años de prisión por el delito de delincuencia organizada. Se reportó que para ese momento existían en México más de 900 presos políticos³⁵⁶. En respuesta a esto, en el dictamen de la Cámara de Diputados se especificó que las medidas destinadas al combate a la delincuencia organizada, no podrían ser aplicadas contra luchadores sociales.

Del análisis hecho en los apartados anteriores se puede concluir que la reforma de junio de 2008 no es la primera en introducir normas especialmente diseñadas para combatir a los llamados enemigos del Estado mexicano. Llevamos más de dos décadas trabajando con éstas; sin embargo, el régimen parapenal nunca había sido tan claro a nivel constitucional. La mayoría de las modificaciones a la Ley Fundamental se ubicaron en el capítulo “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, por lo que la discriminación en el reconocimiento de ciertas prerrogativas fundamentales generó dos modelos penales: el de amigos y el de enemigos. Como ya se mencionó, ello tuvo como principal objetivo, impedir que las normas de combate ya previstas en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada fueran declaradas anticonstitucionales por las autoridades

ver=sp&mn=3&sm=2&lg=60&ano=2&id=36572. Destaca la intervención del senador Pablo Gómez Álvarez, quien aseveró que las autoridades ahora exigían que se ampliaran sus facultades a costa de los derechos, cuando debería ser el Congreso el que exigiera a éstas cumplir con su trabajo, *cfr. Diario de los debates de la Cámara de Senadores*, número 11, LX Legislatura, segundo periodo ordinario, 6 de marzo de 2008, en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=2&lg=60&ano=2&id=36764>. Todas consultadas el 16 de enero de 2014, 17:00.

³⁵⁶ Entre los legisladores que se manifestaron al respecto están: Andrés Lozano Lozano, Aleida Alavez Ruiz y Javier González Garza en la discusión acontecida en la Cámara de Diputados el 12 de diciembre de 2007. *Cfr. Diario de los debates de la Cámara de Diputados*, 12 de diciembre de 2007, *cit.*, pp. 562, 563, 579 y 580. Igualmente, Victorio Montalvo Rosas en su voto particular al dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *cit.*

jurisdiccionales; empero, el objetivo fue rebasado, pues las medidas introducidas fueron más allá de las ya existentes.

En los próximos apartados analizaré una a una las medidas que considero forman parte de este nuevo régimen parapenal y que representan la identificación, desde la propia Constitución, del enemigo del Estado mexicano.

3.3.1. Artículo 16 constitucional

3.3.1.1. Definición de delincuencia organizada

La reforma de 2008 incluyó en el entonces párrafo octavo del artículo 16 (actualmente corresponde al noveno, puesto que por reforma publicada el 1 de junio de 2009, se incluyó un párrafo referente a la protección de datos personales), una definición de delincuencia organizada, la cual sería precisada como “una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”³⁵⁷.

Mucho se ha discutido si esta definición comprende un tipo penal al que sólo falta que el legislador asigne la punibilidad en algún ordenamiento secundario. Algunos son de la opinión de que se trata solamente de los lineamientos esenciales que el legislador ordinario debe tomar en cuenta a fin de desarrollar el tipo penal³⁵⁸. Con independencia de ello, la crítica más recurrente en contra de esta definición es que contraviene la técnica legislativa, según la cual, en la Constitución deben plantearse exclusivamente los principios generales del sistema jurídico, los cuales deben tener una vigencia más o menos duradera, y no

³⁵⁷ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

³⁵⁸ En este sentido, *cfr.* Félix Cárdenas, *op. cit.*, p. 85.

incluirse especificidades que corresponde desarrollar a las normas inferiores y que varían fácilmente³⁵⁹.

Esta crítica cobra mayor importancia si consideramos que esta definición fue incluida en el capítulo de las garantías individuales (hoy, de los derechos humanos y sus garantías), como si se tratase de un derecho a favor de los individuos. La diputada Mónica Arriola, en representación del Partido Nueva Alianza, durante la discusión en la Cámara de Diputados, sugirió que se trataba de una garantía de seguridad que constreñía a todos los niveles de gobierno a proteger a los gobernados de esta forma de criminalidad³⁶⁰. Sin embargo, esta definición fue incluida en el artículo 16, que establece los principios generales de los actos de molestia provenientes de las autoridades, así como algunas restricciones y límites a derechos como la libertad o la inviolabilidad del domicilio, por lo que la opinión de la legisladora parece poco plausible.

También se llegó a manifestar que esa definición se había alojado en la Carta Magna a fin de unificar los múltiples tipos penales que se habían dado en las leyes locales, las cuales se alejaban en ocasiones del artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. No obstante, como bien indica Rodolfo Félix Cárdenas, ello carece de sentido, puesto que la reforma incluye además la federalización de la legislación referente a la delincuencia organizada, por lo que, en atención a esta modificación al artículo 73, fracción XXI, la única definición será la contenida en la ley que el Congreso de la Unión expida en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo sexto transitorio³⁶¹.

Es obvio que no se trata de un tipo penal por sí solo, pues al no establecer la punibilidad correspondiente, no se podría imponer sanción alguna sin violar el principio *nulla poena sine lege*. Entonces, la función de esa definición no es la de

³⁵⁹ Cfr. La intervención de la diputada Aleida Alavez Ruiz en *Diario de los debates de la Cámara de Diputados*, 12 de diciembre de 2007, volumen V, *cit.*, p. 579; Voto particular del senador José Luis Lobato Campos al dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales, de justicia, de gobernación, de seguridad pública y de estudios legislativos segunda, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 de diciembre de 2007, y la intervención del senador Dante Delgado Rannauro, ambos disponibles en el *Diario de los debates de la Cámara de Senadores*, 13 de diciembre de 2007, *cit.*

³⁶⁰ Cfr. *Diario de los debates de la Cámara de Diputados*, 12 de diciembre de 2007, volumen V, *cit.*, p. 557.

³⁶¹ Cfr. Félix Cárdenas, Rodolfo, "Delincuencia organizada", *El Foro*, decimoquinta época, t. XXII, núm. 2, México, 2008, p. 59.

tipificar en la Constitución una determinada conducta, sino que posee un objetivo diverso. El dictamen elaborado en la Cámara de Diputados justificó la necesidad de incorporar esta definición en el hecho de que, al incluir un régimen de excepción para la delincuencia organizada, en el que se restringen varias de las garantías previstas en los primeros veintinueve artículos de la Constitución, las referencias a la delincuencia organizada se incrementarían, por lo que en aras de brindar seguridad jurídica, se define desde la propia Constitución qué es lo que debe entenderse por esta forma de criminalidad³⁶². En consecuencia, la función de la definición de delincuencia organizada es delimitar el ámbito de aplicación del régimen parapenal restrictivo de derechos humanos a los sujetos que se adecuen a la conceptualización contenida en el artículo 16; en términos más simples, se trata de la descripción de quiénes son los enemigos del Estado mexicano.

Algunos van más allá y señalan que la referida definición tendrá el efecto de despejar cualquier duda sobre la constitucionalidad de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de manera integral, o la ley posterior que se emita³⁶³. Considero que esta interpretación es demasiado extensiva, pues de haber nacido con esa intención, no habría habido necesidad de incluir en el texto constitucional todas las medidas a las que nos referiremos posteriormente, pues bastaba que la ley de la materia señalara que son exclusivas para la delincuencia organizada. Como sea, esperamos que los tribunales no asuman esta interpretación.

Aun cuando no se llegue a los extremos arriba mencionados, lo cierto es que esa definición sirve de marco referencial del sistema parapenal que adopta la Constitución, pues precisa contra quiénes procederán las medidas excepcionales diseminadas en el resto de los artículos de la Ley Fundamental.

Podemos resumir a tres los elementos que prevé la definición constitucional de delincuencia organizada:

³⁶² Cfr. Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 11 de diciembre de 2007, *cit.*

³⁶³ Así, Urosa Ramírez, *rev. cit.*, p. 139 y Gómez Álvarez, Pablo, "Comentarios críticos sobre el proyecto de reforma", en García Ramírez e Islas de González Mariscal (coords.), *op. cit.*, p. 58.

1. Una organización de hecho de tres o más personas.
2. Que tenga la finalidad de cometer los delitos que determine la ley en la materia.
3. De forma permanente o reiterada.

Respecto al primer elemento, cabe preguntarse la razón por la que se considera que cuando un grupo tiene como mínimo tres integrantes es susceptible de ser considerado como delincuencia organizada; parece un número asignado más bien arbitrariamente que basado en razones científicas. La locución “de hecho”, según Genaro Góngora Pimentel y Alejandro Santoyo Castro, hace referencia a la pertenencia expresa o tácita a una organización criminal en la que se ejecuta un rol o función específica³⁶⁴.

Por lo que hace al segundo elemento, se deja en manos del legislador secundario determinar cuáles son los delitos en los que puede incurrir la delincuencia organizada. Ciertamente cualquier comportamiento criminal puede ser cometido de forma organizada, el problema aquí es que se usa el término delincuencia organizada como etiqueta atribuible a cualquier delito que se le antoje al legislador ingresar a un tratamiento penal en el que su autor no será considerado como ciudadano, sino como enemigo. Ya se vio al tratar el tema de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (*vid.* 3.2.3.) que la lista de los delitos-objetivo se ha ido engrosando con el devenir de múltiples reformas y que actualmente incluye figuras de muy diversas características y que tutelan bienes jurídicos de desigual valor. El texto constitucional no refirió siquiera que este catálogo debía comprender conductas que afectan los bienes jurídicos de mayor valía, por lo que en México, el ser enemigo no depende de una decisión autónoma de excluirse como había dicho Jakobs, sino del capricho del legislador (*vid.* 1.3.1. y 1.5.).

El tercer elemento parte de la concepción de la estabilidad temporal en las actividades de los grupos criminales organizados, incluso más allá de sus

³⁶⁴ Cfr. Góngora Pimentel y Santoyo Castro, *op. cit.*, p. 54.

integrantes. No obstante, nada impide que tres o más personas se organicen para cometer ciertos delitos en una sola ocasión.

Quedaron fuera de la definición, características que sí figuran en instrumentos internacionales o en aportaciones doctrinarias, aun cuando algunas de ellas habían sido utilizadas como argumentos sobre la necesidad de contar con una legislación especial, tales como el uso de la violencia, la intimidación y la corrupción en la comisión de los delitos-objetivo, la estructura jerárquica, la división de tareas, sus fines preponderantemente lucrativos, que los delitos cometidos afecten severamente bienes jurídicos fundamentales o la capacidad para hacer frente al Estado derivado de sus recursos técnicos, tecnológicos, humanos y económicos. La intención es obvia, no dejar fuera a nadie que pueda identificarse como enemigo, ya que se parte de una lógica según la cual es más conveniente restringir los derechos de más personas –ciudadanos o enemigos–, a que un enemigo sea procesado como ciudadano.

Sin embargo, el dictamen de la Cámara de Diputados expresó que la definición podría verse ampliada por la legislación secundaria agregando más elementos, en un intento de ampliar las garantías en un principio restringidas por la Constitución³⁶⁵, aunque a lo que se quisieron referir las comisiones dictaminadoras, es que con la exigencia de mayores requisitos, se acotaría el campo de aplicación del sistema de derechos reducidos, pues las garantías restringidas serían las mismas, sólo que aplicadas a un sector más delimitado.

Como ya se mencionó, la actual Ley Federal contra la Delincuencia Organizada fue reformada en atención a esta definición constitucional el 23 de enero de 2009, desapareciendo como alternativa de comisión el mero acuerdo de organización.

En consecuencia con todo lo anterior, el problema de la definición se agrava cuando se advierte que para que exista delincuencia organizada y, por tanto, para

³⁶⁵ Cfr. Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 11 de diciembre de 2007, *cit.*

ser sometido a una averiguación, proceso y ejecución extraordinarios –eufemismo para decir, restrictivo de derechos– se requiere colmar elementos muy sencillos, toda vez que basta con un grupo de tres personas que se organicen para cometer alguno de los delitos de la creciente lista prevista en la ley de la materia, y que se planeen perpetrar éstos cuando menos dos veces. Actualmente esta lista incluye varios delitos cuyo máximo punitivo no excede de quince años, y aun cuando no existan objeciones por lo que hace a su sanción, no me parece adecuado afirmar que sus responsables, aunque sean tres o más y se organicen para cometerlos, se han alejado de manera permanente o reiterada del Derecho o que impiden con su sola presencia que la población pueda desarrollar su plan de vida o confiar en la validez de las normas.

Sumado a lo anterior, la reforma constitucional de 2008 sustituyó los conceptos “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad penal”, por “datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”, con la finalidad de reducir el estándar probatorio para emitir la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso y así brindar la posibilidad al imputado de defenderse auténticamente frente a un tercero imparcial y no ante su acusador, en un intento por reducir el protagonismo de este último en el sistema acusatorio. En términos generales, dicho cambio es criticable, puesto que el ejercicio del derecho a defenderse ante el juez no es incompatible con la oportunidad para presentar medios probatorios por parte del indiciado en la fase de investigación; además, los requisitos para iniciar un proceso penal son mecanismos que garantizan que una persona sólo será sometida al aparato jurisdiccional estatal cuando existan elementos suficientes que lo justifiquen. Esta reducción de requisitos llevada al régimen en materia de delincuencia organizada supone someter a los acusados a un régimen procesal que no está orientado a que éstos tengan la oportunidad de defenderse.

Luigi Ferrajoli sostiene que los regímenes jurídicos de excepción han incorporado “fórmulas elásticas y con varios significados que, por su indeterminación empírica y sus connotaciones subjetivas y valorativas, se prestan

a ser usadas como cajas vacías y dar cuerpo a hipótesis sociológicas o a teoremas político-historiográficos elaborados a partir de la personalidad de los imputados o de interpretaciones supuestas y conspiratorias del fenómeno terrorista o mafioso”³⁶⁶.

Con los requisitos tan laxos que contempla la definición constitucional de delincuencia organizada, ésta se erige como una descripción maleable que puede ser amoldada a distintos comportamientos según al legislador le convenga etiquetar a ciertos delincuentes como enemigos y, por tanto, privarles de la titularidad de algunos derechos, ya no sólo a los sentenciados por ciertos delitos, sino a los indiciados y procesados. No son los enemigos, como se afirmó, quienes se autoexcluyen, son los legisladores los que deciden quiénes son amigos y enemigos del Estado.

3.3.1.2. Arraigo

Probablemente, la figura del régimen penal de excepción que ha generado mayor controversia es el arraigo. Fue introducido en el ámbito penal en 1984 con la intención de que una persona estuviera impedida para abandonar una determinada demarcación territorial, por lo que, a pesar de implicar una restricción a la libertad de tránsito, no representaba una medida que afectara de modo sustancial la vida social, familiar y laboral de una persona. Constituía una alternativa menos severa que la prisión preventiva. Empero, tras la promulgación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se incluyó en el orden jurídico mexicano una nueva versión del arraigo, en la cual la persona es recluida en un domicilio específico para ello, modalidad que más tarde adoptarían las leyes procesales de los distintos fueros en una suerte de contaminación del sistema jurídico en relación con el Derecho penal del enemigo.

³⁶⁶ Ferrajoli, *Derecho y razón. cit.*, p. 821.

El 24 de septiembre de 2004, varios diputados del órgano legislativo del estado de Chihuahua promovieron una acción de inconstitucionalidad en contra de diversos actos legislativos, entre ellos, el artículo 122 bis del código de procedimientos penales de esa entidad federativa, que preveía el arraigo decretado por un juez a solicitud del Ministerio Público hasta por treinta días tratándose de delitos graves, siempre que existieran indicios acerca de la responsabilidad penal de una persona y riesgo fundado de que ésta se pudiera sustraer de la acción de la justicia.

Como consecuencia de esta acción de inconstitucionalidad, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que el arraigo era violatorio de la libertad de tránsito y de la libertad personal; por lo que hace a esta última, el tribunal estimó que toda afectación, restricción o privación a este derecho debía estar contemplada en la propia Constitución, razón por la cual, el arraigo fue declarado inconstitucional³⁶⁷.

Ante este panorama, la solución era clara: incluir en el articulado constitucional esta figura, con independencia de haber sido declarada contraria a

³⁶⁷ Cfr. Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Versión electrónica disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=19537&Clase=DetalleTesisEjecutorias>, consultada el 3 de febrero de 2014, 19:30. Esta resolución dio lugar a las siguientes tesis de jurisprudencia: ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El contenido de esta última es: "La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, registro: 176030, tesis aislada, tomo XXIII, febrero de 2006, tesis: P. XXII/2006, p. 1170.

derechos fundamentales. Así, tanto en la iniciativa propuesta por el Ejecutivo el 9 de marzo, como en una de las presentadas por diputados del PRD el 4 de octubre, ambas del año 2007, se planteó la procedencia del arraigo por delitos graves. En la primera se proponía un plazo máximo de treinta días, que podría ser duplicado tratándose de delincuencia organizada. En la segunda, el plazo propuesto era de dos meses en general y de tres para delincuencia organizada³⁶⁸.

La iniciativa del Ejecutivo, desconociendo la necesidad de que las medidas que invadan los derechos de los particulares sean ordenados por una autoridad imparcial, pugnaba porque el arraigo, al igual que la intervención de comunicaciones y las órdenes de cateo, fueran autorizados por la autoridad ministerial en los casos relacionados con delincuencia organizada, toda vez que “en ocasiones acudir a la autoridad judicial dificulta o imposibilita la investigación”³⁶⁹. El presidente Calderón suponía que el órgano encargado de velar por que los actos de autoridad sean respetuosos de los derechos fundamentales, era un obstáculo para su cacería de enemigos.

Finalmente, la enmienda de 2008 constitucionalizó lo declarado previamente inconstitucional, incluyendo el arraigo como una excepción a la libertad personal. Así, el párrafo séptimo (actualmente octavo) del artículo 16 de la Constitución establece que:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público 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 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 días³⁷⁰.

³⁶⁸ Cfr. Iniciativa de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del Ejecutivo federal, 9 de marzo de 2007, *cit.*

³⁶⁹ *Idem.*

³⁷⁰ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

Entre los argumentos que se sostuvieron a favor de esta medida a lo largo del proceso legislativo, podemos mencionar:

- a) La clandestinidad y alta capacidad de los delincuentes organizados para burlar los controles migratorios, por lo que fácilmente pueden evadir la acción de la justicia³⁷¹.
- b) La complejidad de la investigación de este delito, lo que implica en ocasiones, la necesidad de esperar pruebas aportadas por gobiernos extranjeros, por lo que se requiere de mayor tiempo antes de poder consignar ante el juez³⁷².
- c) La situación más favorable de los indiciados arraigados mientras termina la investigación, en comparación con aquellos sometidos a prisión preventiva³⁷³.

Los promotores de la reforma destacaron que una de las bondades de constitucionalizar el arraigo era definir los supuestos limitativos en los que esta figura puede operar; empero, éstos no alcanzan a justificar la necesidad de este instrumento. De acuerdo con el artículo 16 constitucional, el arraigo es procedente:

- 1) Cuando sea necesario para lograr el éxito de la investigación.
- 2) Para protección de personas o bienes jurídicos.
- 3) Cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

El primer supuesto rompe con toda lógica en un sistema procesal garantista, pues en virtud del arraigo, una persona puede estar privada de su libertad hasta por ochenta días sin que sea necesario para ello que se haya acreditado indicio alguno sobre su participación en el delito de delincuencia

³⁷¹ Cfr. Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 11 de diciembre de 2007, *cit.*

³⁷² Cfr. *Idem*. Asimismo, la intervención del diputado Silvano Garay Ulloa en la discusión en la Cámara de Diputados, *cfr. Diario de los debates de la Cámara de Diputados*, 12 de diciembre de 2007, volumen V, *cit.*, p. 557.

³⁷³ Cfr. La intervención del senador Alejandro González Alcocer, en *Diario de los debates de la Cámara de Senadores*, 13 de diciembre de 2007, *cit.*

organizada. Varios especialistas se han referido a esta práctica como detener para investigar, cuando el orden debiera ser a la inversa, es decir, para poder privar a una persona de alguno de sus derechos, es menester investigar y acreditar la comisión de un delito y la culpabilidad del sujeto. Esto ha llevado a Olga Islas de González Mariscal a calificar esta nociva figura como “prisión preventiva anticipada”³⁷⁴.

Además, cabe cuestionarse en qué contribuirá al éxito de la investigación el tener al indiciado en una casa de arraigos, pues sólo cabría esperar que éste, al verse privado de su libertad, opte por incriminarse a sí mismo. A ninguna persona se le puede forzar a confesar, por lo que carece de sentido atribuir al arraigo el objetivo de lograr el éxito de la investigación. Los defensores de esta figura podrán afirmar que de estar libre, el sujeto puede alterar o destruir pruebas en su contra, sin embargo, dada la naturaleza en la que opera el arraigo, éste se ejecuta para investigar, por lo que se está privando a una persona por la simple posibilidad de que existan elementos que lo responsabilicen de la comisión de un delito, es decir, puede no existir certeza de la existencia de medios probatorios a los que hay que salvaguardar.

Mismo argumento es válido en contra del segundo supuesto. Se presume que un sujeto es un peligro para otras personas; no obstante, no se tiene la certeza de ello, pues ni siquiera se han reunido los elementos para poder ejercer acción penal. Como se mencionó antes, se ve al enemigo como un foco de peligro, por lo que contra él todo se vale, incluso privarlo de su libertad sin que exista sentencia condenatoria, o siquiera un proceso. Aun cuando existan indicios de que ciertos sujetos pueden resultar nocivos para otros, este mecanismo no es el único, aunque sea el más fácil, para alcanzar los objetivos de protección buscados.

El tercer supuesto resulta igualmente adelantado. Cómo es posible que una persona evada la acción de la justicia, cuando los órganos encargados de administrarla ni siquiera han conocido del asunto. El momento en que se solicita

³⁷⁴ Islas de González Mariscal, *rev. cit.*, p. 221

esta medida precisamente se caracteriza porque aún no existen elementos suficientes para saber si una persona es merecedora de una sanción, por lo que una afectación como la que implica el arraigo, no puede estar basada en meras posibilidades.

La promesa de que el régimen de excepción sería acotado a la delincuencia organizada estaría frustrada desde un principio. El artículo décimo primero de la reforma del 18 de junio de 2008 facultaría a los agentes del Ministerio Público que determine la ley para solicitar el arraigo en contra de indiciados por delitos graves hasta por un máximo de cuarenta días hasta en tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio (lo que puede ocurrir hasta el 18 de junio de 2016). Como es bien sabido, el catálogo de delitos graves no es precisamente reducido, por lo que está peligrosa figura fue constitucionalizada de manera por demás subrepticia.

Ochenta días son suficientes para afectar radicalmente la vida laboral, social, económica y familiar de una persona, lo que no tiene razón ante el bajo nivel probatorio, por no llamarlo inexistente, para solicitar esta medida. Se trata de una figura totalmente opuesta al principio de presunción de inocencia³⁷⁵, que debiera operar a favor de toda persona sometida a una causa penal y, con mayor razón, para alguien que apenas está siendo investigada. En la búsqueda de enemigos, sin embargo, parece más “seguro” encerrar a una persona aun cuando no se sepa si será objeto de un proceso penal.

El arraigo se trata de una detención, a pesar de que no se le quiera llamar de esa forma y, en este sentido, diversos instrumentos internacionales contemplan el derecho de tutela judicial ante una privación de la libertad³⁷⁶. Según estos instrumentos, toda persona detenida debe ser llevada sin demora ante una autoridad jurisdiccional, con la finalidad de que ésta pueda evaluar la legalidad y la necesidad de la detención y posteriormente resolver la situación del individuo, lo que no sucede en el arraigo, ya que como se ha reiterado, durante casi tres

³⁷⁵ Derecho previsto en los artículos 20, apartado B, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁷⁶ Así el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

meses, una persona puede estar a disposición del Ministerio Público, y aun cuando la orden es decretada por un juez, la intervención de éste es nula durante todo el tiempo que se encuentra privada de su libertad, lo que además la hace vulnerable a situaciones de tortura y tratos inhumanos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido que el mencionado deber no se colma con el simple conocimiento del juez, sino que el detenido debe comparecer y rendir declaración ante éste³⁷⁷.

Asimismo, la jurisprudencia de este órgano ha ido en el sentido de que para poder restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios razonables y hechos específicos que permitan suponer que el individuo es responsable del delito que se le imputa y, por lo tanto, para poder llevarlo a juicio, quedando prohibida la práctica de detener para investigar³⁷⁸.

El 29 de abril de 2011, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal emitió la recomendación 02/2011 en la que constató diversas violaciones a derechos humanos. Calificó a la medida como una restricción a la libertad personal que, por el diseño estructural y normativo, impedía que se acreditara su razonabilidad y que fueran efectivos los derechos de tutela judicial y defensa, lo que la hacía incompatible con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos³⁷⁹.

Refirió que el arraigo había servido para eludir la obligación judicial de revisar la constitucionalidad y legalidad de una detención ministerial bajo los supuestos de flagrancia o caso urgente, pues con posterioridad a éstos, se solicita la orden de arraigo y en caso de ejercer acción penal, la consignación se realiza bajo la modalidad de “sin detenido”. Asimismo, indicó que se carece de un

³⁷⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*, 1º de febrero de 2006, serie C, no. 141, párr. 87 y Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, 25 de noviembre de 2005, serie C, no. 137, párr. 109.

³⁷⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 21 de noviembre de 2007, serie C, no. 170, párrs. 101 y 103; Corte IDH, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, 21 de septiembre de 2006, serie C, no. 152, párr. 90; Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, 17 de noviembre de 2009, serie C, no. 206, párr. 111 y Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, 22 de noviembre de 2005, serie C, no. 135, párr. 198.

³⁷⁹ Cfr. Recomendación 02/2011 de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, disponible en http://directorio.cdf.hdf.org.mx/libros/recomendaciones/2011/Reco02_2011.pdf, consultada el 3 de febrero de 2014, 20:00.

estándar probatorio definido para emitir la orden de arraigo y que no existe un recurso efectivo, pues aun cuando procede el juicio de amparo, al ser una figura prevista en la Carta Magna, éste únicamente puede atender cuestiones de legalidad y violaciones a los límites constitucionales, pero no vulneración a los derechos humanos como consecuencia del arraigo en sí mismo³⁸⁰.

La Comisión también señaló que en diversas ocasiones el arraigo es solicitado con base en la comisión de un delito calificado legalmente como grave, pero la autoridad termina consignando por uno no grave; es decir, esta medida está siendo utilizada para todo tipo de delitos y no sólo para los enemigos del país. Es común el desconocimiento acerca de las razones de su detención, la imposibilidad para comunicarse con un abogado, para consultar la indagatoria y obviamente para recabar pruebas por sí mismo³⁸¹.

Diversos organismos se han pronunciado a favor de la eliminación del arraigo o han manifestado su preocupación por la figura, así la Organización de las Naciones Unidas³⁸², Amnistía Internacional³⁸³ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁸⁴.

El arraigo no sólo constituye una medida lesiva de derechos humanos, sino que también es de demostrada ineficacia. En el *Informe sobre el impacto en México de la figura del arraigo penal en los derechos humanos* presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, elaborado por diversas organizaciones no gubernamentales, se reportó que según información proporcionada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, entre enero de 2008 y mayo de 2010 únicamente el 20.24% de las personas que estuvieran sometidas a un arraigo y posteriormente fueron procesadas, recibieron sentencia

³⁸⁰ Cfr. *Idem*.

³⁸¹ Cfr. *Idem*.

³⁸² Naciones Unidas ha recomendado en múltiples ocasiones al Estado mexicano la desaparición del arraigo; la más reciente tuvo lugar en el *Informe preliminar del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal*. Cfr. Recomendaciones 148.60, 148.61 y 148.62 del Informe. Versión electrónica disponible en http://cmdpdh.org/wp-content/uploads/2013/12/A_HRC_WG-6_17_L-5_Mexicoss-1.pdf, consultada el 3 de febrero de 2014, 20:00.

³⁸³ Cfr. <http://amnistia.org.mx/nuevo/2013/04/26/mexico-reducir-plazos-no-evita-los-abusos-del-arraigo/>, consultada el 3 de febrero de 2014, 20:00.

³⁸⁴ Así se expresó la Relatoría para México de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras realizar una visita de trabajo en el país entre el 26 y el 30 de setiembre de 2011. Cfr. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/105.asp>, consultada el 3 de febrero de 2014, 20:00.

condenatoria³⁸⁵. La Subsecretaría de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, Lía Limón, en el foro *Retos y Acciones del Estado Frente al Arraigo*, celebrado el 20 de febrero de 2013, proporcionó datos menos alentadores, pues reconoció que en los últimos dos años, cuatro mil personas estuvieron sometidas a un arraigo, pero sólo 129 de ellas fueron procesadas, lo que representa el 3.3%³⁸⁶. Esto significa que la enorme mayoría de las personas arraigadas están siendo vulneradas en su libertad personal y de tránsito para nada, lo que demuestra que la práctica de detener para investigar no sólo es violatoria de derechos humanos, sino que sus resultados distan mucho de ser los esperados por quienes confiaron en la restricción de derechos como medida para garantizar la seguridad.

En este contexto el 30 de abril de 2013, la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de reforma constitucional que no soluciona completamente el problema, pues sólo se propone reducir el arraigo a un plazo de veinte días, el cual puede ser extendido hasta treinta y cinco, siempre que existan indicios suficientes que vinculen a una persona con el delito de delincuencia organizada y se faculta expresamente a las comisiones de derechos humanos para revisar la forma en la que se aplica el arraigo, a petición de la persona sometida a esta figura. A cambio de esta reducción, se propone también la ampliación del plazo de retención ministerial hasta por setenta y dos horas adicionales, cuando se trate de los delitos en los que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 constitucional, opera la prisión preventiva oficiosa, siendo imposible para la autoridad investigadora hacer uso de esta prórroga y posteriormente del arraigo³⁸⁷. Hubo manifestaciones en el sentido de que lo verdaderamente necesario era derogar esa figura; sin embargo, se afirmó que “el arraigo no es por sí mismo una institución que lesione

³⁸⁵ Cfr. *Informe sobre el impacto en México de la figura del arraigo penal en los derechos humanos*, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p. 28. Versión electrónica disponible en <http://cmdpdh.org/wp-content/uploads/2013/03/Informe-CIDH-sobre-el-impacto-en-Me%C3%ACxico-de-la-figura-del-arraigo-penal-en-los-derechos-humanos-FINAL.pdf>, consultada el 3 de febrero de 2014, 20:00.

³⁸⁶ Cfr. BOLETÍN-0949: “El arraigo ha violentado los derechos humanos, coinciden ponentes de Foro: Retos y Acciones del Estado Frente al Arraigo”, en <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/periodo-ordinario/boletines/5578-boletin-0949-el-arraigo-ha-violentado-los-derechos-humanos-coinciden-ponentes-de-foro-qretos-y-acciones-del-estado-frente-al-arraigoq.html>, consultada el 3 de febrero de 2014, 20:00. En este foro, representantes de la ONU, Amnistía Internacional, del Congreso de la Unión, CNDH, CDHDF, UNAM, PGR, entre otras instituciones se manifestaron en contra del arraigo.

³⁸⁷ Cfr. *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados, número 3759-II, año XVI, 29 de abril de 2013. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/abr/20130429-III.pdf>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

o vulnere los derechos humanos de los imputados. Son las condiciones en las que se lleva a cabo las que pueden resultar en un daño a la esfera de derechos de los individuos”³⁸⁸. La Cámara de Senadores aún no ha discutido esta propuesta, quedando pendientes además la aprobación de la mayoría de las legislaturas locales para poder enmendar la Constitución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 29/2012, determinó que los congresos locales estaban impedidos para legislar en materia de arraigo, en razón de que el artículo 16 constitucional restringía la aplicación de esta figura a los casos de delincuencia organizada, misma que según lo dispuesto por el artículo 73, fracción XXI es de competencia exclusivamente federal³⁸⁹. Sin embargo, una nueva figura contenida en el Código Nacional de Procedimientos Penales podría estar ocultando al arraigo bajo una denominación distinta. Así, el artículo 155, fracción IV, prevé como medida cautelar “el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada”. ¿Cuál es esa institución a la que hace referencia el código nacional? ¿Cuáles son los alcances de ese internamiento? El Derecho penal ordinario parece estar aprendiendo de los regímenes de excepción, de los cuales imita la ambigüedad de sus términos.

El arraigo es una medida ineficaz y violatoria de derechos humanos, por lo que resulta urgente expulsarla de nuestro sistema jurídico, o al menos restituirla a su modalidad original, en la que se le prohibía a una persona abandonar determinada circunscripción territorial.

³⁸⁸ Iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y décimo primero transitorio del decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, suscrita por los diputados Manlio Fabio Beltrones Rivera, Luis Alberto Villarreal García, Héctor Humberto Gutiérrez de la Garza, Manuel Añorve Baños y Consuelo Argüelles Loya, de los Grupos Parlamentarios del PRI y del PAN, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, año XVI, número 3744-V, 9 de abril de 2013. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/abr/20130409-V.html#Iniciativa1>, consultada el 22 de enero de 2014, 13:00.

³⁸⁹ Cfr. Acción de inconstitucionalidad 29/2012, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 6, t. 1, mayo de 2014, p. 219, consultado en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=25013&Clase=DetalleTesisEjecutorias>, 5 de febrero de 2014, 21:00.

3.3.2. Artículo 18 constitucional

3.3.2.1. Centros penitenciarios especiales

El artículo 18 sentó las bases de lo que podríamos llamar el Derecho penitenciario del enemigo, pues en este numeral fueron definidos el lugar en donde habrán de ser reclusos los procesados y sentenciados por delincuencia organizada, así como la forma en la que se ejecutará el internamiento.

La necesidad de neutralizar a los enemigos del país ha llevado a erigir fortalezas penitenciarias de máxima seguridad a fin de segregar a los criminales que ponen en riesgo a la sociedad. El primer centro penitenciario de máxima seguridad se instaló en 1991 en Almoloya de Juárez. Desde entonces, la constitucionalidad de dichos penales ha sido cuestionada, por lo que en aras de poner fin al debate, la enmienda de 2008 estableció en el párrafo noveno del artículo 18 la siguiente fórmula:

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. (...) ³⁹⁰

La razón oficial para justificar la necesidad de estos centros especiales fue el hecho de que los “integrantes del crimen organizado deben compurgar sus penas en centros penitenciarios que cuenten con la seguridad y las instalaciones necesarias para la protección de su integridad, disminuyendo los riesgos de fuga o violencia interna”³⁹¹. Se presume, en consecuencia, que los delincuentes que encuadran en la definición del artículo 16 constitucional, son seres violentos y altamente propensos a darse a la fuga, por lo que se necesita de instalaciones especiales para su vigilancia –desconociendo que en muchos casos, las fugas se

³⁹⁰ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

³⁹¹ *Cfr.* Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales, de justicia, de gobernación, de seguridad pública y de estudios legislativos segunda con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 de diciembre de 2007, *cit.* Asimismo, la iniciativa de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del Ejecutivo federal, 9 de marzo de 2007, *cit.*

han perpetrado con la colaboración del personal de las penitenciarías—. Se invoca la integridad de los reclusos, pero cabe preguntarse de quién necesitan ser protegidos ¿de otros reos reputados como violentos? ¿de los servidores públicos encargados de la seguridad y control de los centros penitenciarios, quienes pueden afectar su integridad para evitar su fuga?

A fin de incluir las novedades constitucionales, la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados fue reformada el 23 de enero de 2009, para señalar en el artículo 6° que la reclusión preventiva y la ejecución de penas en casos de delincuencia organizada se llevará a cabo en centros especiales de alta seguridad, lo que también podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad en razón de diversos supuestos que prevé la propia norma, los cuales básicamente se refieren a que el sujeto ponga en riesgo a otros reclusos, sea necesario para la seguridad del interno, cometa conductas presuntamente delictivas, haya indicios de que acuerda o prepara otros delitos desde el penal o cuando así lo determine el perfil clínico criminológico³⁹².

Gracias a la previsión constitucional en comento, en los casos de delincuencia organizada no es necesario acreditar ninguno de los supuestos arriba mencionados, pues el sujeto que se organiza para delinquir se reputa como peligroso. La lógica es: se trata de un enemigo, y lo natural es que de los enemigos se desconfíe.

La presunción se extiende de los sentenciados por delincuencia organizada, es decir, los sujetos de enemistad comprobada, a los procesados por este delito, quienes son enemigos probables. Así, el proceso deja de ser un mecanismo enfocado a determinar la responsabilidad penal de un individuo, para ser un dispositivo beligerante por virtud del cual se concibe, es mejor restringir los derechos de todos, a conceder un beneficio al enemigo o, en este caso, al posible enemigo.

³⁹² Cfr. *Diario Oficial de la Federación*, 23 de enero de 2009.

3.3.2.2. Restricción al derecho a compurgar las penas en la penitenciaría más cercana al domicilio del sentenciado

El uso de los centros penitenciarios de máxima seguridad para los miembros del crimen organizado se opone, en determinados supuestos, a un derecho introducido en la Constitución el 14 de agosto de 2001: compurgar las penas privativas de libertad en las penitenciarías más cercanas al domicilio del sentenciado³⁹³. Este derecho había sido incluido en el marco de una reforma que buscaba fortalecer los derechos de los integrantes de los pueblos indígenas; empero, fue extendida a todo recluso al ser considerado un medio para facilitar la reintegración social del delincuente³⁹⁴. El problema radicaba en que no existen centros penitenciarios de máxima seguridad en cada entidad federativa, por lo que a fin de evitar la posible contradicción entre el derecho mencionado y los centros especiales para albergar a los sentenciados por delincuencia organizada, la reforma penal de 2008 modificó el artículo 18 en los siguientes términos:

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad³⁹⁵.

La restricción a este derecho contraviene lo establecido en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1988, que establece en el principio 20: “Si lo solicita la persona

³⁹³ Cfr. *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 2001.

³⁹⁴ La reforma supuso cambios en los artículos 1, 2, 4, 18 y 115 de la Constitución. Esta enmienda se venía gestando desde varios años atrás; sin duda fueron significativos los acontecimientos iniciados en 1994 en Chiapas protagonizados por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN). Tras la reforma, el artículo 2° constitucional establece que la nación tiene una composición pluricultural sustentada en sus pueblos indígenas, a los que se les reconoce el derecho a la libre autodeterminación.

³⁹⁵ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

detenida o presa, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual”³⁹⁶.

José Raymundo Cornejo Olvera destaca el doble sistema que se puede apreciar en el artículo 18 constitucional, ya que en primer lugar, en un sentido garantista, establece como fin del sistema penitenciario la reinserción social del sentenciado y establece los medios para lograrlo (trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud, deporte y, tras la reforma publicada el 10 de junio de 2011, el respeto a los derechos humanos), otorgándole además la facilidad de compurgar su sentencia en la penitenciaría más próxima a su domicilio en atención a este fin. Se trataría en este caso del Derecho penal aplicable al ciudadano que ha cometido un error, pero que se puede reparar simbólicamente a través de la aplicación de la pena. Inmediatamente después, se hace presente el Derecho penal del enemigo, pues este beneficio es restringido para aquellos que, se estima, se han desviado definitivamente del camino del Derecho³⁹⁷.

Mientras que en el Derecho penal para el ciudadano, el fin de la pena privativa de la libertad es la reinserción social, en el Derecho penal para el enemigo, en los términos descritos por Günter Jakobs, lo es la prevención especial, entendida por este autor como la función de contener a los enemigos del país para así evitar que puedan concretar los graves delitos que se proponen (*vid.* 1.3.). En este sentido, reintegrar al delincuente enemigo a la sociedad resulta una idea absurda, pues contra ellos, cualquier tratamiento criminológico se presume ineficiente.

Genaro Góngora Pimentel y Alejandro Santoyo Castro sostienen que la reclusión en centros especiales de los sentenciados por delincuencia organizada es congruente con el sistema penitenciario postulado por la Constitución, ya que al

³⁹⁶ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2006.pdf>, consultado el 12 de enero de 2014, 20:00.

³⁹⁷ Cfr. Cornejo Olvera, José Raymundo, “Breves reflexiones sobre el derecho penal del enemigo y delincuencia organizada”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, año 4, núm. 7, junio, México, 2009, pp. 155-156.

segregar a estos sujetos, se evita que contaminen a otros reclusos –que no son enemigos–, atendiendo así a un fin de readaptación social general³⁹⁸.

Con independencia de que la clasificación en los centros penitenciarios es un recurso para alcanzar los objetivos de reintegración social, la necesidad de evitar que algunos sujetos que han cometido delitos de mayor impacto social convivan con otros reclusos, no debe implicar abandonar la idea de resocialización del delincuente.

El derecho de compurgar una pena privativa de libertad en la penitenciaría más cercana al domicilio del reo tiene como finalidad impedir que se rompan los lazos de éste con su familia, amigos y demás miembros de la comunidad, lo que indudablemente favorece la posibilidad de reinsertarlo exitosamente en la sociedad. Al restringir este derecho, el Derecho penitenciario del enemigo se desvincula del sistema basado en la idea de incluir nuevamente a un individuo dentro de una comunidad, lo que representa un retroceso en la búsqueda por la humanización de la pena.

3.3.2.3. Restricción de comunicaciones y aplicación de medidas especiales

La prisión afecta uno de los derechos más preciados del ser humano: la libertad personal. Los penitenciaristas contemporáneos han pugnado por la humanización de ésta bajo la consideración de que debe ser respetuosa en todo momento de la dignidad; es por ello que se considera que su ejecución no debe ir más allá de la restricción de la libertad. Empero, esta consideración no opera tratándose de la política penal adoptada en contra de los enemigos, pues al tomárseles como focos de peligro, lo importante es efectivizar a cualquier costa la función de prevención especial (*vid.* 1.3.). En este sentido, la reforma de 2008 estableció como parte del derecho ejecutivo del enemigo, la posibilidad de

³⁹⁸ Cfr. Góngora Pimentel y Santoyo Castro, *op. cit.*, p. 251.

incomunicación y aplicación de medidas especiales a fin de disminuir en la mayor medida posible el contacto de estos sujetos con el mundo exterior. Así, el último párrafo del artículo 18 de la Ley Fundamental, en la parte conducente, señala que:

Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley³⁹⁹.

El dictamen elaborado en la Cámara de Diputados se limitó a invocar la “alta peligrosidad”⁴⁰⁰ de los delincuentes organizados para justificar la necesidad de la incomunicación y las medidas especiales como parte de la ejecución de la pena de prisión en relación con estos individuos. Las comisiones dictaminadoras no señalaron por qué o respecto a qué se consideran como peligrosos a los miembros del crimen organizado. Comentaristas de la reforma han referido que lo que se pretende evitar es que estos sujetos mantengan vínculo con otros integrantes de los grupos a los cuales pertenecen, con el objetivo de impedir que sigan cometiendo otros delitos desde el interior de las prisiones, así como posibles escapes, por lo que se les segrega tanto del exterior de los penales como de otros internos⁴⁰¹. Recuérdese que la finalidad que los defensores del Derecho penal del enemigo atribuyen a la pena es apartar a éste del resto de la sociedad, a fin de evitar, o al menos crear la ilusión de que se está evitando, que éstos sigan atentando contra el orden jurídico (*vid.* 1.3. y 1.4.2.).

La norma constitucional dejó varios elementos a desarrollar por el legislador ordinario. En primer lugar, cabe preguntarse cuáles son las autoridades competentes que pueden decretar la incomunicación o las medidas especiales.

³⁹⁹ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

⁴⁰⁰ Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 11 de diciembre de 2007, *cit.*

⁴⁰¹ En este sentido, *cfr.* Reyes Loaeza, Jahaziel, *El sistema acusatorio adversarial a la luz de la reforma constitucional*, Porrúa, México, 2012, p. 232 y Góngora Pimentel y Santoyo Castro, *op. cit.*, p. 253. En la discusión de la reforma en el pleno del Senado, Pablo Gómez Álvarez señaló que había “ingenuidad legislativa”, pues eran precisamente los defensores —con quienes la norma constitucional prohíbe la restricción de comunicaciones— los que servían como intermediarios entre los reclusos por delincuencia organizada y sus grupos, por lo que la incomunicación no resolvía en nada el problema que se pretendía atender. *Cfr. Diario de los debates de la Cámara de Senadores*, 13 de diciembre de 2007, *cit.*

Hubiera sido deseable que desde el texto constitucional, se restringiera esa facultad a las autoridades judiciales, pues como ya se ha reiterado, éstas son las indicadas para actuar cuando un derecho puede verse limitado, sobre todo considerando que la propia reforma prevé la inclusión de los jueces de ejecución de sentencias⁴⁰². La posibilidad de facultar a una autoridad diferente ya se materializó en la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que en su artículo 6° faculta al juez instructor del proceso durante éste, y al director del reclusorio de que se trate, con ratificación posterior del consejo técnico interdisciplinario, una vez que exista sentencia definitiva.

En segundo lugar es necesario plantearse qué tipo de medidas especiales son las permitidas por la Constitución. La previsión constitucional no debe legitimar cualquier invasión de derechos a pesar de que se haya usado una fórmula genérica. El artículo 14 bis de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados precisa estas medidas⁴⁰³, contemplando desde acciones sencillas como el cambio de dormitorio, hasta otras más severas que impiden cualquier forma de privacidad como la vigilancia permanente.

Por último, corresponde a la ley definir quiénes serán los “otros internos” que requieren medidas especiales. Con esta previsión, las medidas que originalmente eran planteadas para los miembros de la delincuencia organizada, es decir, para los enemigos, se extienden peligrosamente a otros reclusos. Se cumple el gran temor profetizado por muchos, de que las normas de este régimen de excepción contaminarían al Derecho penal del ciudadano.

⁴⁰² Sin embargo, los jueces de ejecución de sanciones penales entran en operación junto con el resto del sistema procesal acusatorio, lo que puede suceder hasta el 18 de junio de 2016, mientras que las normas ejecutivas relacionadas con la delincuencia organizada entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* según lo preceptuado por los artículos primero y segundo transitorios. Hasta en tanto, se puede facultar a jueces penales a fin de limitar la facultad de ordenar estas medidas restrictivas de derechos humanos al Poder Judicial.

⁴⁰³ Las medidas previstas son: instalación de cámaras de vigilancia en los dormitorios, módulos, locutorios, niveles, secciones y estancias; traslado a módulos especiales para su observación; cambio de dormitorio, módulo, nivel, sección, estancia y cama; supervisión ininterrumpida de los módulos y locutorios; vigilancia permanente de todas las instalaciones del centro penitenciario; aislamiento temporal; traslado a otro centro de reclusión; aplicación de tratamientos especiales que determine la autoridad penitenciaria; suspensión de estímulos; prohibición de comunicación vía Internet. El artículo remata con una clásica fórmula que se traduce en inseguridad jurídica mencionando “las demás que establezcan las disposiciones legales aplicables”.

Miguel Ontiveros critica duramente esta expresión, pues sostiene que la alusión a “los otros” constituye la introducción en la Constitución de un Derecho penal de autor que no parte de hechos, sino que se refiere a ciertos individuos que por sus características o peligrosidad serán sujetos a medidas especiales⁴⁰⁴.

El artículo 6° de la ya mencionada Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados define los supuestos bajo los cuales se puede decretar la incomunicación o la aplicación de medidas especiales. Éstos consisten esencialmente en impedir que el interno obstaculice la investigación o el proceso penal; cometa o intente cometer conductas probablemente constitutivas de delito; evada la acción de la justicia y realice o intente realizar actos que pongan en peligro bienes relevantes como la vida, la seguridad de los centros especiales o la integridad de otras personas. El dictamen formulado en la Cámara de Diputados había contemplado también hipótesis en las que la seguridad del propio recluso fuera la que estuviera en riesgo⁴⁰⁵. Sin embargo, la ley concibió a las medidas especiales únicamente como susceptibles de aplicarse a un sujeto peligroso y no para alguien que necesite protección.

Estos supuestos tienen que ser acreditados en cualquier caso, por lo que vale cuestionarse si verdaderamente es necesario contar con un régimen de excepción, o bien, los fines de seguridad y protección buscados, se pueden alcanzar a través de las normas ordinarias del Derecho penitenciario.

Es grave que la ley no contemple un procedimiento previo a la emisión de la medida en el que se garantice el derecho de audiencia para controvertir la necesidad de ésta, sobre todo si se considera, como se indicó, que las medidas especiales y la incomunicación pueden ser ordenadas por el director del penal, con aprobación posterior del consejo técnico interdisciplinario. Tampoco hay un

⁴⁰⁴ Cfr. Ontiveros Alonso, Miguel, “¿Quiénes son “los otros” en la reforma constitucional?”, en Peñaloza, Pedro José (coord.), *Narcotráfico, crisis social, derechos humanos y gobernabilidad. Una agenda para el futuro*, Porrúa, México, 2010, pp. 67-70.

⁴⁰⁵ El Dictamen se refirió a situaciones de “peligro evidente de terceros hacia el propio interno” –como en el caso de ex miembros de instituciones policiacas–. Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 11 de diciembre de 2007, *cit.*

límite temporal o la previsión de evaluaciones periódicas acerca de si las razones que motivaron cualquier medida aún persisten.

Ni la Constitución ni la ley determinaron los terceros con respecto a los cuales se comunicará al procesado o sentenciado por delincuencia organizada, lo que abre la posibilidad de que este aislamiento sea total, con la excepción de su defensor, es decir, salvo la comunicación necesaria con el personal de las penitenciarías, se puede llegar al punto de prohibir todo contacto humano, lo que indudablemente atenta contra la dignidad humana al hacer de la prisión no sólo una medida privativa de libertad, sino de toda sociabilidad.

De llegarse a este punto, nuestro país estaría contraviniendo normas pertenecientes al Derecho internacional de los derechos humanos, como lo son el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁰⁶, los principios 1⁴⁰⁷ y 15⁴⁰⁸ del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, el principio 1 de los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos⁴⁰⁹ y los artículos 37⁴¹⁰, 57⁴¹¹ y 61⁴¹² de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. La incompatibilidad con los derechos fundamentales se da al interior de la propia norma constitucional, pues el artículo 20, apartado B, fracción II, prohíbe y ordena la sanción penal de cualquier acto que implique incomunicación.

Esta restricción de derechos es más grave si se toma en cuenta que la Constitución equiparó una vez más a los sentenciados con los procesados, cuya

⁴⁰⁶ “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

⁴⁰⁷ “Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

⁴⁰⁸ “A reserva de las excepciones consignadas en el párrafo 4 del principio 16 y el párrafo 3 del principio 18, no se mantendrá a la persona presa o detenida incomunicada del mundo exterior, en particular de su familia o su abogado, por más de algunos días”.

⁴⁰⁹ “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos”.

⁴¹⁰ “Los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas”.

⁴¹¹ “La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son afflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación”.

⁴¹² “En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella”.

enemistad no ha sido comprobada, en violación al principio de presunción de inocencia; lo anterior en contravención al artículo 10. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que exige un tratamiento distinto para los procesados en atención a su condición de personas no condenadas.

3.3.3. Artículo 19 constitucional

3.3.3.1. Prisión preventiva oficiosa

La prisión preventiva ha sido cuestionada durante siglos, sobre todo, porque implica la privación de la libertad de una persona que no ha sido condenada por delito alguno a pesar de que, en teoría, se reputa como inocente. El Derecho internacional de los derechos humanos ha pugnado por la limitación de esta figura; sin embargo, abandonar la prisión preventiva provoca temor entre muchas autoridades acostumbradas a un sistema inquisitivo de justicia penal. Esta lucha de criterios se hace patente en la reforma de 2008, la cual estableció en su párrafo segundo:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud⁴¹³.

Fueron dos las iniciativas que propusieron restringir el uso de la prisión preventiva, aludiendo a la necesidad de ajustar la normativa constitucional a los

⁴¹³ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

estándares internacionales; la inflación de la lista de delitos considerados graves y que les corresponde en consecuencia esta medida cautelar; la sobrepoblación carcelaria y los enormes costos económicos que implica mantenerla. En ambos casos se proponía condicionar la prisión preventiva a determinados supuestos, como el riesgo de fuga o necesidad de protección de terceros; extremos que debían ser acreditados, es decir, no se proponía definir a un conjunto de delitos para los cuales, de oficio, se decretara la prisión preventiva. A cambio, los requisitos para ejercer acción penal serían reducidos, pues se estimaba más adecuado que el imputado ejerciera su derecho de defensa ante un juez de manera más pronta, bajo la consideración de que el inicio del proceso no afectaría su libertad, por regla general⁴¹⁴.

Las comisiones dictaminadoras en la Cámara de Diputados corrompieron esta intención, ya que si bien disminuyeron los requisitos para ejercer acción penal al sustituir el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal por categorías más simples, la moderación del uso de la prisión preventiva fue menor a la planteada por las iniciativas, pues como se puede apreciar del texto arriba transcrito, aun cuando se estableció como regla general que la prisión cautelar sólo procedería cuando otras medidas no fueran suficientes para lograr ciertos fines, también incluyó una lista de delitos en los cuales la institución en comento procede de oficio, entre los cuales, por supuesto, se contempla a la delincuencia organizada.

No es consecuente con un sistema de justicia penal, basado en la presunción de inocencia, que una persona tenga que defenderse estando en prisión, lo que obviamente disminuye sus posibilidades de conseguir pruebas. Si bien, esta presunción de inocencia debe ser compatibilizada con el interés general de que las leyes penales sean efectivas, el equilibrio buscado debe orientar la reducción de la prisión preventiva únicamente a la necesidad de asegurar la

⁴¹⁴ Las iniciativas fueron presentadas el 19 de diciembre de 2006 y el 24 de abril de 2007; la primera suscrita por diputados del PRI, PAN, PRD y PVEM y la segunda por diputados del PRD, Convergencia y PT. Cfr. *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, año X, número 2155-I, 19 de diciembre de 2006. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2006/dic/20061219-I.html#Ini20061219-8> y *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, número 2239-IV, 24 de abril de 2007. Versión electrónica en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/abr/20070424-IV.html#Ini20070424-11>. Ambas consultada el 16 de enero de 2014, 17:00.

comparecencia del acusado, lo que se puede lograr a través de distintos instrumentos menos lesivos, por lo que la prisión preventiva debe estar reservada a casos verdaderamente extraordinarios. Así se señala en diversos instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.3⁴¹⁵.

La necesidad de cautela no puede ser presumida, sino que tiene que estar sustentada en pruebas idóneas atentas al caso concreto, por lo que no es justificable definir un catálogo de delitos en los que, ante su imputación por sí sola, lleven a la convicción de que el acusado evadirá la acción de la justicia. Tanto el acusado por un delito de bagatela, como alguien al que se le procesa por delincuencia organizada, deben ser presumidos inocentes hasta no existir una sentencia que confirme su responsabilidad penal.

Como señala Sergio García Ramírez, la reforma estableció una doble solución: “una, racional y juiciosa (porque juzga, mediante razones, antes de resolver), otra, irracional y prejuiciosa (porque hace lo contrario: niega de antemano)”⁴¹⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que de conformidad con el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que una detención sea legal debe adecuarse a los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes expedidas de conformidad con ésta, pero además, de acuerdo con el artículo 7.3, la detención no debe ser arbitraria, es decir, debe ser respetuosa de los derechos fundamentales⁴¹⁷, para lo cual, entre otros elementos, se exige que sea necesaria –estrictamente indispensable y la

⁴¹⁵ “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

⁴¹⁶ García Ramírez, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, cit., p. 103

⁴¹⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, serie C, no. 110, párr. 83; Corte IDH, *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 2003, serie C, no. 103, párr. 65; Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, serie C, no. 100, párr. 125; Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador...*, cit., párr. 90; Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, serie C, no. 114, párr. 98 y Corte IDH, *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de enero de 1994, serie C, no. 16, párr. 47.

menos lesiva de derechos entre las medidas disponibles⁴¹⁸ y excepcional –por regla general el procesado debe llevar su juicio en libertad⁴¹⁹. Los fines compatibles con la Convención, según el criterio de la Corte, son asegurarse que el imputado no impida el desarrollo del proceso y evitar el peligro de fuga⁴²⁰, ya que en atención al principio de presunción de inocencia, se trata de una medida con alcances estrictamente cautelares, por lo que no debe atribuírsele fines punitivos⁴²¹. En este sentido, la prisión preventiva no puede operar atendiendo a hipótesis generales o a la gravedad del delito imputado⁴²².

Este elenco de delitos, que oficiosamente llevan a quienes son imputados de ellos a prisión preventiva, impiden que se juzgue si ésta es ineludible o, por el contrario, existen otras medidas cautelares menos invasivas de derechos. No es excepcional, pues por lo que hace a estos delitos, operará siempre; tampoco se puede evaluar si las necesidades procesales se han presentado. En consecuencia, la forma en la que actualmente está prevista la prisión preventiva en nuestra Constitución, hace de ella una detención arbitraria y, por tanto, anticonvencional.

El Código Nacional de Procedimientos Penales intenta regresar la excepcionalidad a la prisión preventiva con resultados modestos. El artículo 167 *in fine* autoriza al juez a prescindir de la prisión preventiva oficiosa y sustituirla por otra medida, cuando así lo solicite el Ministerio Público, con la autorización del procurador general o de aquél en quien haya delegado dicha atribución, por no ser proporcional para lograr la comparecencia del imputado, el desarrollo de la investigación o la protección de víctimas, testigos y de la comunidad. Aun cuando representa un avance, el afectado por la prisión preventiva no puede cuestionar la

⁴¹⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, cit., párr. 93 y Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, cit., párr. 107.

⁴¹⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, cit., párr. 67; Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, cit., párr. 121; Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, cit., párr. 106 y Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, cit., párrs. 106 y 180.

⁴²⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, cit., párrs. 91 y 193; Corte IDH, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, cit., párr. 90 y Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, cit., párrs. 111 y 121.

⁴²¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, cit., párr. 121; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, cit., párr. 206 y *Caso Tibi vs. Ecuador*, cit., párr. 180.

⁴²² Cfr. Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, cit., párrs. 68 y 69.

proporcionalidad de esta medida, quedando a expensas de la buena voluntad del agente del Ministerio Público.

Fue Beccaria quien se refirió a la prisión cautelar como una pena sin sentencia en la que “se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convictos; porque la prisión es más bien un castigo que una custodia del reo”⁴²³. El camino para renunciar a la prisión preventiva es largo, pero no podemos permitirnos dar pasos atrás en la búsqueda de una auténtica presunción de inocencia.

3.3.3.2. Suspensión del proceso y del plazo de prescripción de la acción penal

Como se ha mencionado previamente, entre los legisladores estaba presente la idea de que los delincuentes organizados tienen una alta capacidad para evadir la acción de la justicia y para evitar su detención, ya sea al esconderse dentro del territorio mexicano o fuera de sus fronteras. Igualmente, se ha considerado al crimen organizado como un problema de seguridad trasnacional, por lo que la cooperación entre los distintos Estados se estima indispensable para afrontarlo adecuadamente. En este sentido, y con el espíritu de evitar que ningún enemigo evada el castigo, la reforma de 2008 estableció en el texto constitucional la suspensión del proceso y del plazo para que opere la prescripción de la acción penal en los siguientes términos:

Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal⁴²⁴.

⁴²³ Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 285.

⁴²⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

Tanto la suspensión del procedimiento como la interrupción del plazo de prescripción de la acción penal se encuentran reguladas en los ordenamientos penales sustantivos y adjetivos. El Código Federal de Procedimientos Penales, en el capítulo tercero, sección segunda del título décimo primero, regula la suspensión del procedimiento, incluyendo el supuesto en que el inculcado evada la acción de la justicia; sin embargo, la normativa procesal tiene como finalidad esencial que el procedimiento no pueda seguir su curso sin la presencia del imputado en aras de respetar sus derechos de defensa y de audiencia, y no existe disposición en el sentido de que el plazo de prescripción de la pretensión punitiva se suspende igualmente. En los mismos términos el artículo 331, fracción I del Código Nacional de Procedimientos Penales. Caso contrario de la Ley Fundamental, que pretende evitar que las sanciones puedan expirar en el caso de la delincuencia organizada.

La prescripción de la acción penal tiene como objetivo dotar de certeza jurídica a los individuos acerca del tiempo en que puede actuar el aparato estatal, así como evitar que éste recurra al *ius puniendi* a capricho. En este sentido, la interrupción del plazo de prescripción está prevista en los artículos 110, 111 y 112 del Código Penal Federal y sus hipótesis de operación se refieren esencialmente a las actuaciones realizadas por las autoridades para investigar el delito y para obtener la comparecencia del imputado. La interrupción se encuentra acotada, pues el artículo 110 sólo autoriza la ampliación del plazo de prescripción hasta en una mitad, y de conformidad con el numeral 111, no puede operar cuando ya haya transcurrido cuando menos la mitad del periodo requerido para la extinción de la pretensión punitiva.

La Constitución –que en teoría es el documento legal orientado a la protección de los derechos fundamentales– corrompe estas dos instituciones, pues basado en un ánimo de reducir cualquier posibilidad de que los enemigos eviten la respuesta del poderoso Leviatán, suspende ilimitadamente el tiempo de prescripción –no obstante la duplicidad del plazo ya prevista en el artículo 6° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que sumada a las elevadas

punibilidades atribuibles a este delito, así como a las de los delitos-objetivo, hacen, en muchos casos, de la prescripción algo incompatible con la esperanza de vida humana—, pues la enemistad, a diferencia de la delincuencia, es perenne.

La posibilidad de prescripción que ya es bastante escasa en términos generales dados nuestros elevados rangos punitivos, es casi imposible en el régimen contra la delincuencia organizada. Aun cuando existe una prescripción *de iure, de facto* es prácticamente imposible.

Para que opere la norma constitucional son necesarias una condición y una de dos causas alternativas. La condición es que ya se haya emitido el auto de vinculación a proceso, y las causas se refieren a que el imputado evada la acción de la justicia, o bien, que éste sea puesto a disposición de un juez extranjero, lo que tendría lugar como consecuencia de distintos actos de cooperación judicial como la extradición o la entrega ante la Corte Penal Internacional.

La condición parece haber sido decidida arbitrariamente, pues este requisito implica que si todavía no hay vinculación se debe entender en consecuencia que operan las reglas generales de la prescripción. En cuanto a los dos supuestos posibles, es pertinente señalar que, la evasión de la justicia, aunque se le atribuye una consecuencia extrema, cuando menos es imputable al procesado; situación muy diversa en relación con la hipótesis de puesta a disposición ante un juez foráneo, toda vez que en este caso, se lleva al procesado ante una jurisdicción diversa —no importa si es México el país encargado del castigo, mientras se le castigue—, dejando en estado de incerteza e inseguridad al individuo acusado de un delito, quien tendrá que esperar a que el tribunal extranjero lo absuelva o condene, y en este último caso a que cumpla su sentencia, para que su proceso en México continúe, en contravención al derecho al acceso a la justicia efectiva y pronta, previsto en los artículos 17 constitucional⁴²⁵, 14.1 del Pacto Internacional

⁴²⁵ “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”.

de Derecho Civiles y Políticos⁴²⁶ y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴²⁷.

La reforma, que en otros aspectos parece tan sensible de la situación de las víctimas mexicanas, parece no tomarlas en cuenta en este punto, pues ellas también tendrán que esperar a que el Estado extranjero lleve a cabo las actuaciones que desee en relación con el acusado, para que en nuestro país se resuelva si tienen derecho o no a la reparación del daño.

3.3.4. Artículo 20 constitucional

3.3.4.1. Reserva del nombre y datos del denunciante y de la víctima

Uno de los grandes obstáculos que impiden enfrentar el problema de la impunidad, es el miedo de las víctimas, testigos y otras personas de llevar a conocimiento de las autoridades hechos constitutivos de delitos. Éste no es un problema exclusivo de la delincuencia organizada, empero, ésta genera, sin duda, mayor temor en la sociedad. Ciertamente, cuando una persona, sea víctima o no, decide colaborar en un procedimiento, es posible que el delincuente tome represalias. En un intento de resolver esta situación se establecieron derechos de protección en el artículo 20 de la Carta Magna. El texto respectivo señala lo siguiente:

B. De los derechos de toda persona imputada:

⁴²⁶ “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

⁴²⁷ “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

(...)

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;⁴²⁸

Estos dos preceptos autorizan la posibilidad de reservar los datos que puedan llevar a identificar a denunciantes⁴²⁹, víctimas y ofendidos. Se trata de un tema delicado que implica la colisión de dos derechos; por un lado, la necesidad de protección de las personas que se ubiquen en cualquiera de las calidades mencionadas y, por otro, el derecho de defensa del imputado que debe ser lo más amplio posible.

Los que defienden que el derecho de defensa no se ve transgredido afirman que el imputado siempre conocerá los hechos que se le atribuyen, así como las pruebas en su contra. En caso de que se oculte la identidad de una persona que atestigüe en su contra, el inculpado podrá conocer siempre el contenido de la declaración y aportar argumentos y pruebas en contra⁴³⁰.

De acuerdo con Jahaziel Reyes Loaeza, la finalidad de que un procesado conozca quién es el acusador es para dar certeza de que no se trata de una

⁴²⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

⁴²⁹ Aunque la Constitución usa el término “acusador”, a lo que se refiere realmente es al denunciante, pues el acusador es el Ministerio Público; de referirse a este último se estaría autorizando a los “fiscales sin rostro”. *cfr.* García Ramírez, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, *cit.*, p. 147.

⁴³⁰ *Cfr.* Iniciativa de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del Ejecutivo federal, 9 de marzo de 2007, *cit.*, 17:00 y Góngora Pimentel y Santoyo Castro, *op. cit.*, p. 178.

investigación creada artificialmente por las autoridades⁴³¹. Por lo que hace al conocimiento de la identidad de las víctimas y ofendidos, en ocasiones resulta indispensable para poder defenderse íntegramente acerca de los hechos imputados, por ejemplo, cuando el objeto del delito es el propio sujeto pasivo, pues sobre ésta recae la conducta, por lo que no se pueden separar fácilmente el comportamiento realizado y la persona sobre la cual recayó el resultado.

Sobra decir que los dos derechos necesitan ser protegidos, por lo que será necesario buscar soluciones en las que tanto la necesidad de protección de ciertas personas, como la oportunidad de defensa adecuada puedan coexistir. Lo que sin duda es cuestionable es que el artículo 20, apartado C, fracción V abra la posibilidad a una interpretación según la cual, en todos los casos relacionados con delincuencia organizada, al igual que violación y secuestro, sea necesario reservar la identidad de víctimas y ofendidos a fin de garantizar su seguridad, lo que permitiría a los jueces decretar esta medida sin acreditar su indispensabilidad o incluso sin establecer una motivación más allá de la entidad delictiva imputada.

Igualmente, existen supuestos distintos a los tres delitos mencionados en los que la seguridad de las víctimas se puede ver amenazada, por lo que resulta más adecuado prescindir de criterios excepcionales para optar por la aplicación de medidas que si bien sean restrictivas de derechos, atiendan a casos concretos en los que las autoridades expongan y acrediten sus motivos.

Una solución intermedia es adoptada por el Código Nacional de Procedimientos Penales, que en su artículo 109, fracción XXVI, establece como un derecho a favor de víctimas y ofendidos el resguardo de su identidad y demás datos personales cuando se trate de menores de edad o sujetos pasivos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, violencia familiar, secuestro o trata de personas. Además, esta medida puede ser impuesta cuando el órgano jurisdiccional considere que es necesario para su protección. Al igual que lo hace la Constitución, el código procesal presume que todos los casos vinculados con ciertos delitos ameritan el resguardo de los datos de la víctima en vez de asumir

⁴³¹ Cfr. Reyes Loaeza, *op. cit.*, p. 233.

como regla general la necesidad de que la autoridad demuestre en cada caso concreto la idoneidad y necesidad de este resguardo de datos.

3.3.4.2. Beneficios al colaborador

Una de las instituciones incorporadas en el nuevo sistema de justicia penal es el principio de oportunidad, por virtud del cual el Estado puede prescindir de su pretensión punitiva en determinados supuestos. Generalmente, esta figura está asociada a delitos considerados de poco impacto social, por lo que se estima más apropiado –humano, social o razonable– no sancionar al sujeto aun cuando sea responsable. Sin embargo, el régimen de excepción en materia de delincuencia organizada reorienta esta institución para dar entrada a la negociación penal, que consiste en ofrecer una serie de beneficios, que fueron tratados *grosso modo* en el punto referente a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (*vid.* 3.2.3), a cambio de información que permita procesar a otros miembros del grupo organizado de que se trate. El segundo párrafo del artículo 20 constitucional, apartado B, fracción III establece que: “La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada”⁴³².

La iniciativa presentada el 19 de diciembre de 2006 por diputados pertenecientes al PRI, PAN y PRD, señaló que el principio de oportunidad se introducía a fin de que las autoridades pudieran emplear “criterios de eficacia y eficiencia en el combate al delito y la administración de la justicia penal”, lo que no debe traducirse en “un ejercicio arbitrario de la acción penal o de la administración de justicia”, sino que se establece para “contar con recursos que se han probado

⁴³² *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

eficaces en otras latitudes y que no vulneran los derechos fundamentales de nadie”⁴³³.

Esos criterios de eficacia y eficiencia se refieren a una lógica de costo-beneficio, según la cual se estima más retribuable conceder ciertos beneficios a una persona que se consideraba responsable de los delitos más terribles para el país, si con ello se puede dismantelar a la organización completa, conociendo sus planes o contando con los elementos para sentenciar a sus altos mandos, en contra de quienes resulta más difícil reunir elementos de prueba al ser usualmente los autores intelectuales, mas no materiales⁴³⁴; de ahí que se estime sumamente importante endurecer el régimen punitivo en relación con los delincuentes organizados, ya que se considera que ante una mayor amenaza, se contarán con mayores márgenes de negociación.

Párrafos atrás mencioné que en el Derecho penitenciario del enemigo se dejaba atrás el objetivo de readaptar socialmente al delincuente; no obstante, sí existe una forma de reintegrar a los enemigos: el arrepentimiento, pues una vez que el delincuente organizado decide colaborar con la autoridad en contra de sus antiguos compañeros, demuestra su fidelidad al ordenamiento jurídico y su lealtad hacia el Estado, y así, su enemistad es perdonada.

Como señala Luigi Ferrajoli, este régimen se basa en la lógica amigo/enemigo según la cual, el procedimiento penal tiene como objetivo no tanto indagar y juzgar la verificación de determinados hechos, sino sobre la oposición, aún presente, del individuo en relación con el ordenamiento jurídico. Así, el profesor italiano afirma que:

Se entiende la perfecta coherencia entre este esquema y la ley sobre arrepentidos, que indica no sólo un medio sino también un fin. En esta lógica, la confesión y, sobre todo, la colaboración mediante la denuncia de los copartícipes funcionan de hecho como resultados no sólo procesal sino también penalmente

⁴³³ Versión electrónica de la iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 19 de diciembre de 2006, *cit.*

⁴³⁴ En este sentido, *cfr.* Pérez Daza, Alfonso, “Sistema procesal acusatorio y delincuencia organizada”, en Herrán Salvatti, Mariano *et al.*, *Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada y corrupción*, *cit.*, p. 221.

relevantes. Con ellas, el imputado, más allá de la relevancia y quizá del fundamento de sus revelaciones, forma filas con la acusación y da la prueba visible y cierta, más que de su culpabilidad o de la de sus compañeros, de su elección de campo anticriminal. De este modo, el proceso se convierte en el lugar en que no sólo (o no tanto) se comprueba sino que (o como) se constituye directamente el presupuesto sustancial de la pena; donde no sólo se prueba sino que se pone en práctica directamente y se define el carácter de “amigo” (arrepentido, disociado o similares) o de “enemigo” del imputado según se ponga o no de parte de la acusación frente a la defensa, cuyo papel tendría sin embargo derecho a representar. Evidentemente, tras esta subjetivación del tema del proceso todas las garantías procesales clásicas –del principio de contradicción a la carga de la prueba, de la defensa a la presunción de inocencia– terminan despojadas de sentido⁴³⁵.

Para algunos, negociar con los delincuentes implica el reconocimiento de la incapacidad de las autoridades para cumplir con su función de acuerdo con los principios penales liberales⁴³⁶. Esta transacción se opone al objeto del proceso penal descrito en el artículo 20, apartado A, fracción I, consistente, entre otros aspectos, en procurar que el culpable no quede impune. Lo cierto es que la justicia deja de ser la pretensión del procedimiento penal, pues es sustituida por la constatación del grado de enemistad en un ánimo de absolución de los arrepentidos.

3.3.4.3. Valor probatorio de las actuaciones realizadas en la fase de investigación

La última restricción que establece el artículo 20 en relación con la delincuencia organizada es la contenida en el segundo párrafo de la fracción V del apartado B, referente a la posibilidad de valorar las diligencias realizadas durante la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público y los cuerpos policiacos, antes de que el juez encargado de emitir sentencia tome conocimiento del asunto.

⁴³⁵ Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 822.

⁴³⁶ Cfr. Islas de González Mariscal, *rev. cit.*, p. 226 y Cornejo Olvera, *rev. cit.*, p. 160.

El texto constitucional señala lo siguiente: “En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra”⁴³⁷.

Es extraña la ubicación de esta norma, puesto que la citada fracción V establece en su párrafo primero un derecho de publicidad en las actuaciones judiciales; empero, la excepción que se está haciendo tiene que ver con la fracción III del apartado A del mismo artículo 20, la cual señala: “Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio”. Este principio del sistema acusatorio tiene como finalidad garantizar la imparcialidad y la inmediación del juez, pues implica la obligación de tomar en consideración exclusivamente aquellas pruebas que se desahoguen en su presencia, lo que implica que todos aquellos elementos que fueron obtenidos durante la fase previa al proceso propiamente dicho y de los que se pretenda hacer uso en éste, tales como testimoniales, periciales o incluso la prueba confesional, deberán ser repetidos en presencia del juez, a fin de que éste pueda valorarlos directamente sin tener que conceder que lo practicado por el agente del Ministerio Público, o incluso por el juez de control, es válido por el simple hecho de haber sido realizado por una autoridad. Así, se busca que el juzgador parta de cero y sin mediar prejuicio alguno al momento de dictar sentencia.

Asimismo, se pretende garantizar en la mayor medida posible el derecho de contradicción a favor de todo imputado, puesto que aun cuando el propio precepto señale que tendrá siempre el derecho de impugnar, objetar y contravenir las pruebas, indudablemente la posibilidad de defensa es más amplia si el contradictorio se lleva a cabo coetáneamente, pues abre la posibilidad, por ejemplo, de poder formular un conainterrogatorio a los testigos o peritos, lo que es imposible si sólo se cuenta con las declaraciones en textos.

⁴³⁷ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

Lo que establece la normativa constitucional es una permisión para la autoridad jurisdiccional de valorar lo realizado en la etapa investigadora, mas no implica forzosamente que el juez deba concederle a los elementos de prueba que se desprendan de la carpeta de investigación, valor superior que el de aquellos que se presenten y desahoguen en la audiencia de juicio oral.

Debe colmarse uno de dos posibles supuestos para que la excepción pueda operar. El primero se da cuando un determinado medio probatorio no pueda ser reproducido nuevamente, lo cual se da verbigracia cuando un testigo que ya declaró ha muerto. Sin embargo, esta potencial imposibilidad se puede dar en tratándose de cualquier delito, no solamente en materia de delincuencia organizada. El segundo supuesto consiste en una situación de peligro para víctimas y testigos, lo que igualmente se puede presentar en procesos distintos a los seguidos por el referido delito.

Los fines de la medida en comento pueden ser legítimos, pues tanto uno como otro son posibles. Aun cuando el derecho de defensa debe garantizarse de la manera más amplia posible, tampoco es razonable impedir que la autoridad acusadora cumpla su propósito por la imposibilidad de reproducir determinada prueba que pueda resultar indispensable para acreditar la responsabilidad penal de un determinado sujeto. La necesidad de protección de ciertas personas también es una realidad que debe ser atendida por las autoridades. El reto estará en hacer compatibles estas necesidades procesales con los principios de contradicción e inmediatez, que como se explicó previamente, también cumplen con un propósito constitucional importante.

Con independencia de lo anterior, es válido cuestionarse una vez más la necesidad de establecer reglas de excepción aplicables a un tipo de delitos, o más exactamente, de delinquentes. Sobre todo cuando el propio artículo 20, apartado A, fracción III prevé la posibilidad de la prueba anticipada, regulada por el artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales. La búsqueda de dotar de armas a la autoridad para combatir a los llamados enemigos ha desatado una paranoia legislativa que lleva a la Ley Fundamental, medidas que son propias de

la normativa secundaria, lo que además produce una ceguera que impide ver que existen fines constitucionalmente válidos, no sólo para casos de delincuencia organizada, sino para otros, pero que tienen que ser autorizados por las autoridades judiciales tras evaluar las razones y circunstancias particulares que hagan indispensable, y no sólo más cómoda, la restricción de ciertos derechos fundamentales.

3.3.5. Artículo 22 constitucional

3.3.5.1. Extinción de dominio

Uno de los grandes obstáculos para tratar el problema de la delincuencia organizada es su enorme capacidad económica, que le permite afrontar con mayores recursos la acción estatal. Asimismo, ante la expectativa de acceder a grandes riquezas, se concibe más atractivo ingresar a las filas del crimen organizado, sobre todo en una sociedad con marcadas desigualdades sociales y oportunidades restringidas. En este sentido, las naciones han buscado instrumentos que permitan atacar el aspecto económico de las organizaciones criminales.

Tiempo atrás de la reforma de 2008, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal ordenó la expropiación de ciertos predios vinculados con actividades ilícitas, como narcotráfico, acopio y comercio de mercancía ilegal, y robo de autopartes⁴³⁸. Dicha medida fue cuestionada por distintos sectores, incluso por la vía del juicio de amparo, puesto que se estaba haciendo uso de la expropiación para mermar los

⁴³⁸ Cfr. Decreto por el que se expropián a favor del Distrito Federal, los inmuebles ubicados en las calles Tenochtitlán Número 40 y Jesús Carranza número 33, ambos en la colonia Morelos, delegación Cuauhtémoc de esta ciudad, para la prestación de servicios de educación, salud y guardería en la mencionada localidad (segunda publicación), y Decreto por el que se expropián a favor del Distrito Federal, diversos inmuebles ubicados en la colonia Reforma Política, de la delegación Iztapalapa, en esta ciudad, para la construcción de un parque público, áreas verdes, campo deportivo y centro de servicios comunitarios, publicados en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 16 de febrero y 20 de marzo, ambos de 2007.

recursos de grupos delincuenciales. Ante esta situación, se buscó una alternativa, que fue encontrada en el derecho colombiano: la extinción de dominio⁴³⁹.

El artículo 22 constitucional prohíbe una serie de penas que se estiman contrarias a la dignidad humana, entre ellas la confiscación. No obstante, como parte del reconocimiento de que la propiedad no es un derecho ilimitado, establece una serie de actos que, a pesar de implicar la afectación del patrimonio de un individuo, no se consideran confiscatorios, entre ellos, la extinción de dominio. El propio precepto establece los lineamientos según los cuales deberá operar la figura en comento, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

- a) Es jurisdiccional, es decir, deberá ser decretado por una autoridad judicial previo desahogo de un procedimiento en el que se garantice el derecho de audiencia de los afectados.
- b) Es autónomo del procedimiento que en su caso se inicie para determinar la responsabilidad penal de un individuo.
- c) Procederá en contra de los bienes instrumento, objeto o producto de los delitos de delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, o bien que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto de estos delitos, aun cuando no se haya dictado sentencia condenatoria, siempre que existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
- d) Resulta intrascendente que se trate de bienes cuya titularidad corresponda a terceros no imputados de delito alguno, pues la Constitución autoriza la extinción de dominio de aquellos bienes instrumento del delito cuando su dueño haya tenido conocimiento de esta situación y no lo notifique a la autoridad o haga algo para impedirlo, así como cuando se demuestre que los bienes a nombre de terceros son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, siempre que el acusado por estos delitos se

⁴³⁹ Sin embargo, es pertinente señalar que la extinción de dominio colombiana no fue creada como una figura *ad hoc* para combatir al crimen organizado; por el contrario, se trata de una institución con un campo de acción más amplio. Así, el artículo 34 de la Constitución colombiana señala: "Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social".

comporte como dueño, buscando de esta forma que el uso de testaferreros o prestanombres, no impida la procedencia de la figura.

Los argumentos legislativos sobre la conveniencia de incorporar la extinción de dominio aludieron a la ya comentada necesidad de hacer del crimen un negocio poco rentable, al despojar a los delincuentes de sus recursos económicos y, por tanto, aminorar sus ventajas, así como su capacidad delictiva⁴⁴⁰.

Se afirmó, sin embargo, que las instituciones ya existentes eran exiguas para afrontar a cabalidad el problema, pues para decomisar bienes producto, instrumento u objeto del delito, es necesario esperar sentencia en la que se acredite la culpabilidad del imputado, mas la conexión entre el bien y el sujeto no siempre es evidente. Se citó como ejemplo un inmueble que ha sido utilizado para cultivar drogas, pero respecto del cual, aún no existe sentencia penal, por lo que no puede pasar a manos del Estado, aunque evidentemente se trate de un instrumento delictivo. En este sentido, se estimó necesario “crear una figura más novedosa y menos complicada”⁴⁴¹, aunque en realidad se debió decir, una figura por la que el Estado se pueda hacer de ciertos bienes a través de un procedimiento con menos derechos, que se entienden como un estorbo en la cruzada en contra de los enemigos.

Mucho se ha abonado en el sentido de destacar la autonomía de la extinción de dominio con respecto a la materia penal. Se afirma que se trata de una acción autónoma de carácter patrimonial y con una litis de contenido distinto al enjuiciamiento penal. Su naturaleza no corresponde a la de una pena, pues

⁴⁴⁰ Durante el debate ocurrido el 26 de febrero de 2013 en la Cámara de diputados, Javier González Garza reportó que en la balanza comercial se la Secretaría de Hacienda aparecen 15 mil millones de dólares cuyo origen no es claro, por lo que sostuvo que probablemente provengan del narcotráfico. Asimismo, la DEA y el FBI calculan que el crimen organizado incorpora a la economía estadounidense más de 70 mil millones de dólares. *Cfr. Diario de los debates de la Cámara de Diputados*, 26 de febrero de 2008, *cit.*, p. 92.

⁴⁴¹ *Cfr.* Iniciativa de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del Ejecutivo federal, 9 de marzo de 2007, *cit.*; iniciativa con proyecto de decreto que reforma el párrafo tercero del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos a cargo del diputado César Camacho Quiroz del grupo parlamentario del PRI, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, número 2223-I, 29 de marzo de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/mar/20070329-I.html#Ini20070329-16>, consultada el 16 de enero de 2014, 17:00; Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 11 de diciembre de 2007, *cit.*

procede “aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal”.

No obstante lo anterior, el texto constitucional restringe la materia del mecanismo en comento a bienes estrictamente ligados a los delitos antes mencionados. La Ley Federal de Extinción de Dominio atribuye el ejercicio de la acción al Ministerio Público y remite, para ciertos efectos, al Código de Procedimientos Penales⁴⁴². De alguna manera, pareciera que se dijese, esto parece Derecho penal, pero no lo es, pues no conviene que lo sea. Si se buscan las razones por las cuales se ha separado a esta figura del sistema penal, no queda más que concluir que la intención es establecer consecuencias jurídicas que tienen como condición la realización de hechos delictivos, pero sin tener que operar para ello con el conjunto de derechos y garantías penales, como la presunción de inocencia. Esto era a lo que se refería el dictamen de la Cámara de Diputados cuando reclamaba la creación de un mecanismo novedoso y menos complicado.

Sergio García Ramírez afirma que la extinción de dominio es muestra clara del desdoblamiento del sistema penal, ya que por un lado se cuenta con un sistema ortodoxo, en el que para atribuir consecuencias jurídicas se debe acreditar tanto la comisión del delito como la responsabilidad del autor, y otro heterodoxo o “novedoso”, en el que sólo basta acreditar la existencia del hecho ilícito en una suerte de “medios delitos”⁴⁴³.

Esta autonomía ha abierto la posibilidad a que en los dos procedimientos se lleguen a sentencias encontradas y que aun así, ambas persistan; es decir, una sentencia absolutoria y otra que determine la extinción de la propiedad de un bien por considerarlo producto, instrumento u objeto del delito –para lo cual, en teoría, debería demostrarse la existencia del delito, que cuenta entre sus elementos con la culpabilidad– coexistirán bajo el argumento de que la extinción de dominio y el enjuiciamiento penal son independientes.

⁴⁴² Cfr. Artículos 4° y 5° de la Ley Federal de Extinción de Dominio.

⁴⁴³ García Ramírez, “La reforma constitucional de 2007”, *cit.*, p. 212. Igualmente, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, *cit.*, pp. 198 y 199.

La Ley Federal de Extinción de Dominio acotó en cierta medida esta autonomía, pues en sus artículos 10 y 50 se señala que cuando el juez penal determine la falta de elementos para acreditar el cuerpo del delito, se deberá restituir al afectado en su propiedad junto con los intereses, rendimientos y accesorios que se hubieran generado durante el tiempo que los bienes hayan sido administrados por el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes o, si no fuera posible, se le deberá indemnizar. La ley no dice nada en caso de que se acredite el cuerpo del delito pero no la responsabilidad penal. La Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal, en cambio, en sus artículos 6° y 39, señala que la absolución penal no tendrá efectos en el procedimiento de extinción de dominio.

La Constitución establece una presunción *iure et de iure* de ilicitud en el inciso b) de la fracción II del numeral 22, pues como se indicó previamente, procede la extinción de dominio en contra de los bienes, que aunque no sean instrumento, objeto o producto del delito, hayan sido empleados para ocultar o mezclar productos de la conducta antijurídica; es decir, resulta intrascendente que estos bienes tengan un origen lícito.

El inciso c) extiende el margen de acción a los bienes “utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo”. La Carta Magna impone como obligaciones, a fin de no perder la titularidad sobre los bienes empleados en la comisión de conductas ilícitas, dar noticia a la autoridad sobre esta situación, o bien, hacer algo para impedirlo, sin aclarar qué es o cuándo es suficiente ese “algo”.

Algunas interpretaciones sugieren que debido a lo estipulado por la fracción III del precepto en comento, el afectado tiene la carga de la prueba de demostrar que estaba impedido para conocer el destino delictivo de sus bienes. Sin embargo, afortunadamente, algunos criterios judiciales, que actualmente sólo tienen el carácter de tesis aisladas, han precisado que esta carga procesal sólo opera una vez que el agente del Ministerio Público haya demostrado que el propietario tenía

conocimiento de que sus bienes estaban siendo empleados para la comisión de los delitos mencionados en el artículo 22, pues no existe una presunción de conocimiento. Además, esas mismas tesis han acotado el deber de impedir el uso ilegal de los bienes a que el titular esté en posibilidad de hacerlo y que no corra riesgo su integridad⁴⁴⁴.

María Eloísa Quintero sostiene que la extinción de dominio vino a colmar un vacío en nuestro sistema jurídico, toda vez que no contábamos con un mecanismo que tuviera como objeto evaluar la licitud de los bienes⁴⁴⁵. Góngora Pimentel y Santoyo Castro sostienen que esta figura nace ante el reconocimiento de que el Estado no debe proteger un derecho de propiedad que ha sido obtenido ilícitamente⁴⁴⁶. Empero, ante dichas aseveraciones es necesario cuestionar por qué entonces la extinción de dominio se limitó a ciertos delitos. Ciertamente, la delincuencia organizada, los delitos contra la salud –entre los que, al menos en el ámbito federal, se incluye el peligro de contagio que no tiene implicaciones patrimoniales–, el robo de vehículos, el secuestro y la trata de personas, son tipos que comúnmente generan importantes montos de recursos, pero no son los únicos. La nota común en estos ilícitos es que todos ellos pueden ser delitos-objetivo de la delincuencia organizada, por lo que, introducir la extinción de dominio se hizo más con la intención de abonar a este sistema de excepción y no tanto para garantizar la adquisición lícita de los bienes.

Es innegable y urgente la necesidad de atacar la economía del crimen; sin embargo, ello no debe implicar la creación de mecanismos paralelos al sistema penal. Ya contamos con el decomiso y el aseguramiento de bienes como instrumentos para privar a los delincuentes de aquellos bienes que hayan sido obtenidos al margen de la ley, y nadie se atrevería a contradecir la justicia de

⁴⁴⁴ Las tesis aisladas mencionadas llevan como rubro: “EXTINCIÓN DE DOMINIO. LA CARGA PROBATORIA DE LA UTILIZACIÓN ILÍCITA DEL BIEN SUJETO AL PROCEDIMIENTO, CORRESPONDE AL MINISTERIO PÚBLICO”, “EXTINCIÓN DE DOMINIO. CARGA PROBATORIA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)”, “ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO. ELEMENTOS DE PROCEDENCIA EN SUS DIVERSAS HIPÓTESIS DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL” y “ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y CARGA DE LA PRUEBA CUANDO SE EJERCE CON LA FINALIDAD DE EXTINGUIR EL DOMINIO DE UN BIEN PERTENECIENTE A UNA PERSONA A QUIEN NO SE ATRIBUYE PARTICIPACIÓN EN LA COMISIÓN DEL HECHO ILÍCITO RESPECTIVO”.

⁴⁴⁵ Cfr. Quintero, María Eloísa, “Extinción de dominio y reforma constitucional”, *El Foro*, decimoquinta época, t. XXII, núm. 2, México, 2008, p. 201.

⁴⁴⁶ Cfr. Góngora Pimentel y Santoyo Castro, *op. cit.*, pp. 229-230.

estas medidas; no obstante, esta privación debe operar hasta que se emita una sentencia que resuelva plenamente sobre la existencia de un delito –que involucra demostrar tanto el hecho como la culpabilidad del agente–, tras haber incoado un procedimiento que respete aquellos derechos y garantías cuya finalidad no es otra que buscar certeza en la afectación a los particulares por parte del Estado.

3.4. La política penal contra el enemigo: una realidad mexicana

Partiendo del estudio realizado hasta este momento, es posible constatar la presencia de un régimen penal de excepción en la normativa jurídica mexicana, que coincide con los extremos atribuidos por la doctrina al Derecho penal del enemigo.

El Estado mexicano, al igual que muchos países, ha identificado a su principal enemigo: el delincuente organizado. Se trata de un enemigo que no tiene un rostro definido –de ahí la necesidad de contar con mecanismos que permitan ubicarlo y, a partir de ello, neutralizarlo, aunque en ocasiones, se haga lo segundo sin haber comprobado lo primero–, pero se afirma que es tan peligroso que es capaz de poner en riesgo a las instituciones, a la soberanía, a los derechos fundamentales e incluso al propio Estado.

Como ya se ha mencionado a lo largo de este tercer capítulo, la idea de que el sistema tradicional había llegado a su límite y, por tanto, era incapaz de afrontar los terribles peligros que impone la delincuencia organizada tuvo origen, al menos en nuestro país, en los primeros años de la década de los noventa. Concretó un primer paso con la reforma a la Constitución de 1993, se mostró abiertamente en 1996 con la expedición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, y continuó madurando hasta llegar a la reforma de 2008, punto de culminación en el que, desde la propia Ley Fundamental, se ha escindido el sistema penal.

Se cuenta por un lado con un modelo basado en principios garantistas que hace de la presunción de inocencia su eje rector y que busca potenciar el acceso a una defensa adecuada por parte del imputado. Empero, al lado de este paradigma acusatorio corre otro subsistema: el de los enemigos, o mejor dicho, contra los enemigos, el cual ya no busca juzgar a un individuo que se presume inocente, sino actuar lo más pronto y “efectivamente” posible para evitar que éste concrete su gran amenaza.

Política y Derecho se encuentran presentes en este contexto. Éste ha demostrado estar al servicio de los caprichos de aquella, pues con base en la caracterización de un ser cuya mera existencia pone en jaque al modo de convivencia y la seguridad de todo un país, lleva a los propios individuos a aceptar la relajación de los derechos humanos que habían sido construidos originalmente como mecanismos para encauzar la actividad estatal a sus fines legítimos, pero que en este contexto se ven como obstáculos para la actuación efectiva de parte de las autoridades. Así, el llamar enemigo a una persona se convirtió en una forma de legitimar medidas que en otro contexto llamaríamos autoritarias.

Nadie niega la necesidad de atender el problema de la delincuencia organizada, sin embargo, es momento de poner el Derecho penal del enemigo a debate y verificar si no existen alternativas al mismo. Ya en este capítulo se hizo un cuestionamiento de la efectividad y validez material de cada una de las medidas que componen el régimen parapenal; empero, en el próximo capítulo se analizará a éste como un sistema o conjunto, tratando de resolver si es compatible con el modelo de Estado constitucional y con los fines del Derecho penal.

CAPÍTULO 4

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO A DEBATE SU CONTRADICCIÓN CON EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LOS FINES DEL DERECHO PENAL

Quando los crímenes proliferan, se hacen invisibles.
Quando las penas se vuelven insoportables, ya no se oyen clamores.
Un hombre es golpeado y el espectador de la escena se desmaya.

Claro que es natural.

Quando llega el crimen, como la lluvia que cae,
ya nadie grita entonces “alto”.

Bertolt Brecht

SUMARIO: 4.1. Los argumentos a favor del Derecho penal del enemigo. 4.1.1. El cínico: el Derecho penal del enemigo como límite ante una realidad oscura. 4.1.2. El iluso: la presunción de legitimidad de toda norma en una democracia. 4.1.3. El imitador: el Derecho penal del enemigo como un fenómeno global. 4.1.4. Los derechos humanos como obstáculos y el Derecho penal del enemigo como condición del Estado constitucional. 4.2. La incompatibilidad del Derecho penal del enemigo con el modelo de Estado Constitucional: el Derecho penal del enemigo desde la óptica de los derechos fundamentales. 4.2.1. El Estado constitucional. 4.2.2. El adelantamiento de la punibilidad y los principios de hecho y de lesión. 4.2.3. La negación de la dignidad humana y del principio de igualdad. 4.2.4. La pluralidad como un valor del Estado constitucional. 4.2.5. El riesgo de la supresión de garantías procesales. 4.2.6. La lógica belicista del Derecho penal del enemigo. 4.2.7. Pérdida del parámetro de legitimidad sustancial. 4.3. La contradicción del Derecho penal del enemigo con los fines del Derecho penal. 4.4. Entre el Estado constitucional y el Derecho penal del enemigo. 4.5. La política criminal del enemigo: consecuencias y resultados.

Günter Jakobs ha manifestado reiteradamente que su intención al introducir en el debate jurídico-penal la categoría “Derecho penal del enemigo” es ofrecer

una herramienta conceptual que sirva para nombrar un fenómeno jurídico existente con independencia de lo que él escriba al respecto, por lo que jamás ha pretendido hacer uso del concepto como propuesta político-criminal.

No obstante, el tema ha generado un debate entre aquellos que consideran que el Derecho penal del enemigo, al distinguir entre ciudadanos y sujetos privados de personalidad, es un modelo que atenta contra la dignidad humana y que, por ende, debe ser eliminado, y los que aseguran que sin los instrumentos de los regímenes penales de excepción el Estado estaría atado de manos para enfrentar una manifestación criminal de dimensiones nunca antes vistas.

Algunos comentaristas aseguran que antes de que Günter Jakobs nombrara a determinadas normas como Derecho penal del enemigo, éstas no generaban el escándalo y rechazo que provocan hoy día. Así, por ejemplo, Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Diez narran que en el marco de las Jornadas bianuales de profesores de Derecho penal de habla alemana, celebradas en el año 2005 en Frankfurt an der Oder, compartían mesa de debate el profesor Albrecht, un conocido crítico de la actual evolución político-legislativa, el profesor Günter Jakobs y el entonces fiscal general de Alemania, Kay Nehm. Mientras se discutía sobre la necesidad de normas calificadas como Derecho penal del enemigo, el fiscal manifestó compartir la posición del profesor Albrecht, que se mostraba crítico y firme en contra; sin embargo, cuando se analizaron medidas particulares que pueden ser consideradas parte de un régimen especial, el fiscal se expresó a favor de las mismas⁴⁴⁷.

La similitud con las teorías y propuestas nacionalsocialistas ha provocado en cierto sector un rechazo inmediato a las posturas que intentan justificar el Derecho penal del enemigo. Sauer, por ejemplo, llamó a no entrar en la discusión propuesta por Jakobs, pues ello implicaría “destabuizar el concepto de enemigo y

⁴⁴⁷ Cfr. Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos, “Presentación”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 1, *cit.*, p. XIX.

hacer una primera concesión: que sea posible un derecho basado en enemigos”⁴⁴⁸.

Esta situación ha llevado a Luis Gracia Martín a sostener que las críticas formuladas hasta el momento en contra del Derecho penal del enemigo “no logran traspasar el umbral de lo emocional y de lo retórico”, pues aseguran sin sustento que el modelo descrito por Jakobs “es algo que simplemente *no-debe-ser-en-absoluto*”⁴⁴⁹.

Jakobs siempre ha sostenido que al usar el término “enemigo” jamás ha pretendido ser peyorativo⁴⁵⁰, puesto que usa el vocablo como una categoría funcionalista que sirve para designar a aquellas personas que no prestan la garantía cognitiva suficiente de que se comportarán como personas (*vid.* 1.3.1).

Algunos especialistas, sin embargo, aseguran que en trabajos más recientes, Jakobs ha pasado de la mera descripción a un intento por justificar los regímenes de excepción. Como sea, no se trata de un autor muerto con respecto al cual podamos asegurar algo que él mismo ha negado. Esto último no significa que nos debamos quedar con la postura conformista de Jakobs y limitarnos a realizar una descripción, que aunque necesaria para entender qué es lo que está sucediendo, no es suficiente.

Francisco Muñoz Conde afirma que si el jurista no asume una postura crítica su papel se reduciría al de un notario que se limita a constatar una realidad. Asumir esa reducida función equivaldría a describir una silla eléctrica sin entrar al debate sobre la pertinencia de la pena de muerte⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ Cfr. Abanto Vázquez, Manuel A., “El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 1, *cit.*, p. 18.

⁴⁴⁹ Gracia Martín, Luis, *Crítica del derecho penal del enemigo*, Ubijus, México, 2009, pp. 97-98.

⁴⁵⁰ Cfr. Jakobs, Günter, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *cit.*, p. 20.

⁴⁵¹ El penalista español asevera que “el jurista no puede ser en estos casos, como pretende Jakobs, un simple mensajero que se limita a transmitir malas noticias (por lo demás, más que conocidas) o empaquetarlas, identificándolas y dándoles un nombre más o menos afortunado, sino que se debe también analizar críticamente y comprobar su compatibilidad con determinados principios. Y ello no ya por razones ideológicas o políticas sino por motivos estrictamente jurídicos, porque de lo que se trata en última instancia es de comprobar si ese “Derecho penal del enemigo” está o no en consonancia con el modelo jurídico constitucional del Estado de derecho que constituye la señal de identidad de las sociedades democráticas actuales”. Cfr. Muñoz Conde, *El Derecho penal del enemigo*, *cit.*, pp. 30-31. Del mismo autor, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, *cit.*, pp. 70-85.

Jakobs tiene razón cuando afirma que no podemos cerrar los ojos frente a un hecho real: los regímenes de excepción existen. En lo que no tiene razón es que al jurista le basta una descripción para cumplir su labor. La ciencia jurídica tiene la obligación de ir más allá del estudio de las normas positivas; tiene el deber de aportar elementos al debate público para poder evaluar si determinado sistema normativo es útil y adecuado según las necesidades y principios de cada sociedad.

La tesis sostenida en este trabajo es que el Derecho penal del enemigo no puede salvar al Estado constitucional como asegura, con todo lo que este modelo implica; por el contrario, se trata de un régimen incompatible con el proyecto de los derechos humanos y con los fines del Derecho penal en su vertiente garantista. Para llegar a esta conclusión, es necesario revisar los argumentos sobre los cuales se sustenta el Derecho penal del enemigo, así como aportar elementos para demostrar que la excepción en el Derecho penal implica alejarse de la meta de seguridad a la que aspiramos.

4.1. Los argumentos a favor del Derecho penal del enemigo

4.1.1. El cínico: el Derecho penal del enemigo como límite ante una realidad oscura

Los patrocinadores de la política criminal del enemigo constantemente usan la bandera de la realidad para legitimar el régimen penal de excepción. Invocan un escenario ensuciado por la vileza humana, generalmente asociada al terrible enemigo, pero que también se acepta inmersa en el ejercicio del poder público.

El régimen parapenal constituye bajo esta óptica un “mal menor”, al representar un límite en la lucha en contra de los enemigos de la sociedad. Se da

por sentada la necesidad de neutralizar a estos sujetos, para lo cual, se aduce, se puede optar por un camino arbitrario, que puede resultar excesivamente cruel y dar acceso al totalitarismo, o bien, se puede recurrir al Derecho penal del enemigo, que imponga algunas restricciones, otorgue ciertos derechos a los delincuentes y precise los supuestos para los cuales operará.

De no dar cabida al Derecho penal del enemigo en las democracias modernas, la imperiosa encomienda de salvar a la sociedad de sus enemigos se tornaría ilegal; situación que la dificultaría, aunque, se sugiere, no la impediría, puesto que de todas formas se recurriría a mecanismos violatorios de derechos, pero en forma oculta e ilimitada.

Ejemplo de esta ideología es lo mencionado en la iniciativa presentada el 6 de marzo de 2007 por el diputado César Camacho Quiroz, que sirvió, junto con otras propuestas legislativas, de base a la reforma de 2008. En ésta se aseguró: “Con esas herramientas tan simples podrán enfrentarse eficazmente tanto la delincuencia común como la organizada sin necesidad de recurrir a un proceso penal oscuro y antidemocrático”⁴⁵².

De la misma manera, Jakobs sugiere que de no hacer uso de medidas asociadas al Derecho penal del enemigo, se inducirá “al Estado real a encubrir las excepciones irremediables para su supervivencia en un mundo sucio, como reglas, desdibujando así qué es regla y qué es excepción”⁴⁵³.

Partiendo de la poca capacidad de los seres humanos para controlar sus pasiones, se opta por confiar en las leyes para regular aquellos medios que persiguen fines “necesarios”, como lo es en este caso, la erradicación del enemigo. Se prefiere la existencia de leyes de dudosa compatibilidad con los principios liberales, a procedimientos espontáneos que pueden resultar desenfrenados. Se desprende el cinismo de este razonamiento, pues se afirma la

⁴⁵² Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del diputado César Camacho Quiroz, del grupo parlamentario del PRI, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 6 de marzo de 2007, *cit.*

⁴⁵³ Jakobs, Günter, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Diez, (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 2, *cit.*, p. 92. En una posición más acotada, Gerardo Urosa Ramírez indica que ante la oprobiosa realidad, no existe más remedio que aplicar al enemigo una reglamentación especializada. *Rev. cit.*, p. 151.

violación a derechos fundamentales como inevitable, por lo que sólo es posible escoger si se ejecuta de forma regulada o arbitraria.

Así, se incurre en una falacia naturalista al estimar que lo que es, debe ser, por lo que si de todas formas existe, mejor que esté regulado y limitado. Se trata de un argumento en extremo peligroso, ya que llevaría al absurdo de que todo aquello que resulte incompatible con los derechos humanos u otros principios constitucionales debe ser legalizado mientras se presente en el mundo real. Por ejemplo, se tendría que legalizar la tortura o la desaparición forzada por el simple hecho de que es practicada por las autoridades de forma frecuente, con la conveniencia de que se podrían delimitar los casos específicos en los que resultarían procedentes, en vez de aplicarse sin control, aunque ilegalmente, en todos los casos.

No se atiende a razones científicas, filosóficas o de conveniencia social para introducir cierta normativa, puesto que basta que algo se verifique en la realidad para tener que aceptarlo sin remedio. Por tanto, es imposible aspirar a proyectos superiores, pues, según esta postura, estamos sujetos a la realidad estática. Igualmente, es insostenible impedir cualquier conducta por más reprochable que sea, cuando ésta se presente de forma constante o “útil” en los hechos.

No es posible aceptar una tesis que convierte a los delincuentes organizados en enemigos al responsabilizarlos de atentar contra los principios fundamentales de una sociedad democrática, y a la vez, no sólo pasar por alto, sino motivar, al dotar de un respaldo legal, los actos ilegítimos de las autoridades que otrora estaban revestidas por una calidad moral inherente.

4.1.2. El iluso: la presunción de legitimidad de toda norma en una democracia

Una de las notas particulares del Derecho penal del enemigo en su manifestación actual es su presencia en democracias constitucionales y no en Estados totalitarios. Su ubicación en modelos estatales asociados con el ejercicio limitado del poder intenta operar como una capa de humo que oculta, entre normas coherentes con el sistema, otras incompatibles. Se afirma que el Derecho penal del enemigo es legítimo en la medida en que se desenvuelve dentro de un Estado asociado a fines de desarrollo humano (*vid.* 4.2.1.).

En este sentido, Miguel Polaino-Orts señala que todas las normas que se produzcan en un Estado social y democrático de Derecho, entre ellas las que corresponden al Derecho penal del enemigo, tienen una presunción *iuris tantum* de legitimidad, en la medida en que son emitidas por un órgano legislativo compuesto por los representantes populares electos en votaciones libres y siguiendo un procedimiento constitucionalmente definido; además de encontrarse controladas por tribunales encargados de garantizar la compatibilidad del ordenamiento jurídico con los principios constitucionales. En otras palabras, las normas del Derecho penal del enemigo se encuentran sometidas a una revisión ejercida por los órganos competentes, por lo que en caso de resultar en contradicción con los principios del Estado constitucional, deberán ser eliminadas, como cualquier otra norma, lo que debe llevar a dejar el temor de que subsistan reglas ilegítimas, dado que el Derecho penal del enemigo que supere este control será constitucionalmente válido⁴⁵⁴.

Según esta postura, la ciencia jurídica no puede hacer nada por un cuerpo normativo cuya legitimidad reside en el pronunciamiento que hagan los órganos estatales competentes. Isabel Martínez Álvarez, en este mismo orden de ideas, asegura que cuando el Derecho penal del enemigo es llevado a la Constitución,

⁴⁵⁴ Cfr. Polaino-Orts, *op. cit.*, pp. 594-607.

esa presunción de legitimidad se fortalece⁴⁵⁵; por lo que, bajo este esquema, las reformas constitucionales que han introducido paulatinamente el régimen parapenal han otorgado legitimidad al mismo.

Este razonamiento resulta errado si se comprende que cuando se lleva a la Carta Magna un sistema penal de excepción, la consecuencia es que éste sustituye a los derechos fundamentales como parámetro para evaluar la constitucionalidad de las normas. En otras palabras, el Derecho penal del enemigo se convierte en el criterio para determinar la legitimidad del ordenamiento jurídico; deja de ser el objeto de control, para ser el referente para ello, es decir, se convierte en el objeto a tutelar.

Un Estado constitucional no tiene capacidad para dotar de legitimidad a cualquier norma por el simple hecho de que se declare simplemente que ésta ha sido creada en el marco delineado para ello. El Estado constitucional es un modelo que se encuentra condicionado no sólo por la consecución de sus fines, sino por la selección de los medios para obtenerlos, por lo que la presencia del Derecho penal del enemigo sólo lo corrompe, lo debilita y muestra lo lejos que está de la realización del paradigma constitucional. Sobre esta idea se volverá en el punto 4.2.

En el apartado anterior se mencionó que el Derecho penal del enemigo arroja la idea de la realidad en que se desenvuelve para justificar su existencia. Sin embargo, se trata de una realidad sesgada, puesto que se confía plenamente en que los titulares de los órganos estatales cumplirán a cabalidad sus obligaciones, limitando la posibilidad de cuestionar la justicia de las normas jurídicas a los encargados de ejercer el poder público. Se le pone así una mordaza al jurista, que no puede opinar sobre lo que le corresponde decidir únicamente a la autoridad. Sin ir más lejos, se impide al ciudadano manifestar su opinión sobre el sistema jurídico que lo rige, negándole cualquier autonomía y reduciéndolo a un sujeto pasivo. De esta forma, la ciencia jurídica, la ciudadanía e incluso la democracia se suicidan.

⁴⁵⁵ Cfr. Martínez Álvarez, *op. cit.*, pp. 91-92.

Por eso se ha calificado este argumento de iluso, puesto que se espera pasivamente que las autoridades hagan su trabajo, olvidando la oscura realidad invocada tantas veces por el Derecho penal del enemigo.

4.1.3. El imitador: el Derecho penal del enemigo como un fenómeno global

Aquellos que propugnan por el Derecho penal del enemigo buscan ampararse en el hecho de que muchos países, entre los que se encuentran Estados constitucionales más consolidados que el mexicano, han adoptado figuras jurídicas que coinciden con este modelo⁴⁵⁶. Lo que se refuerza en razón de que diversos acuerdos internacionales, incluso desarrollados en el marco de Naciones Unidas, han servido de referente, como la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En términos más simples, la idea es que, porque una buena porción de países del globo ha echado mano del Derecho penal del enemigo, México lo debe hacer también. Que determinadas normas sean de origen extranjero las envuelve en un halo de funcionalidad que ha llevado a los legisladores mexicanos a adoptarlas de forma acrítica.

Al respecto, Sergio García Ramírez afirma que el que esta legislación haya sido adoptada por diversos países o promovida a través de instrumentos de carácter internacional no es razón suficiente para que México tenga que aceptarla irremediabilmente, pues no es posible adoptar normas de origen extranjero sin meditar acerca de las condiciones que orillaron a otras naciones a implementarlas, sus resultados –no sólo en materia de combate a la delincuencia, sino en otros ámbitos como el de los derechos humanos–, ventajas, desventajas, necesidades

⁴⁵⁶ Para un estudio sobre las manifestaciones del Derecho penal del enemigo en España, Italia, Francia e Inglaterra véase Portilla Contreras, Guillermo, "El retorno del Derecho Penal al estado de naturaleza", *Viento Sur*, núm. 83, noviembre, s.l.p., 2005, pp. 31-44.

de ejecución y demás circunstancias que permitan evaluar si sus resultados serían positivos en territorio mexicano⁴⁵⁷.

Una vez más, el Derecho penal del enemigo nos lleva a una falacia naturalista que confunde el ser con el deber ser. En este caso, el razonamiento falaz es que la mera existencia mundial de normas penales contra el enemigo las legitima. Si el argumento fuera cierto, en un supuesto hipotético en el que todas las naciones abolieran los derechos humanos, tendría que concluirse que la tendencia mundial ha operado como mecanismo de legitimación.

Aun cuando existan acuerdos internacionales que fomenten la instauración de medidas “alternativas” de investigación y procesamiento, también existen otros instrumentos que fundan su contenido en la necesidad de limitar el poder a fin de resguardar la dignidad humana, acuerdos que chocan con el Derecho penal del enemigo, y cuyas normas en caso de contener derechos humanos, deben, de conformidad con el artículo 1° constitucional, erigirse en el más alto nivel.

No se tiene conocimiento de una nación que haya resuelto un problema con el Derecho penal del enemigo. No vayamos tan lejos, no se tiene noción de un Estado que haya resuelto un problema sólo con Derecho penal. Debemos pensar muy bien sobre la conveniencia de seguir la moda del Derecho penal del enemigo, el precio podría ser demasiado alto.

4.1.4. Los derechos humanos como obstáculos a la seguridad y el Derecho penal del enemigo como condición del Estado constitucional

Como se mencionó en el numeral 3.1., las sociedades modernas han identificado a los integrantes de la delincuencia organizada, entre otras manifestaciones criminales, como sus enemigos. La raíz de esta enemistad estriba en que se les imputa violar gravemente los valores más importantes, pues se

⁴⁵⁷ Cfr. García Ramírez, *Delincuencia organizada, cit.*, pp. 90 y 95.

estima, no tienen respeto por la vida, la libertad, la salud, el patrimonio y la seguridad de las personas. A este desprecio por los bienes más valorados por la sociedad se le suma, como ya también se mencionó, un tremendo poder económico y bélico que los convierte en grupos con la suficiente capacidad para enfrentar al Estado, que ante semejante oponente, ve en entredicho su capacidad de proteger los derechos de las personas. Esta peligrosa conjunción de elementos tiene un severo impacto en la sociedad, que vive con miedo ante la violencia generada por el crimen organizado, miedo de amenazas, imposiciones, secuestros, homicidios⁴⁵⁸.

Ante semejante peligro, es lógico que la sociedad busque una salida, de tal forma que la erradicación del crimen organizado se convierte en un objetivo indispensable. La sociedad reivindica su derecho a la seguridad, clama urgentemente porque las autoridades actúen y detengan, a cualquier precio, a los enemigos del país. Lo anterior se puede resumir en lo dicho por Felipe Calderón en una entrevista con Ciro Gómez Leyva, en la que se refirió a la delincuencia organizada como “un cáncer que ha invadido una buena parte del aparato social”. La solución: “cortar y radiar y sanar...”⁴⁵⁹.

Esta urgente demanda de seguridad provoca una serie de transformaciones. En primer lugar, la relación entre los derechos fundamentales y el Estado sufre un cambio, pues éstos dejan de ser los límites a la actividad de aquél y pasan a ser los medios de los que se vale la delincuencia para salir impune. El Estado ya no es la única entidad con el suficiente poder para poner en

⁴⁵⁸ En este sentido, *cf.* Brucet Anaya, *op. cit.*, p. 64; Mancera Espinosa, Miguel Ángel, *Derecho penal del enemigo*, UBIJUS, México, 2011, pp. 65-75; Pérez Daza, *op. cit.*, p. 219, y Urosa Ramírez, *rev. cit.*, pp. 149-151. Este último describe la situación de la siguiente forma: “Debe recapitularse ante la permanente zozobra que causan las amenazas, derivadas del pago por derecho de piso que se realizan a trabajadores o empresarios para poder sobrevivir o evitar que se cumpla alguna amenaza en contra de su negociación o familiares; el miedo implícito a salir de nuestra morada en la noche o, simplemente, caminar por la calle, ante el temor de ser secuestrado o “levantado” por bandas criminales: la descarada extorsión por todos los medios posibles; el llamado narcoterrorismo, las ejecuciones masivas realizadas por criminales ligados al narcotráfico, que asesinan a grupos de migrantes, jóvenes o personas adineradas sin ningún recato; entre otros aspectos. Todo ello obliga a tolerar, para casos extremos, la aplicación de una legislación particular frente al enemigo, aun en contra de nuestros ideales”.

⁴⁵⁹ La entrevista fue realizada el 2 de septiembre de 2008 en el programa de radio *Fórmula de la tarde* de Radio Fórmula 103.3. fm. La versión electrónica está disponible en <http://calderon.presidencia.gob.mx/2008/09/tenemos-que-hacer-que-la-gente-pueda-recuperar-la-tranquilidad-en-eso-debemos-empenarnos-todos-presidente-calderon/>, consultado 3 de julio de 2014, 21:00.

riesgo los derechos de las personas, la auténtica amenaza se encuentra en aquellos delincuentes que han mostrado vilipendio por la sociedad⁴⁶⁰.

Se reclama un Estado fuerte, que cumpla con el fin de proporcionar seguridad, no un Estado que en aras de dar la apariencia de respetuoso de los derechos humanos, sea incapaz de cumplir con su tarea.

Esto nos lleva a una segunda transformación que incide en los fines que se le asignan al Derecho penal. Éste deja de ser el límite al poder punitivo del Estado para transformarse en un instrumento de lucha, en el mecanismo para procurar la ansiada seguridad. Ya no se busca limitar la potestad punitiva del Estado, sino que se exige utilizarla. El Derecho penal abandona su carácter de *ultima ratio*, y así, se pasa de un principio de mínima intervención a otro de intervención necesaria.

Como diagnóstica Jesús-María Silva Sánchez, esta transformación se ve potenciada en razón de que la población en general se ve más identificada con la víctima que con el delincuente. Ante la ya mencionada percepción de inseguridad, se concibe más probable sufrir un delito, que verse sometido ante el ejercicio punitivo del aparato estatal. Se le teme mucho más al delincuente organizado que a la arbitrariedad de las autoridades⁴⁶¹.

Hacer la guerra al enemigo no es una opción, es una obligación del Estado; por lo que tiene que usar sus mejores y más contundentes armas si es que aspira salir victorioso. El Derecho penal siempre ha sido la manifestación más radical del Estado, por lo que es obvio que se recurra a éste en la cruzada contra el enemigo; empero, un Derecho penal inspirado en la presunción de inocencia, el principio de hecho, el derecho a una defensa adecuada y demás principios ilustrados, se muestra inútil para atender el problema. Se requiere de algo más fulminante, se requiere del Derecho penal del enemigo.

⁴⁶⁰ Cfr. Valadés, Diego, "Reflexiones sobre seguridad, gobernabilidad y reforma del Estado en México. Un ensayo introductorio", en Peñalosa, Pedro José (coord.), *Narcostráfico, crisis social, derechos humanos y gobernabilidad. Una agenda para el futuro*, Porrúa, México, 2010, pp. XV-XVI.

⁴⁶¹ Cfr. Silva Sánchez, *op. cit.*, pp. 46-52. Este autor señala: "En efecto, en este marco se está produciendo un cambio progresivo en la concepción del Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*): de advertirse en él ante todo "la espada del Estado contra el desvalido delincuente" se pasa a una interpretación del mismo como "la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos". (...) Y, así, la concepción de la ley penal como *Magna Charta* de la víctima aparece junto a la clásica de la *Magna Charta* del delincuente; ello, si es que ésta no cede la prioridad a aquélla".

En consecuencia, el Derecho penal del enemigo se presenta como necesario a fin de proteger a la población. Su presencia en los Estados constitucionales no es más que una manifestación del ejercicio de su derecho a la seguridad. En palabras de Jakobs: “Esta guerra tiene lugar como un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”⁴⁶². Así, el Derecho penal del enemigo asume el papel de garantía del derecho a la seguridad, por lo que el enemigo “no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”⁴⁶³.

Es válido cuestionarse por qué el Derecho penal liberal no puede enfrentarse de manera eficiente a la delincuencia organizada. La respuesta ofrecida por los defensores de esta política criminal es que ante una manifestación delictiva no comparable con ninguna otra, es necesario recurrir a una legislación especializada; es decir, ante una delincuencia excepcional, se requieren medidas penales excepcionales.

Se arguye que no es lo mismo tratar con un delincuente común, que con aquél que forma parte de una corporación criminal, con recursos materiales y humanos, operación estratégica e incluso capacidad para corromper a las autoridades que les ofrecen protección, colaboración o al menos pasividad; elementos que harán sumamente complicada la labor de investigación, detención y procesamiento de las autoridades. Se trata además de una delincuencia que ocasiona daño extremo a la sociedad; por tanto, la respuesta estatal, debe ser proporcional, y si ello implica la restricción de derechos fundamentales, no queda

⁴⁶² Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *cit.*, p. 63.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 51.

más que decir: se lo merecen. En síntesis, al hacer uso del Derecho penal del enemigo sólo se está tratando igual a los iguales y desigual a los desiguales⁴⁶⁴.

Esta idea permeó la introducción del Derecho penal del enemigo en nuestro país, como muestra, en el dictamen al proyecto de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada emitido por las comisiones de estudios legislativos y de justicia del Senado el 15 de octubre de 1996 se manifestó: “La naturaleza de las organizaciones criminales es particularmente violenta. Sus objetivos, sus medios, sus métodos, no corresponden a las figuras delictivas que hasta hoy la sociedad mexicana había enfrentado. Es por ello, que la sociedad debe responder a esta fuerza excepcional, con nuevos métodos que frenen, destruyan y la erradiquen, es ésta una lucha nacional de vital importancia”⁴⁶⁵.

Se considera que los medios del Estado constitucional fueron rebasados; en consecuencia, a fin de estar en aptitud de proteger a la sociedad y permitir que sus miembros puedan ejercer sus derechos en condiciones de normalidad, el Derecho penal tiene que evolucionar y adaptarse a las nuevas circunstancias y exigencias⁴⁶⁶. Según Jakobs, tratar a la delincuencia organizada a través de los métodos ordinarios del Derecho penal, sólo le viene bien a los héroes o a los mártires⁴⁶⁷.

El Derecho penal tradicional se estima demasiado lento y blando para acabar con el enemigo. De respetar el principio de lesión y asumir la forma de Derecho penal de acto, sería demasiado tarde, pues los delincuentes organizados

⁴⁶⁴ Al respecto, *cfr.* Pérez Daza, *op. cit.*, p. 219; Góngora Pimentel y Santoyo Castro, *op. cit.*, p. 75; Polaino-Orts, *op. cit.*, p. 609, Andrade Sánchez, *op. cit.*, pp. 30-34 y la intervención del magistrado Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁶⁵ Dictamen al proyecto de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada emitido por las Comisiones de estudios legislativos y de justicia de la Cámara de Senadores, 15 de octubre de 1996, *cit.*

⁴⁶⁶ *Cfr.* Brucet Anaya, *op. cit.*, p. 51; Chabat, *rev. cit.*, p. 19; la intervención del magistrado Rafael Zamudio Arias en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, pp. 63-64; Damián Moreno, *op. cit.*, pp. 496-497; Schünemann, Bernd, “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desatención teórica”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 2, *cit.*, p. 971. En el ámbito oficial, la iniciativa presentada por el diputado César Camacho, en la que se señaló: “La delincuencia ha rebasado la capacidad de respuesta de las autoridades encargadas de procurar e impartir justicia; ésta ha alcanzado un elevado grado de sofisticación, organización y equipamiento, que la fortalecen, haciendo más complejo su combate”. Iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada el 9 de marzo de 2007 por el diputado César Camacho Quiroz del PRI, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, 29 de marzo de 2007, *cit.*

⁴⁶⁷ Jakobs, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 2, *cit.*, p. 80.

ya habrían cometido delitos terribles; de respetar las garantías procesales, sería en extremo complicado atribuir responsabilidad a los enemigos y se correría el riesgo de que fueran declarados inocentes y, por tanto, salieran a las calles a continuar destruyendo a la sociedad; de respetar el principio de proporcionalidad, la pena a imponer sería mucho menor, por lo que aun cuando se condenara a los enemigos, la contención sería insuficiente (*vid.* 1.3.3.).

De lo anterior se desprende que esta evolución del Derecho penal no es más que un llamado a liberarse de las cadenas impuestas por los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Reconocer derechos a alguien lleva necesariamente a la idea de protección. En este sentido, proteger a los enemigos, que trastocan brutalmente la tranquilidad de la sociedad, parece sencillamente una aberración.

En una reforma constitucional que en su corriente garantista pretendió maximizar los derechos fundamentales en el proceso penal, era evidente la necesidad de reforzar un régimen de excepción que permitiera continuar enfrentado a los enemigos sin los principios que rigen el sistema acusatorio. Adoptar un sistema de enjuiciamiento criminal para todos resultaba peligroso⁴⁶⁸.

El diagnóstico es claro: los derechos humanos (de los enemigos) son el obstáculo para resolver el problema de inseguridad que aqueja a la sociedad; son formalidades disponibles que constituyen una causa de impunidad, son tabúes⁴⁶⁹ que es necesario eliminar para afrontar la realidad. Como muestra de esa concepción, el exsecretario de Marina, Mariano Francisco Saynez Mendoza en un discurso pronunciado en julio de 2011 declaró:

Considero importante manifestar que los grupos delictivos tratan de manchar el prestigio y el buen nombre de las instituciones, utilizando grupos de ciudadanos que, mediante engaños, pretenden que caigan en el juego perverso de los criminales, y que al utilizar la bandera de los derechos humanos intentan dañar la imagen de las

⁴⁶⁸ Cfr. Pérez Daza, *op. cit.*, pp. 219-220.

⁴⁶⁹ Término utilizado por Jakobs para referirse a la necesidad del Estado de vencer los tabúes que le impiden resolver situaciones de necesidad. Cfr. "¿Terroristas como personas en Derecho?", *cit.*, p. 89.

instituciones, con el fin malévolo de obstruir la participación de las mismas en su contra y así tener el campo abierto a su maldad⁴⁷⁰.

Más claro imposible, los derechos humanos son usados por los delincuentes a fin de evadir la acción de la justicia. Por tanto, ante el diagnóstico, la solución es obvia: restringir al máximo posible los derechos fundamentales.

Bajo esta óptica, las mencionadas prerrogativas corresponden a épocas de paz. En cambio, durante los momentos de crisis como el presente, “uno se ve obligado a reconsiderar sus románticas aspiraciones garantistas”⁴⁷¹. Se hace un llamado a reconocer la realidad y se invita a no aferrarse más a ideales que en la teoría suenan muy bien, pero que en la práctica resultan inútiles. Negar la legitimidad del Derecho penal del enemigo, coincide con una ciencia que da una apariencia de respeto a ciertos valores, pero que puede ser poco honesta, al negar las necesidades reales de una sociedad⁴⁷².

La idea de que los derechos fundamentales son para todos es una aspiración teóricamente formulable, pero que choca contra una realidad que exige tomar decisiones: “o ellos o nosotros”. Como señala Günter Jakobs: “El postulado esgrimido con frecuencia según el cual el Estado de Derecho ha de evitar siempre regulaciones de Derecho penal del enemigo no ofrece desde luego ninguna solución, por la sencilla razón de que ese postulado no sería realizable en el contaminado mundo de la actualidad. Ha de aspirarse y conseguir siempre el mejor Estado de Derecho realizable, no el mejor imaginable”⁴⁷³.

En este sentido, se renuncia al proyecto de la ilustración que concibió en cada individuo un ser dotado de dignidad inseparable y, consecuentemente, de derechos inescindibles. Aferrarse a esta idea, aunque sea “políticamente

⁴⁷⁰ Ramos Pérez, Jorge, “Crimen usa derechos humanos: Saynez”, *El Universal*, México, 27 de julio de 2011, consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/187525.html>, 5 de julio de 2014, 19:00.

⁴⁷¹ Urosa Ramírez, *rev. cit.*, p. 146.

⁴⁷² En este sentido, Massimo Donini señala: “Quien dice que el Derecho penal no puede ser nunca un derecho que lucha contra un enemigo, sólo por esto ya embellece su rostro, ocultando los aspectos más odiosos de la penalidad cotidiana. Una ciencia muy moral y muy estética, por tanto, aunque quizás poco veraz, o si se prefiere una ciencia sobre el deber del Derecho penal, más que referida a su ser normativo vigente”. “El Derecho penal frente al enemigo”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 1, *cit.*, p. 607.

⁴⁷³ Jakobs, Günter, “¿De qué se trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 6.

correcto”⁴⁷⁴, sería suicida, por lo que se tiene que decidir si continuar con el camino kamikaze de defender los derechos de todos, o salvar a los ciudadanos a costa de los enemigos. Puestas las cosas así, el Derecho penal del enemigo se erige como una condición del Estado constitucional (real) y el ejercicio de los derechos (de los ciudadanos).

Resulta complicado abogar por un grupo de personas cuya forma de vida alterna a la sociedad genera un ambiente de anormalidad que impide a los integrantes de ésta desarrollar sus proyectos de vida y ejercer sus derechos con un mínimo de seguridad de que las normas tienen eficacia, que es, al final del día, lo que el Estado constitucional pretende garantizar. Por lo que si se quiere seguir con el proyecto de los derechos fundamentales es indispensable neutralizar a los enemigos. Es por ello que el Derecho penal del enemigo, se argumenta, encuentra génesis y legitimación en el mismo seno del Estado constitucional y no es expresión de una corriente autoritaria⁴⁷⁵.

Así, el Derecho penal del enemigo constituye el “verdadero garantismo”⁴⁷⁶, puesto que parte de una realidad indiscutible: existen sujetos peligrosos que ponen en riesgo los derechos fundamentales, y ofrece además una salida: la inocuización de los enemigos.

Esto no significa que se haga uso de este instrumento de manera arbitraria, puesto que sólo tendrá lugar ante aquellos sujetos que han demostrado apartarse del camino del Derecho. Se trata de una respuesta necesaria para atender la emergencia, por lo que se pide obviar de manera temporal ciertos principios y derechos con la finalidad de salvar lo que se ha logrado a través del proyecto del Estado constitucional.

De conformidad con lo expuesto hasta este momento, pareciera que el Derecho penal del enemigo es una reacción necesaria ante una oprobiosa

⁴⁷⁴ Expresión usada por Günter Jakobs en “¿Derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 10.

⁴⁷⁵ Günter Jakobs señala expresamente: “la teoría del Derecho penal del enemigo constituye una teoría de las condiciones de realización del Estado de Derecho”. “¿De qué se trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 6. Asimismo, *cfr.* Polaino-Orts, *op. cit.*, pp. 268, 456-459 y 643-644; Mancera Espinosa, *op. cit.*, p. 77 y la intervención del magistrado Rafael Zamudio Arias en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁴⁷⁶ Expresión usada por Miguel Polaino-Orts en *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*, *cit.*, pp. 598 y 609.

realidad; sin embargo, los defensores de estas reformas nunca han contestado a una pregunta elemental que debió ser atendida antes de emprender cualquier reforma: ¿por qué no es posible enfrentar a la delincuencia organizada con los instrumentos ordinarios que ofrece el Derecho penal?

El próximo apartado tiene como finalidad demostrar que hacer uso de los regímenes penales de excepción no es la condición del Estado constitucional, sino su muerte misma.

4.2. La incompatibilidad del Derecho penal del enemigo con el modelo de Estado constitucional: el Derecho penal del enemigo desde la óptica de los derechos fundamentales

4.2.1. El Estado constitucional

Las sociedades modernas se han organizado por medio de Estados en los cuales se reconoce poder público a un grupo de ciudadanos identificados como autoridades. Entre las manifestaciones más claras de este poder se encuentra el llamado monopolio de la violencia, cuyo propósito es mantener el orden social; sin embargo, históricamente han surgido corrientes que desconfían del poder, al menos en su forma ilimitada, por lo que han pugnado por la implementación de mecanismos tendientes a encauzar la actuación de las autoridades hacia fines legítimos.

El Estado de derecho surge con este propósito, pues se erige como un mecanismo de protección de los individuos al someter el ejercicio del poder público al imperio de la ley. Se pretende certeza en relación con el actuar de las autoridades, que deben operar estrictamente dentro del marco del ordenamiento jurídico. En otras palabras, el gobierno de los hombres –pasionales y subjetivos–

cede ante el gobierno de las leyes –ciertas y objetivas–. Sin duda, el Estado de derecho representó un importante avance en cuanto a la disminución de arbitrariedad, pues bajo el principio de legalidad, las autoridades únicamente pueden realizar aquello que les esté estrictamente permitido.

Este modelo cumplió su función desde la revolución francesa hasta la segunda guerra mundial, momento histórico que representó un quiebre en muchos sentidos⁴⁷⁷. Después de lo ocurrido en la Alemania nazi y en otras latitudes, que adoptaron regímenes totalitarios y usaron el Derecho para “legitimar” actos fuera de toda racionalidad y humanidad, se comprendió que el Estado de derecho no era suficiente para contener la crueldad humana. Como señala Gustavo Zagrebelsky, “Auschwitz es un suceso bivalente. Nos muestra lo que nunca debió haber sucedido de acuerdo con la idea que tenemos nosotros mismos, pero nos muestra qué sucedió. Y sucedió porque así lo quisieron los propios hombres. En la naturaleza humana hay horror por Auschwitz, pero en ella están también las causas que lo produjeron”⁴⁷⁸.

El autoritarismo logró valerse de las fallas estructurales del Estado de derecho. Bajo este modelo, se pensaba innecesario imponer límites al legislativo, ya que los Estados de derecho se acompañaban de regímenes democráticos en los que la población es la auténtica titular de la soberanía y, por tanto, la encargada de tomar las decisiones políticas fundamentales. En este sentido, resultaba ilógico que la propia población, por conducto de sus legítimos representantes, adoptara leyes autoritarias y perjudiciales para sí misma. La ley era una caja vacía que podía ser llenada con los más diversos contenidos, que podían ir desde los principios liberales hasta aquellos de talante autoritario⁴⁷⁹. En

⁴⁷⁷ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *Constitucionalización y judicialización del Derecho. Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2013, pp. 1-2.

⁴⁷⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10ª ed., Trotta, España, 2011, p. 106.

⁴⁷⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., UNAM-Trotta, España, 2006, p. 16.

estos términos, el Estado de derecho hacía alusión a cualquier sociedad política regida por un ordenamiento jurídico⁴⁸⁰.

El examen de validez de una norma era de carácter estrictamente formal, pues se limitaba a verificar que hubiera sido emitida por una autoridad competente y siguiendo los procedimientos establecidos. En estos términos, la labor de los juristas se reducía a la interpretación y descripción de normas jurídicas, al esclarecimiento de su contenido mediante la búsqueda de su espíritu; mientras que los derechos –que no eran reconocidos, sino otorgados– se concebían como obra de la buena voluntad del legislador⁴⁸¹.

Adolf Hitler no sólo llegó al poder por conducto de los medios legales establecidos en la Constitución de Weimar, sino que la política nacionalsocialista operó con fundamento en la ley. La racionalidad del Derecho, en el que se confió durante tantos años, fue cuestionada, ya que a la vez que podía servir de contención al ejercicio arbitrario del poder, también podía operar como la llave que abre la puerta a grandes desgracias (*vid.* 2.7.).

Se necesitaba entonces un modelo que ofreciera mayores garantías de que lo sucedido no volvería a ocurrir, un compromiso de paz y humanidad. La solución hallada fue la reivindicación de los derechos fundamentales, que debían ser abstraídos de la voluntad humana que había demostrado su enorme capacidad para la destrucción. Estas prerrogativas no eran una novedad; los iusnaturalistas ya habían destacado que todo ser humano estaba dotado de ciertos derechos inherentes a su naturaleza. Los legisladores, en algunos casos, habían incorporado algunos derechos en los ordenamientos jurídicos, aunque con la misma jerarquía que cualquier otra norma. La diferencia radicó en que los derechos fundamentales fueron llevados a las cartas constitucionales como un

⁴⁸⁰ Algunos autores distinguen entre el Estado de derecho formal, legislativo o estrictamente legal, que es aquel regido por leyes emitidas conforme a los procedimientos definidos para tal efecto, pero sin ningún tipo de contenido mínimo preestablecido, y el Estado de derecho material o en sentido fuerte, que hace referencia a sociedades políticas cuyas decisiones se encuentran vinculadas a ciertos principios. Así, por ejemplo, Ferrajoli, *Derecho y razón*, *cit.*, pp. 856-857, del mismo autor, "Pasado y futuro del estado de derecho", *cit.*, pp. 13-14 y Ansuátegui Roig, Francisco Javier, "Estado de derecho, crisis de la ley y Estado constitucional", en Mijangos y González, Javier y Ugalde Ramírez, Ricardo, *Estado constitucional y derechos fundamentales*, Porrúa-Universidad Autónoma de Querétaro, México, 2010, p. 5.

⁴⁸¹ *Cfr.* Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 22-48.

parámetro para evaluar el resto de los actos de las autoridades, incluyendo, por supuesto, la legislación⁴⁸². Así, surge el Estado constitucional.

El individuo vuelve a reclamar importancia, pues deja de ser un “gobernado” para erigirse como el fin de la estructura estatal. Ocurre entonces el renacer de la “revolución copernicana”, que implicó una transformación en la posición que ocupa el individuo con respecto a la sociedad y el Estado. La concepción del contrato social se acerca a los postulados de Locke (*vid.* 2.3.2.), toda vez que el respeto y protección de los derechos fundamentales se convierte en la condición de legitimidad del actuar de las autoridades. En términos más breves, el Estado, junto con el Derecho, ocupa de nuevo el lugar que nunca debió haber dejado: servir como un medio de protección al individuo, y no como un fin en sí mismo⁴⁸³.

John Rawls ha dado una de las explicaciones más contundentes del porqué los derechos humanos deben establecerse como fundamento de la organización política. En su obra *Teoría de la justicia*, retomó la idea del contrato social; sin embargo, agregó un elemento esencial: el velo de la ignorancia. Rawls parte de una posición original hipotética en la que todos los pactantes son ignorantes acerca de su clase social, sus habilidades físicas e intelectuales, su condición de salud, tampoco conocen sus ideas sobre el bien o cualquier otra posición ideológica; mucho menos conocen los eventos que acontecerán a lo largo de sus vidas, las decisiones que tomarán o las características de la sociedad en la que vivirán. Los individuos se encuentran tras un velo de la ignorancia. Lo único que tienen cierto es que existen desigualdades naturales, sociales, económicas y

⁴⁸² Cfr. *Ibidem*, pp. 68 y ss.

⁴⁸³ La idea del Estado como medio para proteger al individuo y sus derechos tiene raíces mucho más profundas que incluyen al iusnaturalismo moderno, así como documentos históricos como la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776 que en su proemio señala: “Hecha por los representantes del buen Pueblo de Virginia, reunidos en la Convención plena y libre, como derechos que les pertenecen a ellos y a su posteridad como la base y el fundamentos de su gobierno”. Asimismo, en la Declaración de independencia de los Estados Unidos de América del 4 de julio de ese mismo año se estableció: “Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuadas para alcanzar la seguridad y la felicidad”. Lo mismo que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo 2° se afirma: “La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”; el artículo 12 agrega: “La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos que la tienen a su cargo”.

culturales que inciden de manera determinante en el éxito de realización del proyecto de vida que en su momento decidan asumir. En estas condiciones deberán decidir cuál será la distribución de los derechos y deberes fundamentales, de lo cual dependerá la forma de organización social y política que se adopte. Se da por hecho que los pactantes son seres racionales, libres y preocupados por defender sus intereses, por lo que el hecho de que estén impedidos para saber cuál será su destino y el de los demás, los llevará a tratar de distribuir de la forma más equitativa posible los derechos, bienes y deberes en la sociedad, de tal forma que ninguna posición inicial sea un impedimento para llevar una vida autónoma. Saben que tienen que escoger aquella distribución que les ofrezca mayores probabilidades de satisfacer sus aspiraciones de vida; que les permita a todos ser tratados como fines en sí mismos y no como medios para que otros mejoren sus expectativas. En estas condiciones, Rawls opina que los pactantes llegarán a dos principios: el primero asegura una distribución igual de libertades en la medida que sean compatibles con las de los otros (igualdad formal), mientras que el segundo implica una distribución de bienes en atención a las desigualdades, de tal forma que los menos aventajados puedan desarrollar sus proyectos de vida en condiciones de igualdad material y que las posiciones que sean ventajosas lo sean para todos⁴⁸⁴.

A partir de lo anterior se puede deducir que los derechos correspondientes a ambos principios, que pueden ser interpretados como las libertades básicas y los derechos sociales, se configuran como medios a fin de que los individuos, en la medida de lo posible, concreten el plan de vida que autónomamente hayan decidido emprender. Ello se relaciona con la valía que se le reconoce a toda persona, pues si todo ser humano se concibe como un fin en sí mismo, se entenderá la importancia de dotarlo de los medios para que pueda enfrentar la vida en sociedad de la mejor manera posible.

El fundamento de los derechos humanos no es propio, sino atento a los fines que se quieren alcanzar a través de ellos, los cuales, desde mi punto de

⁴⁸⁴ Cfr. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 21-173.

vista, se pueden reducir a la ya mencionada posibilidad de ejecutar, con posibilidades de éxito, un proyecto de vida que sea compatible con el de otras personas.

Por esta razón, los derechos deben estimarse como un coto vedado tanto al Estado como a la sociedad en su conjunto, puesto que siempre surgirá la pretensión de sacrificar a una persona cuando ello represente un beneficio para muchas otras más. Tras el velo de la ignorancia, ninguna persona racional correría el riesgo de ser aquella cuya eliminación supondría un beneficio mayor en términos cuantitativos. Los derechos fundamentales así entendidos constituyen el andamiaje que le permite a cada individuo enfrentar la vida en sociedad, pues brindan la seguridad de que nadie deberá atentar en contra de su existencia, entendida como tal, no sólo la supervivencia meramente física, sino el lugar que le corresponde ocupar en la sociedad como un igual. Este respeto al otro genera las condiciones mínimas para vivir pacíficamente en conjunto.

Esto se relaciona con la poderosa idea de Luigi Ferrajoli de que los derechos fundamentales sirven como la ley del más débil. Estas prerrogativas esenciales pretenden garantizar que aquellas personas desaventajadas conserven su lugar en la sociedad y se les estime tan importantes como a los poderosos. En este sentido, los derechos fundamentales son el resultado de una lucha constante de los oprimidos, discriminados, excluidos y olvidados que en algún momento decidieron poner punto final a su situación⁴⁸⁵.

La conquista de los derechos los impregna de una fuerza superior a todo el ordenamiento jurídico, pues su vigencia no ha sido gratuita, sino producto de quiebres históricos en los que los individuos decidieron reafirmar su dignidad; constituyen el producto de una búsqueda que ha costado vidas y libertades⁴⁸⁶. Joel Feinberg recuerda que la reivindicación de nuestros derechos “nos permite

⁴⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 362-372.

⁴⁸⁶ Cfr. Bacelli, Luca, “Derechos sin fundamento”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 209; Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 9ª ed., Siglo veintiuno editores, México, 1988, p. 113, y Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 39-40.

ponernos de pie como hombres, mirar a los demás a los ojos y sentirnos fundamentalmente iguales a cualquier otro”⁴⁸⁷.

En consecuencia, las normas emitidas por el legislativo no sólo tienen que cumplir con requisitos de forma, sino, sobre todo, respetar ciertos contenidos, generalmente previstos en las cartas constitucionales, pero cuyo origen se abre a las fuentes de carácter internacional. Así, el parámetro de validez del ordenamiento jurídico deja de ser estrictamente formal –de acuerdo a normas que regulan el quién y el cómo se decide– y reviste un carácter sustancial –referido básicamente al respeto a los derechos humanos–⁴⁸⁸.

En este sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano define dos de los elementos del Estado constitucional. El artículo 16 establece: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes establecida, no tiene Constitución”. Por tanto, para poder llamar a un Estado como constitucional es necesario que persiga la protección de los derechos humanos, mientras que la división de poderes se define como uno de los mecanismos para lograrlo⁴⁸⁹.

De acuerdo con Luis Vigo, lo ocurrido en los juicios de Nüremberg es la muestra de este cambio de concepción; en ellos, los principales dirigentes nazis fueron sancionados, pues se estimó que su actuar fue arbitrario, injusto e inhumano, a pesar de que habían cumplido formalmente con la ley⁴⁹⁰. Por tanto, se consolida la idea de un conjunto de derechos que deben nutrir a todo el ordenamiento jurídico y cuya alteración está vedada para la autoridad.

⁴⁸⁷ “Having rights enables us to stand up like men, to look others in the eye, and to feel in some fundamental way the equal of anyone”. Feinberg, Joel, “The Nature and Value of Rights”, consultado en <http://bibliodroitsanimaux.voila.net/pdf/FeinbergTheNatureandValueofRights.pdf>, 5 de julio de 2014, 20:30.

⁴⁸⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4ª ed., Trotta, España, 2004, pp. 19-22; del mismo autor, *Derecho y razón*, *cit.*, pp. 355-358 y 885-886 y “Pasado y futuro del estado de derecho”, *cit.*, p. 18. Asimismo, Bárcena Zubieta, Arturo, “Presentación”, en Mijangos y González y Ugalde Ramírez, *op. cit.*, p. VII.

⁴⁸⁹ Cfr. Bovero, Michelangelo, “Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución”, en Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 18.

⁴⁹⁰ Cfr. Vigo, *op. cit.*, p. 119.

El sistema estatal entonces no es legitimado *ex ante*, sino a condición de que se respeten los derechos fundamentales que, por ende, adquieren un naturaleza supraestatal. Como consecuencia, la Constitución, antes concebida como un programa político, se convierte en una norma de aplicación directa en aras de asegurar la supremacía de su núcleo fuerte compuesto precisamente por los derechos fundamentales, el cual se encuentra protegido mediante mecanismos como la rigidez constitucional. En otras palabras, la Ley Fundamental deja de tener un carácter simplemente programático y adquiere eficacia jurídica. Como necesaria repercusión, la ciencia jurídica amplía su campo de acción, pues pasa de la simple exégesis y asume la tarea de contribuir críticamente a que el ordenamiento jurídico logre sus fines⁴⁹¹.

El Estado constitucional, a diferencia del Estado de derecho que había caminado de la mano con la democracia, puede entrar en roces con esta forma de gobierno, al menos con uno de sus elementos: el principio de mayoría⁴⁹². Es evidente que en un Estado las decisiones políticas no pueden ser tomadas de manera unánime, por lo que la única opción a fin de que el Estado no quede inmovilizado es que éstas sean tomadas por la mayoría. Empero, ello significa que existen minorías que pueden verse afectadas por las decisiones adoptadas por el grueso, lo que se opone al constitucionalismo que pretende garantizar los derechos de todos, no sólo de los grupos mayoritarios.

Que un gobierno sea democrático no significa necesariamente que sea un Estado constitucional; esta forma de estado se opone al totalitarismo, la democracia, a la autocracia, y entre estas formas de estado y de gobierno pueden existir combinaciones, por lo que es válido hablar de una democracia totalitaria, en caso de que la mayoría pudiera tomar cualquier decisión sin límite alguno. En este sentido, en el marco de un Estado constitucional, los derechos humanos se

⁴⁹¹ Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá-Defensor del pueblo, España, 2010, p. 12; Vigo, *op. cit.*, pp. 9-13; Bovero, Michelangelo, "Derechos fundamentales y democracia en Ferrajoli", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 220-230; Salazar Ugarte, Pedro, *Crítica de la mano dura. Cómo enfrentar la violencia y preservar nuestras libertades*, Océano, México, 2012, p. 28, y Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 38.

⁴⁹² Para un estudio sobre las tensiones entre democracia y constitucionalismo, véase Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, pp. 18 y ss.

convierten en un ámbito que escapa al poder de las mayorías, pues constituyen tanto aquello sobre lo cual no se puede decidir (libertades básicas), como aquello sobre lo que necesariamente se tiene que decidir (derechos sociales). Ni siquiera por una mayoría aplastante de votos, una asamblea puede decidir que un ser humano sea privado de la vida, que sea sentenciado sin un proceso previo que lo declare culpable o que se la prohíba expresarse libremente⁴⁹³. Como medio para garantizar el respeto a los derechos de las minorías, el legislativo continúa siendo un órgano cuyo modo de operar atiende a la voluntad de las mayorías, sin embargo, sus decisiones ahora son sometidas a la revisión de un poder judicial, cuya naturaleza no es democrática, sino constitucional.

Aludiendo a la clásica fórmula kantiana, todo individuo debe ser concebido como un fin en sí mismo, por lo que sus derechos no pueden ser sacrificados aun cuando ello represente un beneficio para la mayoría. En palabras de John Rawls, “los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales”⁴⁹⁴. Los derechos son un ámbito ajeno a toda negociación, indisponible incluso para sus titulares, pues nadie puede renunciar a su calidad de persona, de lo contrario, el sistema fracasaría, en la medida en que por encima de los derechos, se colocaría al poder económico o social.

Partiendo de la idea anterior, una de las premisas esenciales del Estado constitucional es la defensa de la pluralidad. La búsqueda de sociedades homogéneas es un fin ajeno al constitucionalismo, ya que ello implicaría atentar contra la individualidad de las personas. La personalidad en este contexto se puede definir como el derecho de todo individuo a que se respete su esencia, es el derecho a ser quien se es, el derecho a ser diferente, sin que nadie lo pueda obligar a encajar en un patrón social determinado, siempre y cuando respete los derechos de terceros.

En este orden de ideas, Rodolfo Luis Vigo opina que se rompe la idea de que la sociedad es el conjunto de todos los individuos y en la que el bienestar

⁴⁹³ Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 860-865. Del mismo autor, *Derechos y garantías*, cit., pp. 23-24.

⁴⁹⁴ Rawls, *op. cit.*, p. 17.

general debe coincidir con el individual. Las sociedades en las que opera el Estado constitucional se componen por individuos con fines propios y que no se confunden con el todo⁴⁹⁵, lo que no representa un problema para los Estados constitucionales, aunque sí un reto, pues la idea es la inclusión de sujetos diferentes, no la uniformidad del conjunto. Como señala Peter Häberle, se “abre espacio para el desarrollo del espíritu humano y su historia. En favor de la dignidad de la persona obliga al grado máximo de tolerancia —la que permite la plenitud de la interpretación— claro está con ciertos “límites de tolerancia”, que se hacen tanto más indispensables cuanto más se convierte la tolerancia en parte integrante del consenso constitucional básico”⁴⁹⁶.

El Estado constitucional se define por la forma en la que persigue sus objetivos. Su compromiso con los derechos fundamentales le impide pasar por encima de ellos en aras de un fin mayor, puesto que al violarlos estaría sacrificando precisamente su propósito principal, que es la defensa del individuo. Basta confrontar este panorama para entender que el Derecho penal del enemigo es inconciliable con un modelo de Estado constitucional. No obstante, a continuación se entrará al estudio de los motivos más evidentes de esta incompatibilidad.

4.2.2. El adelantamiento de la punibilidad y los principios de hecho y de lesión

Al tratar lo referente a los elementos del Derecho penal del enemigo se refirió que uno de ellos es al adelantamiento de la punibilidad (*vid.* 1.3.1.1.), siendo el ejemplo más evidente el delito de delincuencia organizada, que como ya también se revisó, se presenta cuando al menos tres personas se organizan para

⁴⁹⁵ Cfr. Vigo, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁹⁶ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 4.

cometer determinados delitos –que pueden llegar a no verificarse– definidos por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (*vid.* 3.2.3.).

Este adelantamiento atenta contra el principio de hecho, que debiera regir el Derecho penal contemporáneo, y que exige que para que un comportamiento sea penalmente relevante, la conducta típica desplegada por un sujeto, cuando menos, llegue al grado de tentativa, puesto que sólo hasta ese momento es posible verificar el daño o puesta en peligro al bien jurídico tutelado. Incluso, aun cuando la conducta se adecue a la descripción típica, en caso de que el bien jurídico tutelado no se haya visto afectado o siquiera puesto en peligro fehaciente, en atención al principio de lesión, el Derecho penal no debe intervenir.

La violación a estos principios lleva a identificar al Derecho penal del enemigo como un Derecho penal de autor, el cual se asocia con regímenes contrarios al Estado constitucional, cuyo Derecho punitivo adopta la forma de un Derecho penal de acto.

De acuerdo con Claus Roxin, por Derecho penal de acto se entiende una regulación legal en la cual la punibilidad se asocia a una acción descrita típicamente. La sanción representa sólo la respuesta al hecho en concreto, pero no a la forma de vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Mientras que en un Derecho penal de autor, la pena se establece en relación con la personalidad del responsable del delito. La culpabilidad no se asocia a la comisión de un hecho típico, sino que el modo de vida peligroso es lo que constituye un ilícito⁴⁹⁷.

Tomando en cuenta estos parámetros, es evidente la identificación de los regímenes parapenales con los modelos de Derecho penal de autor. Al enemigo no se le sanciona por los graves hechos que ha cometido, incluso puede que no haya hecho nada, sino porque se le reputa como un ente peligroso que tiene que ser detenido para que no llegue a cometer sus terribles planes.

⁴⁹⁷ Cfr. Roxin, *Derecho penal, cit.*, pp. 176-177.

Se podrá argumentar que el tipo penal de delincuencia organizada sí contiene la descripción de un comportamiento que depende de la voluntad de las personas: organizarse para cometer ciertos delitos. Sin embargo, entre dicha conducta y la descripción típica de otros delitos existe una enorme diferencia. Por ejemplo, el homicidio consiste en privar de la vida, el secuestro en privar de la libertad, el robo en apoderarse de un bien mueble ajeno. Todos estos delitos hacen referencia a conductas concretas que están ligadas inexorablemente con un resultado. Se podrá decir entonces que la delincuencia organizada no es un delito de resultado, sino de peligro, como muchos otros ilícitos cuya legitimidad no está en duda. Empero, el peligro al que hace alusión la delincuencia organizada es demasiado abstracto para poder identificar la conducta con claridad. Verbigracia, la posesión ilegal de armas de fuego es un delito de peligro, pero la diferencia entre este delito y la delincuencia organizada es que en aquél es posible concretizar perfectamente la conducta prohibida por la norma, que es la tenencia de armas de fuego sin los permisos correspondientes. En cambio, organizarse para delinquir puede comprender conductas sumamente disímiles; conductas de las que incluso es imposible advertir la intención delictiva, por ejemplo, rentar un inmueble para tener a una persona secuestrada. ¿Qué prueba puede ser idónea para acreditar que tres o más personas se han distribuido las tareas para cometer uno de los delitos-objetivo a los que alude la larga lista de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada? Lo que se está sancionado en realidad es a un sujeto que se le estima puede ser autor de diversos delitos, pero que aún no lo es.

La sanción de este delito de manera autónoma parece imposible. La prueba de ello es lo referido por Noé Ramírez Mandujano en el sentido de que no se conoce ningún caso en el que se haya ejercido acción penal en contra de una persona únicamente por el delito de delincuencia organizada; por el contrario, se utilizan los delitos cometidos, como evidencia de la existencia de un grupo criminal organizado⁴⁹⁸. En consecuencia, la delincuencia organizada sólo sirve para incrementar exageradamente la punición de los delitos-objetivo.

⁴⁹⁸ Cfr. Ramírez Mandujano, *op. cit.*, p. 198.

Luigi Ferrajoli afirma que en el Derecho penal del enemigo se está sancionando a un sujeto por lo que es, no por lo que ha hecho. Se pune no la conducta dañosa, sino al individuo peligroso, por lo que el proceso penal tiene como objetivo verificar la personalidad maligna u opuesta al ordenamiento jurídico y no la realización de ciertos comportamientos⁴⁹⁹. Ello atenta en contra de la dignidad humana, que exige que a la persona sólo se le haga responsable de sus actos, no de su identidad, aun cuando se estime peligrosa, puesto que se le puede exigir abstenerse de realizar ciertos hechos o no dejar de cumplir con sus obligaciones, pero no se le puede ordenar abstenerse de ser peligroso; de lo contrario, se estaría sancionando su mera existencia⁵⁰⁰, lo que lleva a “la idea fácil, propia del sentido común autoritario, de que la justicia debe mirar el reo por detrás del delito, a su peligrosidad detrás de su responsabilidad, a la identidad del enemigo más que a la prueba de sus actos hostiles”⁵⁰¹.

Miguel Polaino-Orts reconoce que las normas del Derecho penal del enemigo siguen un patrón de Derecho penal de autor; no obstante, también asevera que ello no lo hace ilegítimo. Para justificar su idea, afirma que es necesario diferenciar entre Derecho penal de autor, que a pesar de incorporar elementos subjetivos no prescinde del principio de hecho, y el Derecho penal de la voluntad o del ánimo, que sí es propio de sistemas autoritarios, y que se caracteriza por criminalizar pensamientos que reflejaban una predisposición al crimen. Se sanciona a un sujeto por considerarlo peligroso, pero sin contar con elementos para atribuir esa calificativa, o bien, por pertenecer a una determinada raza, preferencia sexual, orientación política, etcétera. En cambio, el Derecho penal del enemigo, si bien parte de la peligrosidad del sujeto, el parámetro que utiliza no es exclusivamente subjetivo y por tanto arbitrario, sino objetivo, ya que toma en cuenta el daño que ha provocado a la seguridad cognitiva de la comunidad, toda vez que se sanciona no por el daño ocasionado por los delitos-objetivo, sino porque la mera existencia de una estructura criminal y la

⁴⁹⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “El Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal”, *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, nueva época, año I, núm.19, México, verano 2007, p. 12.

⁵⁰⁰ Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 505-506.

⁵⁰¹ Ferrajoli, “El Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal”, cit., p. 13.

consecuente probabilidad de que se cometan estos delitos, ya afecta a la población que vive con temor, por lo que es mentira que no se esté vulnerando ningún bien jurídico: la seguridad cognitiva está siendo mermada. La simple presencia de estos grupos criminales que se oponen frontalmente al ordenamiento jurídico, genera un ambiente de inseguridad tal que es imposible el desarrollo del proyecto de vida de la población en condiciones de normalidad. También afirma que en los sistemas penales actuales, los tipos de peligro abstracto no son las únicas muestras de la presencia de normas del Derecho penal de autor, pues existen otras manifestaciones como las medidas de seguridad o las reglas para la individualización de la pena⁵⁰².

Es cierto que el Derecho penal, no sólo el del enemigo, convive siempre en cierta medida con el Derecho penal de autor. Empero, es muy distinto hacer uso de un Derecho penal de autor ya desde la punibilidad, a utilizar este tipo de elementos basados en la peligrosidad y otros elementos subjetivos en el Derecho penal ejecutivo, donde la sanción sí debe estar determinada con base en las muestras de resocialización que den las personas.

Se sostiene que la peligrosidad no se determina subjetiva sino objetivamente, al tomar en consideración la lesión a la seguridad cognitiva ocasionada por los “actos” del sujeto; sin embargo, resulta válido cuestionarse cómo se mide la vulneración a la seguridad cognitiva, pues a menos que en cada ocasión en que se pretendan aplicar las normas del Derecho penal del enemigo, se realice un estudio de cómo la forma de conducirse de estos sujetos ha incidido en la confianza hacia la efectividad de las normas, es insostenible la mencionada aseveración. Por ello, Manuel Cancio Meliá asegura que:

...se ha alcanzado un punto en el que “estar ahí” de algún modo, “formar parte”, “ser uno de ellos”, aunque sólo sea en espíritu, es suficiente. La regulación del Derecho penal del enemigo tiene, desde un principio, una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos -“los enemigos”- más que en la definición de un “hecho”⁵⁰³.

⁵⁰² Cfr. Polaino-Orts, *op. cit.*, pp. 199-200, 354, 452-453 y 622-624.

⁵⁰³ Cancio Meliá, *op. cit.* p. 106.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el Derecho penal de autor abre la puerta al autoritarismo, toda vez que implica punir la probabilidad de que se cometan delitos futuros, es decir, sancionar por lo que se es, no por lo que se ha hecho, lo que significa un retroceso en materia de derechos humanos⁵⁰⁴.

Se ha criticado constantemente al Derecho penal por su acción inoportuna en la tutela a los bienes jurídicos, puesto que la pena se aplica ya cuando el delito ha sido cometido, en muchas ocasiones, de manera irreparable. Empero, no es posible prescindir del principio de hecho a fin de optimizar la captura de los enemigos y así proteger efectivamente los bienes de las personas, puesto que se correría el riesgo de imponer una pena por conductas meramente sospechosas, que se alejan de la certeza que se exige en el Estado constitucional para condenar a una persona.

No es posible aceptar como bien jurídico algo tan abstracto y que depende de tantos factores –como la idea que tiene la población de los índices de corrupción, por ejemplo– como lo es la seguridad cognitiva, porque además, ésta se ve afectada por el conjunto de todos los delitos, de los que no se puede responsabilizar a cada imputado de delincuencia organizada, quienes únicamente pueden responder por sus actos en particular. No se puede determinar la sanción a imponer si no existe un bien jurídico en relación con el cual se puede evaluar claramente el daño ocasionado.

Evidentemente si una persona es encarcelada antes de que cometa algún delito, se le estará previniendo. El problema es que para que esa lógica opere adecuadamente, es necesario neutralizar a todos los integrantes de una sociedad, pues sólo así se puede garantizar un índice delictivo a nivel cero.

El Derecho penal sólo debe responder ante acciones ciertas, pues ante la carencia de poderes adivinatorios por parte de los operadores del sistema, es imposible sancionar con base en lo que se hará. Los principios aludidos

⁵⁰⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, 20 de junio de 2005, serie C, no. 126, párrs. 94-96.

representan el respeto al ámbito interno de las personas, de cuyo contenido sólo sus titulares pueden estar enterados.

4.2.3. La negación de la dignidad humana y del principio de igualdad

Tratar a una persona como foco de peligro a ser neutralizado y no como individuo titular de derechos representa, sin duda, un desconocimiento de la dignidad humana, que es uno de los principios sobre los que se fundamenta el Estado constitucional.

La postura del Derecho penal del enemigo es que la calidad de persona está supeditada a la promesa de fidelidad al ordenamiento jurídico, por lo que en caso de que alguien asuma un modo de vida diametralmente opuesto y se integre a sistemas antisociales, deja de ser tratado como un fin en sí mismo, se le trata como un medio, pues su neutralización sirve a la tranquilidad de la sociedad (*vid.* 1.3.1.). De esta forma, la sociedad se divide en dos grupos: los que mantienen su dignidad intocada y los enemigos, que son elementos corrosivos a los que hay que aniquilar.

Bajo esta lógica, al ciudadano se le tiene como inocente hasta que no haya sentencia en la que se acredite lo contrario, al enemigo se le trata como culpable desde la investigación y el proceso se convierte en mero trámite para lo que es obvio: la condena; el ciudadano puede llevar su proceso en libertad, al enemigo se le neutraliza ante la menor sospecha; al ciudadano se le intenta reinsertar en la sociedad, al enemigo se le inocuiza. En un Estado constitucional tal distinción es imposible, pues este modelo no conoce de amigos y de enemigos, sólo conoce de personas iguales en derechos.

En un Estado constitucional el ser persona no es algo que se tenga que ganar; se nace y se muere siendo persona, por lo que todo individuo deberá ser tratado como tal en todo momento, con independencia de que sea un delincuente

organizado o un ciudadano ejemplar. Ello no implica que el Derecho penal no deba operar ante la comisión de los delitos; sin embargo, hacer uso del aparato punitivo del Estado no puede implicar declararle la enemistad a un individuo o excluirlo sin más, puesto que todo delincuente, incluso el más peligroso, sigue siendo parte de la sociedad.

Prescindir de la dignidad de las personas configura un ordenamiento jurídico que deja de servir a la protección del individuo. Se podrá alegar que se conserva este fin en la medida en que sigue salvaguardando los intereses de la mayoría, aun cuando ello represente el sacrificio de unos cuantos –que al final son delincuentes peligrosos–. Sin embargo, el Estado constitucional, al asumir su finalidad de defensa del individuo, no lo hace para algunos –los que prometan obediencia–, aunque representen una importante mayoría; esta finalidad se asume en relación con todos los integrantes de una sociedad.

La resocialización, que un día se defendió como fin de la pena queda en el olvido, para pasar a la aniquilación de los enemigos. Este propósito es muestra de que al delincuente se le ha cosificado, puesto que ya no se le ve como un integrante de la sociedad, sino como un peligro que debe ser neutralizado. Se concibe que retornar a la vida social a una persona que ha dado muestra tan perversa de antisocialidad es sencillamente descabellado.

Si el Derecho pretende fundamentar su existencia en la protección de la humanidad, se le debe reconocer dignidad a todo individuo por el mero hecho de existir. La exclusión que propone el Derecho penal del enemigo supone negarle el mismo valor que todos los seres humanos; por ello, si se quiere tomar en serio el proyecto del Estado constitucional, no queda más remedio que negar al Derecho penal del enemigo⁵⁰⁵.

Para Günter Jakobs, este discurso es “políticamente correcto”, sin embargo, asevera que es imposible sostenerlo en el mundo real⁵⁰⁶. Lo que olvida este jurista

⁵⁰⁵ Cfr. Gracia Martín, *op. cit.*, pp. 115-140.

⁵⁰⁶ Cfr. Jakobs, “¿Derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 10.

es que la realidad también muestra que si el ser humano es privado de su dignidad, ello sólo es el comienzo de la introducción de la idea autoritaria de que existen seres humanos prescindibles, en aras de proyectos más ambiciosos.

Afirmar la dignidad de toda persona implica reconocer en cada individuo un ser de igual valía, por lo que en un Estado constitucional es imposible dividir a la sociedad en dos grupos de personas, con la trascendencia que ello implica en relación con el trato penal.

Al discriminar entre dos grupos de personas se está violando el principio de igualdad, pues a un grupo de individuos se le niega el conjunto de derechos que a otros se les reconoce. En contra, Genaro Góngora Pimentel y Alejandro Santoyo Castro sugieren que la igualdad entre dos personas sólo es sostenible si ellas se encuentran en una misma situación, y el Derecho penal del enemigo, como se mencionó previamente, sólo está intentando cumplir con la máxima de trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales. En este sentido, sostienen que no se quebranta el principio de igualdad, ya que toda persona que sea procesada por el delito de delincuencia organizada, le será aplicado el mismo régimen de excepción⁵⁰⁷.

Lo que pasan por alto los maestros Góngora y Santoyo es que el Derecho penal del enemigo implica un régimen especial sobre todo en materia procesal y no sólo incide en la punibilidad asignada. Las reglas procesales no deben establecerse de acuerdo a la magnitud del delito imputado, pues toda persona a la que se le acuse de un delito, sea éste el que sea, tiene derecho a defenderse con las garantías y derechos que componen el debido proceso; porque además, antes de que se dicte una sentencia condenatoria, toda persona debe ser tenida como inocente, con independencia de que se le impute un delito de bagatela o delincuencia organizada; por tanto, se encuentran en la misma situación, y al proporcionárseles tratos diferentes se está violando el principio de igualdad. Si se ha de seguir por el camino del Estado constitucional, es menester reconocer en

⁵⁰⁷ Cfr. Góngora Pimentel y Santoyo Castro, *op. cit.*, pp. 75-76.

todo ser humano un ser cuya dignidad obliga al Estado a la tutela de sus derechos.

4.2.4. La pluralidad como un valor del Estado constitucional

Es común concebir al delincuente como un ser diametralmente distinto al resto de la población, como un ser que se opone a los valores del resto de la sociedad, como un sujeto malvado o, en términos de la lógica de la excepción, sencillamente como el “otro”. Así, la sociedad se empieza a dividir entre “buenos” y “malos”, entre “nosotros” y “ellos”.

Como señala Kai Ambos, esta lógica lleva a simplificar a las personas en aquellas respetuosas de las normas (los ciudadanos) y los infractores (los enemigos); los que encauzan su vida conforme a los dictados del ordenamiento jurídico y los disidentes peligrosos que desprecian todo valor social. Para el citado autor, esta realidad no existe de manera absoluta, pues entre estos dos extremos se encuentran los individuos reales⁵⁰⁸.

Ante esta concepción de buenos y malos, es fácil concebir al Derecho penal como el mecanismo que se instituye a fin de defender a la sociedad (los buenos) de los delincuentes (los malos), como si estos últimos no fueran también parte de ella. El miedo a lo que nos es desconocido, al diferente, despierta sentimientos de urgencia por la normalidad, lo que lleva a su vez a la exclusión inmediata de los “otros” a través de medios que en otras condiciones no veríamos con tan buenos ojos.

El Derecho penal en estos términos busca la homogeneidad de la población; supone la existencia de una moral única, la concepción de una forma

⁵⁰⁸ Cfr. Ambos, Kai, *Derecho penal del enemigo*, trad. de Carlos Gómez-Jara Diez y Miguel Lamadrid, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007, p. 31. Véase también, Parma, Carlos, *Roxin o Jakobs. ¿Quién es el enemigo en el Derecho penal?*, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2009, p. 49.

correcta de vivir que no tolera disidentes, y en caso de haberlos, simple y sencillamente los apartará⁵⁰⁹.

Para Günter Jakobs, la pluralidad es muestra del debilitamiento de la sociedad, es causa del surgimiento de modos de vida alternos al Derecho, puesto que señala:

Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión como del Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del Derecho o, al menos, más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes. A esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o las diferencias culturales son meros añadidos a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multicolore de una cultura; o bien –y esa es la variante peligrosa– las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir lo unos junto a los otros, y, como cualquier instrumento, es abandonado cuando ya no se necesita más⁵¹⁰.

Esta idea del “otro” como alguien ajeno, radicalizada en una concepción como la de los regímenes penales de excepción que identifican a un enemigo como la causa de la crisis por la que atraviesa la sociedad, no es compatible con el modelo de Estado constitucional, el cual no busca eliminar las diferencias, sino que ve en la pluralidad un bien. La diversidad no aparece como un problema a resolver; por el contrario, consiste en un valor que el Estado tiene que proteger. Se reivindica así el derecho a ser diferente como una manifestación de la dignidad ínsita en cada uno y la tolerancia se convierte en uno de los pilares de las sociedades modernas.

Ello no implica tolerar el delito como una manifestación de individualidad. La defensa de la diversidad tiene un límite en la no invasión a la esfera de derechos de los demás. Sin embargo, es por ello que el sistema punitivo debe adoptar la forma de un Derecho penal de hecho, que reaccione ante comportamientos

⁵⁰⁹ Cfr. García Amado, *op. cit.*, p. 923.

⁵¹⁰ Jakobs, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, *cit.*, pp. 733-734.

considerados como lesivos de bienes ajenos, no ante personas a las que se les estime peligrosas.

Goethe alguna vez refirió: “No hay delito que no me haya sentido capaz de cometer”. La defensa de la pluralidad en el Derecho penal significa ver en el delincuente un ciudadano más, que tiene que responder por sus actos, pero que su responsabilidad penal no lo convierte en un extraño, pues si las leyes penales prevén ciertas conductas como típicas de delito, ello es porque se sabe que los seres humanos somos capaces de cometerlos. Como señala Zaffaroni, “cuanto más abierta, igualitaria y tolerante es una sociedad, las diferencias de trato represivo entre iguales y extraños o enemigos se atenúan”⁵¹¹.

4.2.5. El riesgo de la supresión de garantías procesales

Ya se dijo que el Derecho penal del enemigo asume como una de sus características la supresión de garantías procesales (*vid.* 1.3.3.4.), con la finalidad de potenciar la eficacia en la lucha contra la delincuencia. A lo largo del Capítulo tercero se indicaron las instituciones procesales que en el sistema jurídico mexicano suponen una restricción a estos derechos y garantías, como la presunción de inocencia, el principio de contradicción, la inmediación judicial, la defensa adecuada, la tutela judicial, el acceso a la justicia, entre otros.

En esta característica es posible hallar otra contradicción con el Estado constitucional. El proceso penal en el Estado constitucional se asocia con la idea del debido proceso, el cual se entiende como “el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados”⁵¹². Estos elementos no deben ser entendidos como meras formalidades, sino como auténticos derechos que sirven

⁵¹¹ Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, cit., p. 85.

⁵¹² Fix-Zamudio, Héctor, “Debido proceso”, *Diccionario jurídico mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983, t. III, p. 19.

como el único escudo con el que cuenta el ciudadano para hacer frente al poder coactivo del Estado. De eliminarse esta barrera, no quedará más que el individuo frente al ejercicio nudo del poder, que pretende privarlo de sus derechos en aras de una falsa idea de seguridad.

En la materia penal se ponen en juego los bienes más preciados del ser humano; no se trata de un particular frente a otro, sino de un individuo contra el Estado dotado de una fuerza y recursos incomparablemente mayores. De no existir estas garantías procesales, el imputado será aplastado irremediamente, pues cualquier intento de defenderse frente al poder estatal, en ausencia de garantías que limiten y condicionen su ejercicio, sería simplemente inútil⁵¹³.

Todo proceso tiene como finalidad el descubrimiento de la verdad; empero, lo que distingue al proceso de cada modelo estatal es la forma, no el fin. Así, en el Estado constitucional, la búsqueda de la verdad está condicionada precisamente al respeto de las garantías procesales que el Derecho penal del enemigo pretende eliminar. Como señala Luigi Ferrajoli, el proceso asume tanto la función de atribuir responsabilidad a las personas por sus actos, como la tutela de los inocentes⁵¹⁴, por lo que si el Derecho procesal penal pretende ser verdaderamente eficaz, se debe evaluar no sólo el número de sentencias condenatorias –que en México no son muchas–, sino la presencia de los mecanismos que permitan que cualquier imputado pueda defenderse adecuadamente y exija a las autoridades demostrar fehacientemente cualquier acusación. Si pasamos por alto las garantías procesales, se corre el riesgo que la justicia penal pierda su asimetría con respecto al delito, mellando su legitimidad⁵¹⁵.

Es importante hacer un reconocimiento de la imposibilidad para un juzgador de conocer a cabalidad cómo sucedieron los hechos; por ello siempre existirá el riesgo de error judicial. En este sentido, las garantías procesales se erigen a fin de

⁵¹³ Cfr. Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 5ª ed., Porrúa, México, 1991, p. XXV.

⁵¹⁴ Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 505-506.

⁵¹⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi, "Criminalità organizzata e democrazia", *Studi sulla questione criminale*, nueva serie, Carocci editore, año V, núm. 3, Italia, 2010, p. 18.

reducir, en la medida de lo posible, esta posibilidad de error, de tal forma que el ciudadano tenga todos los elementos para defenderse adecuadamente.

Lo anterior se puede simplificar en la idea de que en el Estado constitucional se prefiere correr el riesgo de liberar un culpable, antes que privar de sus derechos a un inocente. Bajo un modelo constitucional, la persona, que es un fin en sí mismo, no puede ser privada de sus derechos como medio para la satisfacción de las aspiraciones de seguridad –cognitiva y no necesariamente real– de la población.

Relajar el respeto de este cúmulo de prerrogativas como lo sugiere el Derecho penal del enemigo no conlleva más eficacia; por el contrario, supone menos recursos para poder frenar el ejercicio desmedido del poder. Por tanto, debemos ser cautos frente a una propuesta indecorosa de seguridad basada en el diseño de un proceso penal orientado a la condena fácil.

4.2.6. La lógica belicista del Derecho penal del enemigo

Con lo analizado hasta este momento es posible observar que los defensores del Derecho penal de excepción asumen un discurso que implica un cambio sustancial en la forma de entender ciertas cosas. El delincuente se convierte en un enemigo, la labor de procuración de justicia en una lucha que se extiende al proceso y, en general, las acciones tendientes a establecer condiciones de seguridad son vistas como una guerra.

Esta lógica belicista transforma la política criminal. Las fuerzas militares sustituyen a las autoridades civiles en su función, los temas de seguridad pública se vuelven parte de la agenda de la seguridad nacional y, por supuesto, se hacen promesas heroicas de que el Estado hará hasta lo imposible por ganar la guerra contra el crimen organizado. Sin embargo, para ello no se recurre al estado de excepción previsto en el artículo 29 constitucional, que encuentra una serie de

límites formales, materiales y temporales, sino a un híbrido: la legislación de combate.

El proceso también se transforma, pues ante la caracterización de una persona como enemigo, el juez, como parte del Estado en guerra, es conminado a tomar partido. La justicia ya no se imparte con los ojos vendados, por lo que el proceso deja de ser la oportunidad del imputado para demostrar su inocencia y se convierte en el mecanismo para legitimar su destrucción. El juez, que otrora era el encargado de resolver imparcialmente una situación litigiosa y de tutelar los derechos de las partes en el proceso, se suma a las filas de los cuerpos de seguridad pública⁵¹⁶; en términos de Beccaria, “el juez se hace enemigo del reo... no busca la verdad del hecho, busca sólo el delito en el encarcelado”⁵¹⁷.

Una política criminal como la que se plantea, no puede tener cabida legítima en un Estado constitucional que busca la paz y que no acepta discursos que atribuyen legitimidad a acciones bélicas. Guerra y Derecho penal constituyen una dicotomía, son situaciones diametralmente opuestas que implican cada una la negación de la otra.

Esta oposición entre uno y otro se debe sobre todo a los métodos empleados por cada uno. En la guerra, el objetivo principal es derrotar al enemigo, ganar a cualquier precio, y el criterio predominante al diseñar estrategias es la eficacia. En cambio, como ya se ha insistido, el Estado constitucional da una importancia no menor a las formas y métodos, los que no pueden basarse exclusivamente en términos de eficacia práctica. Además, no se puede ver al individuo que el Estado prometió proteger como un contrario a vencer.

Luigi Ferrajoli, haciendo alusión a Hobbes, recuerda que el motivo por el cual se constituye al Estado es precisamente para librarse de los inconvenientes (mortales) del estado de naturaleza, caracterizado como una situación de guerra

⁵¹⁶ Cfr. Donini, *op. cit.*, p. 629; Moccia, Sergio, “Seguridad y sistema penal”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 2, *cit.*, p. 314 y Zepeda Lecuona, Guillermo, “Seguridad ciudadana y juicios orales en México”, en García Ramírez e Islas de González Mariscal (coords.), *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre justicia penal*, *cit.*, pp. 263-264.

⁵¹⁷ Beccaria, *op. cit.*, 2006, p. 255.

constante. Enfrascarse en una guerra contra los delincuentes contribuye al aumento del espiral de la violencia. El Estado civil abdica a su razón de ser y se traiciona a sí mismo. Por tanto, el Derecho tiene que ser entendido como la negación de la guerra y la pena como la negación de la venganza, pues una vez que una comunidad decide establecerse en una sociedad civil, quedan atrás las acciones sólo limitadas por la fuerza que posea cada quien⁵¹⁸.

En estos términos, es evidente la necesidad de desterrar toda idea bélica si se quiere ser congruente con los postulados del Estado constitucional. Asumir que el Estado mexicano se encuentra en una guerra sólo es sumar violencia a la generada por la criminalidad; siendo las principales víctimas de esta situación, los individuos que no encuentran en el conflicto bélico la solución a sus reclamos de seguridad; por el contrario, caen en cuenta –generalmente tarde– que lo único que han perdido es el halo de protección llamado derechos humanos.

4.2.7. Pérdida del parámetro de legitimidad sustancial

Ya se dijo que una de las notas particulares del Estado constitucional, que permiten distinguirlo del Estado legislativo, es que las normas jurídicas para ser válidas, no sólo tienen que cumplir con requisitos formales, sino además con el respeto a ciertos contenidos, establecidos positivamente en la Constitución y en ciertos tratados internacionales, a los que se reconoce una jerarquía especial y que deben permear en todo el ordenamiento jurídico. En México, el Derecho penal del enemigo se ha colocado a la par que los derechos fundamentales, lo que implica una mutación del parámetro de legitimidad, que deja de basarse en las prerrogativas esenciales para operar desde el régimen parapenal.

Este intento por legitimar las normas de excepción ya previstas en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, así como otras de nueva introducción,

⁵¹⁸ Cfr. Ferrajoli, "El Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal", *cit.*, pp. 7-12. Asimismo, "Criminalità organizzata e democrazia", *cit.*, p. 18.

elevándolas a rango constitucional, debería resultar infructuoso mientras se mantengan en contradicción con los derechos y principios que constituyen el núcleo de la Carta Magna. De no ser así, se pasaría de nuevo a un criterio meramente formal sobre la legitimidad del ordenamiento jurídico, pues basta con constitucionalizar cualquier norma para concederle validez sustancial.

Ante la tendencia de restringir derechos fundamentales en las constituciones nacionales, a veces hasta suprimir de plano la esencia del derecho, se ha buscado en los instrumentos de origen internacional que contengan derechos humanos, la fuente de un nuevo parámetro de legitimidad, lo que no implica necesariamente colocarlos por encima de las constituciones, sino más bien integrar un bloque más amplio de derechos, que en caso de contradicciones, se recurriría a mecanismos hermenéuticos especiales como el principio pro persona, que implica atender a la norma o interpretación que otorgue una protección más amplia en cuanto a derechos humanos, o bien, aquella que imponga menores restricciones.

Tras la reforma a la Constitución publicada el 10 de junio de 2011, las cosas parecían ir en ese sendero. Empero, el 3 de septiembre de 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 293/2011, estableciendo que si bien los derechos contenidos tanto en la Constitución como en los acuerdos internacionales gozaban de la misma jerarquía, en caso de existir restricciones expresas a los derechos en la normativa constitucional, debía prevalecer ésta. Con este criterio, se ha fortalecido la supremacía del Derecho penal de excepción, toda vez que las restricciones y no los derechos se colocan en la cúspide jerárquica.

Si los lentes con los que se ve al ordenamiento jurídico son los del Derecho penal del enemigo, no cabe más que aceptar que nos hallamos ante la muerte del Estado constitucional, pues ahora, los derechos están a expensas de que en una norma, cuya rigidez es meramente formal, no se vean restringidos, dejando inservible cualesquiera mecanismos de control de la constitucionalidad, así como el principio pro persona.

4.3. La contradicción del Derecho penal del enemigo con los fines del Derecho penal

Es frecuente concebir al Derecho penal como *ultima ratio*, y ello se debe, sobre todo, a la trascendencia de éste en relación con el individuo. Todo ordenamiento jurídico pretende establecer reglas mínimas de convivencia que permitan la vida en sociedad. En este sentido, el respeto a las normas jurídicas se vuelve indispensable, por lo que para hacerse cumplir, se valen de la coacción, que se expresa a través de una serie de sanciones, entre las que destacan las penales. En los ordenamientos jurídicos desarrollados en Estados constitucionales, como ya se ha reiterado, el respeto a la dignidad humana representa una condición indispensable para la vida social; por lo que ante este panorama, el Derecho penal asume una función paradójica: la protección del individuo a través de la afectación de sus bienes más valiosos.

Ambos fines parecen difíciles de conciliar, puesto que por un lado, es interés de la sociedad la inhibición de los comportamientos que atentan contra aquellos bienes cuyo respeto se estima necesario para el desarrollo de las relaciones sociales, pero por otro, se debe actuar bajo el entendimiento de que no se puede dotar al Estado de un poder tan vasto que represente la claudicación de aquellos derechos que se pretenden proteger. Entre estas dos pretensiones se encuentra la política criminal de todo Estado constitucional, que deberá diseñar los mecanismos que permitan eficazmente la prevención del delito, dentro de aquellos principios que sirven de contención al ejercicio desmedido del poder.

El Derecho penal es el espacio más sensible entre el Estado –el poderoso leviatán dotado del “derecho” de castigar– y el individuo –cuyos derechos fundamentales son su único escudo, pero cuya eficacia no es ontológica–. Basta recordar lo relatado en el Capítulo segundo para comprobar los horrores asociados con el Derecho penal. En muchas ocasiones, éste ha sido solamente la manifestación arbitraria de aquellos que ejercían el poder, o bien, la expresión

institucional de la discriminación frente a un grupo de personas. El Derecho penal se encuentra manchado con la sangre y el dolor de todas aquellas personas que fueron condenadas injustamente, aun cuando legalmente el castigo hubiera sido imponible, de las detenciones arbitrarias y los castigos desproporcionales. Al final del día, la pena es un ejercicio de fuerza que se suma a la violencia desplegada por el delito.

Los estudiosos del Derecho penal orientados por una postura liberal desconfiamos de nuestra materia. Sabemos de sus alcances, pero a la vez sabemos que no podemos prescindir de él, en la medida en que la imperfección humana lleva al quebrantamiento de lo preceptuado jurídicamente, que como ya se mencionó, constituye el mínimo para permitir el desarrollo de las relaciones sociales. Pero además, sabemos que sólo él puede servir de muro de contención frente a la reacción que la sociedad tome en contra de los infractores –y posibles infractores– de las normas.

Es natural la pretensión de defensa social en contra de los individuos que atentan contra los valores esenciales. Frente a un comportamiento desviado normalmente se presenta una reacción, cuya magnitud debería ser proporcional a la importancia de aquél⁵¹⁹; empero, esta relación de proporcionalidad no siempre se cumple, pues el impacto y dolor que pueden generar ciertos actos, así como la influencia de intereses ajenos, lleva en ocasiones a imponer consecuencias desmedidas o francamente injustas, o incluso a reaccionar frente a conductas –o individuos– que siendo inocuas, generan desprecio. Por ello, el Derecho penal se erige como mecanismo de contención frente a la reacción social, que aun cuando no pretende eliminarla, sí busca que siga el camino de la razón y no de la pasión y la venganza.

En este sentido, Luigi Ferrajoli sostiene que “el derecho penal nace no como desarrollo, sino como negación de la venganza; no en continuidad, sino en discontinuidad y conflicto con ella. Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino

⁵¹⁹ Para un estudio de la reacción social, véase Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, 5ª ed., Porrúa, México, 2009, pp. 37 y ss.

con el de impedirle”⁵²⁰. La pena constituye entonces la estatalización de la reacción social, la cual reviste una serie de límites y condiciones en su imposición.

Por ilógico que pueda sonar, el Derecho penal busca proteger al delincuente y al imputado; lo protege de la imposición de un castigo sin mediar un proceso en el que pueda defenderse adecuadamente frente a un tercero imparcial y lo protege de una reacción desmedida a su culpabilidad o contraria a su dignidad. Así, el Derecho penal constituye lo que Franz von Liszt denominó la “*Magna Charta del delincuente*” o “la barrera intransgredible de la Política criminal”⁵²¹.

Por esta razón, el Derecho penal tiene un lugar legítimo en el Estado constitucional, no como un mal necesario, sino como el instrumento que servirá para mantener las pasiones de la sociedad, exaltadas por el deseo de venganza, dentro de ciertos límites fundados en la idea de que el delincuente, como cualquier persona, también es un ser humano que merece respeto y protección. La pena no sólo es útil para la sociedad, sino también para el delincuente, pues a través de ella se encuentra protegido en contra de reacciones desmedidas.

Esta misión puede ser antidemocrática, pues no es común que las mayorías generen normas que protejan a aquellos que atentan contra los bienes más valorados, y mucho menos en favor de los enemigos; sin embargo, la insistencia de un Derecho penal garantista no se basa en una idea mártir, en el sentido de “poner la otra mejilla”, sino en el recordatorio de que los seres humanos somos capaces de una crueldad impresionante que nos lleva a imponer nuestro modo de ver el mundo a cualquier precio bajo la convicción de que los que no comparten

⁵²⁰ Este autor sostiene que el Derecho penal surge cuando el que determina la reacción contra el ofensor deja de ser la víctima y pasa a ser un tercero imparcial. *Derecho y razón*, cit., pp. 333-334.

⁵²¹ Liszt, *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 65. Véase además: Hassemer, *Crítica al derecho penal de hoy*, cit., pp. 48-49. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 331 y ss.; Hassemer, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, trad. de Miguel Ontiveros Alonso, INACIPE, México, 2003, pp. 33-35; Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, España, 1989, pp. 116-118; Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, cit., p. 182, “La legitimación del control penal de los extraños”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 2, cit., p. 1121 y *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática penal*, EDIAR, Argentina, 1998, pp. 219-220, Alcácer Guirao, Rafael, “Los fines del Derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. L, MCMXCVIII, enero-diciembre 1998, España, 2001, p. 539.

nuestras ideas están equivocados, lo cual, cuando coincide con un gran poder, puede generar consecuencias terribles.

Recordemos la idea del velo de la ignorancia de Rawls. Bajo éste, no podemos saber si somos esos “otros” que pretenden ser neutralizados por la sociedad; por lo que lo más racional es que se opte por un Derecho penal garantista, que sancione hechos perfectamente descritos y no sujetos pertenecientes a un sistema antisocial; un Derecho penal que se aplique cuando exista certeza de que una persona es responsable y no simplemente sospechosa, que prevea penas racionales y no simples respuestas con propósitos simbólicos y matiz demagógico. En resumen, bajo el velo de la ignorancia, lo lógico es que se opte por un Derecho penal que asuma como función (también) la de racionalizar el poder punitivo del Estado, en aras de proteger la libertad de cualquier persona. Ante la gran trascendencia del Derecho penal, éste sólo será aceptado si constituye un beneficio, incluso para los delincuentes. En otras palabras, si contribuye a disminuir la violencia que amenaza tanto a las víctimas como a los responsables penalmente.

Este propósito de contención del poder punitivo no implica desconocer otras funciones como la prevención general o la prevención especial. Empero, el primero no es exclusivo del Derecho penal, sino de toda una política criminal que debe abarcar medios no penales, entre los que se encuentran instrumentos legales y no legales. Además, asumir la prevención general como única función del Derecho penal significaría evaluar la ley penal exclusivamente bajo criterios de eficacia –entendida ésta como disminución de delitos–, lo cual en un Estado constitucional, que ha abrigado el respeto a la dignidad humana como eje de su actuar, resulta imposible. La prevención especial por otro lado, se relaciona más con la ejecución de la pena que con los efectos autónomos de la ley penal. Por tanto, estas finalidades no pueden justificar integralmente al Derecho penal, como sí lo hace en cambio, la función de contención, que sólo puede ser ocupada por el Derecho penal. Sin éste, la imposición de consecuencias por parte de la sociedad

hacia los desviados, seguramente no se extinguiría, solamente se hallaría liberada de cualquier límite.

Esta misión se logrará a través del respeto a los derechos, principios y garantías penales y procesales penales. Por ejemplo, la presunción de inocencia evitará que una persona sea condenada si no se tiene certeza de su responsabilidad; el derecho a una segunda instancia permitirá que una decisión tomada ilegalmente sea revocada; la prohibición de trascendencia de la pena impedirá que los efectos de las sanciones vayan más allá del sentenciado; los principios de necesidad, de hecho y lesión imponen límites al actuar del legislador; bajo el principio de *ultima ratio*, éste deberá comprobar que los fines preventivos no se alcancen a través de medios menos lesivos que los ofrecidos por el Derecho penal; el principio de legalidad servirá como marco de libertad al proporcionar la certeza de que ninguna conducta no tipificada por la ley, podrá ser causa de una sanción, lo que implica la prohibición de aplicar las normas de manera retroactiva o analógica. Por tanto, el Derecho penal, al menos en un Estado constitucional, sólo encontrará legitimación si es fiel a sus principios, pues de lo contrario se estaría traicionando y pasaría de ser el límite de la reacción social, a un instrumento para potenciar la misma.

Puestas así las cosas, no cabe duda que el Derecho penal del enemigo no se acopla a esta importante misión del Derecho penal. El Derecho penal del enemigo pretende ante todo la inocuización del delincuente (*vid.* 1.3.), por ello prescinde de los derechos y principios mencionados en los apartados anteriores, bajo la lógica de que es preferible dar rienda suelta al poder a fin de que nos defienda de los enemigos que sólo quieren acabar con la sociedad. Así, las penas se elevan exageradamente, pues como ya se señaló, en México, una persona puede ser condenada hasta por sesenta años por delincuencia organizada (*vid.* 3.2.3.). La finalidad de estas normas parapenales no es ya la de servir de contención al poder punitivo del Estado; es potenciarlo y dotarlo de los instrumentos a fin de que ningún enemigo quede libre.

El marco de libertad diseñado por la ley se pierde ante la ambigüedad de tipos penales como la delincuencia organizada, pues sus requisitos mínimos hacen que cualquier grupo de tres autores sea concebido como una organización criminal. La relajación de las garantías procesales provoca mayor probabilidad de error judicial, puesto que la condena ya no depende tanto de que la autoridad haya demostrado la culpabilidad del imputado, sino de que éste no haya podido acreditar su inocencia.

Al prescindir de garantías procesales y otros derechos fundamentales se perdió la forma de evaluar la legitimidad del sistema penal en el Estado constitucional. Se acoge entonces nuevamente la eficacia como único parámetro para saber si las normas penales son válidas, lo que desemboca en un retroceso histórico que había seguido el Derecho penal en su lucha contra la violencia, en su lucha, por qué no decirlo, contra el Derecho penal del enemigo.

Como señala Zaffaroni, adoptar el Derecho penal del enemigo es tanto como “entregar el instrumento con el que el derecho penal debe diagnosticar los defectos del estado de derecho histórico como ente real y orientar su resistencia al estado de policía es como entregar las armas creyendo que se llega a un armisticio, cuando en realidad se trataría de una rendición en las peores condiciones”⁵²².

La promesa de que este régimen de excepción se mantendría acotado a los sujetos socialmente peligrosos resulta ilusa, pues la lista de los enemigos tiende a crecer y el Derecho parapenal pide mayores espacios. Ejemplo de lo anterior es la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro, que siguiendo la lógica de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, ha incorporado normas *sui generis*; por ejemplo, un régimen ejecutivo y de prisión preventiva que implica la restricción de comunicación con terceros, la imprescriptibilidad de la acción penal, la restricción de sustitutivos y otros beneficios reductores de la pena, con excepción de los relativos a los colaboradores con la autoridad y, tras la reforma publicada el 3 de junio de 2014

⁵²² Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, cit., p. 185.

en el *Diario Oficial de la Federación*, punibilidades que alcanzan los ciento cuarenta años, que al exceder por mucho la esperanza de vida del ser humano, lleva a la ley penal a adherirse únicamente a una función simbólica que de nada servirá a las aspiraciones de seguridad de la población. El sistema penal empieza a perder su unidad, por lo que en un futuro no muy lejano se podrá hablar de *Derechos penales*, cada uno orientado bajo una propia filosofía y delimitados por principios diferentes, atendiendo por supuesto, al grado de enemistad que se establezca con el delincuente (o simple imputado).

El Derecho penal, para mantener su legitimidad, debe conservar su asimetría con los delitos. Por tanto, no puede castigar violando sus propias normas, pues ello implicaría confundirse con el crimen, pues en los medios y no en los fines se encuentra la fuente de legitimidad del Derecho penal.

Saber cuál es la función del Derecho penal sirve sobre todo para seleccionar los instrumentos de los que se valdrá para alcanzar dicho fin. Entonces, si asumimos como misión del Derecho penal la contención y no la potenciación de la reacción social expresada a través del ejercicio del poder punitivo, los derechos, principios y garantías se convierten en elementos no prescindibles, pues al violarlos, el Derecho penal está dejando de ser Derecho penal, abandonaría su ciencia y filosofía y se traduciría en una simple técnica que puede ser empleada para los más disímiles propósitos. Por eso, Manuel Cancio Meliá señala que “Derecho penal del ciudadano es un pleonasma”, pues toda norma penal debe estar orientada a la protección de los ciudadanos, en cambio, “Derecho penal del enemigo [es] una contradicción en los términos”⁵²³.

⁵²³ Cancio Meliá, “¿Derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 70. Los caracteres entre corchetes son propios.

4.4. Entre el Estado constitucional y el Derecho penal del enemigo

México atraviesa por un serio problema de seguridad pública: todos los días se cometen homicidios, secuestros, extorsiones. Los distintos sectores de la sociedad coinciden en la necesidad de hacer frente a este problema; no así con respecto al camino que se debe seguir para ello. Algunas voces cuestionan la falta de políticas de prevención; sin embargo, su imposibilidad para ofrecer resultados a corto plazo reduce sus adeptos en una sociedad que está viviendo diariamente el horror provocado por la violencia, por lo que se exigen respuestas eficaces y contundentes⁵²⁴.

La situación de inseguridad se ve exacerbada por los medios de comunicación, que presentan imágenes sangrientas y desoladoras de la ola de violencia que mancilla la sociedad. El dolor de las víctimas tiene una atención mediática especialmente relevante, las cuales piden venganza por lo que se les ha hecho. El contacto diario con la violencia a través de los medios de comunicación va generando una idea: “en cualquier momento me puede pasar a mí”, y en caso de que una persona procesada sea liberada, ya sea porque se le declare inocente o, peor aún, por violación a “formalidades” del procedimiento, lleva al necesario dictamen de que el gobierno ha fallado (una vez más) y que lo que ha hecho es insuficiente para resolver el problema⁵²⁵.

Ante este panorama, el Derecho penal del enemigo sugiere que la reducción de derechos humanos y principios constitucionales es una alternativa

⁵²⁴ Joaquín Villalobos define la propuesta de priorizar las políticas preventivas como un mito en la guerra contra la delincuencia organizada, pues destaca: “La prevención supone actuar antes de una emergencia, no se puede aplicar una política preventiva para evitar lo que ya está pasando. El dilema entre prevención o represión es normalmente presentado como si se tratara de alternativas separadas, cuando en realidad ambas son indispensables para la seguridad. La dosis de una u otra depende del nivel de desarrollo que tenga la amenaza que se está enfrentando. Las políticas sociales no pueden reducir la densidad criminal ya existente y tampoco pueden transformar en buenas personas a los miles de asesinos que ya están matando en las calles. En una situación como la que enfrenta México es tan importante tener suficientes escuelas y maestros para garantizar seguridad en el futuro, como tener suficientes prisiones y policías para garantizar la seguridad en el presente. En otras palabras, no hay manera de evadir el conflicto y evitar la necesidad de reprimir a los delincuentes”. “Nuevos mitos de la guerra contra el narco”, *Nexos*, 1 de enero de 2012, consultado en <http://www.nexos.com.mx/?p=14631>, 10 de julio de 2014, 21:00.

⁵²⁵ Para un estudio sobre el impacto de los medios en la percepción de las personas en relación con el problema de delincuencia y la consecuente demanda de seguridad, véase Torres, Sergio Gabriel, *Derecho penal de emergencia. Lenguaje, discurso y medios de comunicación. Emergencia y política criminal. Instrumentos y consecuencias*, Porrúa, México, 2010, pp. 43 y ss.

plausible siempre que se haga en relación con ciertos individuos cuya forma de comportarse radicalmente antisocial ha trastocado la vida comunitaria. El Estado identifica al delincuente organizado como el causante de tanta desgracia. Se difunde la idea de que las estructuras criminales organizadas son las principales responsables del problema de inseguridad que aqueja al país, por lo que la solución se vuelve obvia: la erradicación del enemigo.

La identificación de seres adversos como los causantes de todos los problemas, lleva a justificar una serie de medidas basadas en la desesperación. Etiquetar a una persona como enemigo se convierte en justificación de que contra él todo se vale. En este sentido, el enemigo se convierte en un ente necesario; necesario para la sociedad y el Estado que buscan culpables de aquello de lo que también somos responsables, pero en lugar de asumir esta realidad, nos resulta mucho más fácil abrigar la esperanza de que acabando con los enemigos, la emergencia será superada.

Como señala Pedro Salazar, ante la crisis surgen “voces que claman venganza, talión y muerte. Nada más natural ni más humano. Perdidos en un laberinto sin explicaciones del porqué de tanta sinrazón nos refugiamos en la sinrazón misma: no tiene justificación lo que nos han hecho; no tendremos civilidad para con ellos”⁵²⁶. El miedo se apodera de la población que está dispuesta a sacrificar sus libertades con tal de alcanzar mayor seguridad; empero, no nos damos cuenta que el miedo es un mal consejero en la toma de decisiones, sobre todo de aquellas relacionadas con la política criminal cuyos efectos trascienden los derechos humanos más sensibles; decisiones que deben ser tomadas sobre criterios racionales y científicos, no adoptadas con base en las pasiones del momento.

Se genera la idea de emergencia y con ello, la necesidad de agilizar la actividad estatal. En México, sin embargo, llevamos más de dos décadas de emergencia, y mientras se han autorizado el uso de medidas cada vez más excepcionales, la realidad muestra que el problema de seguridad se recrudece.

⁵²⁶ Salazar Ugarte, *Crítica de la mano dura*, cit., p. 17.

Ante semejante situación, el discurso de la emergencia parece servir únicamente de aval a medidas restrictivas de derechos, pero sin un efecto real en la disminución de los índices delictivos. La promesa de que el régimen de excepción sólo sería temporal quedó en el olvido, la emergencia se instaló y se confundió con la normalidad. Lo excepcional se convirtió en regla.

Lo ilógico del discurso de la emergencia es que se sabe de antemano que la delincuencia siempre ha existido y que siempre existirá, por lo que llegamos al ridículo de aceptar emergencias permanentes. Se asume que el Estado constitucional y sus valores son una idea abstracta que debe quedarse en el mundo de la teoría, pero que no ofrece soluciones reales al problema.

No obstante, autorizar el ejercicio nudo del poder y liberarlo de sus cadenas exige depositar demasiada confianza en las autoridades, creer que harán uso de sus facultades excepcionales exclusivamente para detener a los enemigos del país. Depositar tanta confianza, por no decir fe, parece más iluso que pugnar por la propuesta del Estado constitucional. Ante esta disyuntiva parece inteligente recordar la advertencia de John Locke y preguntarse si para intentar salvarnos de los gatos monteses y los zorros, en realidad estamos entrando en la boca del león⁵²⁷.

Para detener a los enemigos que impiden las condiciones de normalidad necesarias para el libre ejercicio de los derechos, se propone paradójicamente la violación de más derechos. ¿Qué lógica puede haber en esto? La inseguridad no proviene únicamente de los delincuentes, sino que, en la medida en que se pase sobre aquellos derechos que como ya se defendió, constituyen el mecanismo que sirve para que todo individuo pueda afrontar el mundo como persona, también se está generando inseguridad, proveniente ahora de una entidad que sin duda cuenta con más poder que cualquier organización criminal.

⁵²⁷ La cita a la que estoy haciendo alusión es la siguiente: "Es como si los hombres, una vez dejado el estado de naturaleza, y tras ingresar en la sociedad, acordaran que todos ellos, menos uno, deben estar bajo las leyes; y que la única persona que no está sometida a ellas retiene toda la libertad propia del estado de naturaleza, aumentada con el poderío y hecha licenciosa por la impunidad. Ello equivale a pensar que los hombres son tan estúpidos como para cuidar de protegerse de los daños que pueden causarles los gatos monteses y los zorros, y que no les preocupa, más aún, que encuentren seguridad en el hecho de ser devorados por los leones". Locke, *op. cit.*, p. 213.

La idea de que a través de la aplicación de un régimen parapenal se está salvando el constitucionalismo de los derechos es falsa, puesto que como se ha reiterado, para el Estado constitucional son tan importantes los fines como los medios, por lo que no se puede pasar por encima de los derechos y principios bajo la idea de que con ello se les está protegiendo, cuando simple y sencillamente se está negando al Estado constitucional.

Entre más restricciones se establecen, entre más se aflojan las cuerdas del poder, más lejana es la posibilidad de regresar al proyecto constitucional. Seguramente se dirá que los derechos humanos pertenecen a un discurso iluso, que son cuestiones teóricas que impiden afrontar la situación de emergencia; se nos pide ser realistas. A este alegato se tendrá que contestar que si verdaderamente se desea ser realistas, entonces tenemos que abrazar el proyecto de los derechos humanos, pues la historia ha demostrado que cuando el poder pidió suspender los derechos para salvar a la sociedad de una emergencia, ésta no se superó, muy por el contrario se exacerbó, ahora en razón de un ente dotado del uso “legítimo” de la violencia.

Probablemente se alegue que no se están sacrificando los derechos de todos, sino únicamente de los enemigos, que han demostrado desdén hacia la sociedad; el delito mismo es concebido como una violación a los derechos humanos, ante la cual el Estado también debe reaccionar. No obstante, este pensamiento nos puede llevar a la peligrosa distinción entre los derechos de los “buenos” –la sociedad vulnerable y necesitada de protección– y los derechos de los “malos” –los enemigos, a quienes después del tremendo daño ocasionado resulta sencillamente irracional e injusto reconocerles derechos–. Los primeros, según esta óptica, deben ser objeto de protección, mientras que los segundos desaparecen para que sobrevivan aquéllos.

Sin duda, esta idea está presente en los gobernantes. Ejemplo de ello es lo declarado por Patricia Espinosa, exsecretaria de Relaciones Exteriores, que el 17 de enero de 2009 afirmó: “No hay que olvidar un dato muy importante. De cada 10 asesinatos, nueve son de personas vinculadas con las bandas del narcotráfico. No

es la población civil la que está muriendo en México”⁵²⁸. Como refiere Pedro Peñaloza, lo que se dijo entonces es que los narcotraficantes no eran parte de la población civil, que sus derechos no importaban, lo que representó la “modernidad prometida caminando de espaldas a la historia”⁵²⁹. Lo más preocupante es que en la misma entrevista, la funcionaria declaró que la mayoría de los asesinados eran menores de treinta años, atraídos a las filas del narcotráfico. Se puede inferir entonces que en México la mayoría de los enemigos son jóvenes buscando oportunidades de vida que probablemente no encontraron por las vías institucionales.

La afirmación de que el Derecho penal del enemigo es sólo sectorial y, por tanto, sólo afecta los derechos de quienes se han apartado de las sendas del Derecho, olvida que el sistema punitivo tiende a ser selectivo, y aun cuando se presume con bombo y platillo la captura de las cabezas de los cárteles, lo cierto es que las prisiones siguen siendo llenadas con jóvenes y personas de bajos recursos y sin educación. El Derecho penal, así como sus consecuencias estigmatizadoras, recaen sobre todo en aquellos a los que Mireille Delmas-Marty identificó como los marginados, sujetos de peligro o desviados de las sociedades industrializadas⁵³⁰. La nueva era de la selección natural llegó y el mecanismo que utilizó para este propósito es el Derecho punitivo, que se encargó de excluir a aquellos que fueron señalados como los “otros”.

Crear un modelo con reglas especiales cuya aplicación se encuentra aparentemente restringida a unos sujetos a los cuales se les ha llamado enemigos, supone que es posible identificarlos plenamente; de lo contrario, se correría el riesgo de tratar como enemigo a un ciudadano, tal como lo teme Jakobs (*vid.* 1.3.5.). El enemigo moderno, sin embargo, no es identificable en virtud de sus características físicas, sino que es un delincuente que para poder ser llamado como tal, al menos en un Estado constitucional, debería ser necesario llevar a

⁵²⁸ Entrevista a Patricia Reyes Espinosa, “México no es un Estado fallido”, *El País*, 17 de enero de 2009, consultado en http://elpais.com/diario/2009/01/17/internacional/1232146806_850215.html, 10 de julio de 2014, 21:00.

⁵²⁹ Peñaloza, Pedro José, *México a la deriva: y después del modelo policiaco, ¿qué?*, 2ª ed., UNAM, México, 2013, p. 144.

⁵³⁰ Cfr. Delmas-Marty, Mireille, *Modelos actuales de política criminal*, Centro de Publicaciones Secretaría General Técnica Ministerio de Justicia, España, 1986, p. 23.

cabo un proceso que concluya en una sentencia condenatoria. Por tanto, para identificar a los enemigos y poderlos diferenciar de los ciudadanos, siempre que se quiera seguir por la senda del Estado constitucional, sería menester aplicar las reglas procesales ordinarias, y sólo hasta vencer la presunción que exige llamar a todo acusado como inocente, se podría llamar a alguien delincuente, en este caso, enemigo.

El régimen parapenal no funciona así, pues al restringir garantías procesales se da un trato de enemigo a toda persona que se le acuse, aunque todavía no se le compruebe haberse apartado decididamente del camino del Derecho. El enemigo moderno es un ser sin rostro que se oculta entre la población, por lo que para poder detenerlo, el Derecho penal de excepción tiene que pasar por encima de los que sea necesario, y no sólo de estos focos de peligro, como se había prometido. El enemigo no es entonces aquel sujeto de enemistad comprobada, es el que puede ser enemigo, el sospechoso que tendrá que afrontar un proceso cuya oportunidad de defensa se encuentra restringida en aras del eficientismo penal⁵³¹.

Por ende, la lucha por los derechos fundamentales en el Derecho penal no es interés únicamente del delincuente, es una lucha de todos. Recordemos la idea del velo de la ignorancia que nos impide saber las circunstancias que cada uno deberá afrontar. Nadie está exento de ser sometido a un proceso penal. Si no comprendemos esta posibilidad seremos incapaces de entender la necesidad de protección por la que atraviesa cualquier imputado que sólo cuenta con la presunción de inocencia y el derecho de defensa para hacer frente al poderoso Leviatán.

El sistema punitivo de todo Estado resulta siempre el más frágil en cuanto al respeto de derechos humanos se refiere. No existe otra intervención más trascendente para los bienes del individuo que la que puede hacer el Estado por medio del Derecho penal, por lo que es un terreno en el que se tiene que exigir con mayor tesón. En la medida en que luchemos también por los derechos de

⁵³¹ Cfr. Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, cit., pp. 123-125 y Ambos, Kai, *op. cit.*, pp. 29-30.

aquellos que han quebrantado la ley y, por tanto, se les empiece a considerar como integrantes de la comunidad, estaremos avanzando hacia una sociedad más civilizada y humana, que reconoce derechos para todos.

La promesa de seguridad que ofrece el Derecho penal del enemigo puede resultar falsa atendiendo a la forma en la que definamos a la seguridad. Si entendemos como tal sólo la ausencia de delitos, entonces podemos confiar en la propuesta que nos ofrece el Derecho penal del enemigo; al final del día, la mejor manera de asegurar este propósito es que todo individuo sea privado de su libertad. En cambio, si apostamos por un concepto de seguridad que implique necesariamente el respeto a los derechos fundamentales, lo que ofrece el Derecho penal del enemigo sólo puede agravar el problema. Ya Rousseau había afirmado que:

Se dirá que el déspota asegura a sus súbditos la tranquilidad civil; sea, pero ¿qué ganan con ello, si las guerras que su ambición ocasiona, si su insaciable avidez y las vejaciones de su ministerio les arruinan más que sus disensiones internas? ¿Qué ganan, si esta misma tranquilidad constituye una de sus miserias? Se vive tranquilo también en los calabozos, pero ¿es esto encontrarse y vivir bien? Los griegos encerrados en el antro de Cíclope, vivían tranquilos esperando el turno de ser devorados⁵³².

La idea del Derecho penal del enemigo es que para poder alcanzar la seguridad es necesario prescindir, supuestamente de manera temporal, de los derechos humanos; como ya se mencionó las prerrogativas se muestran como obstáculos a la solución. Esta antinomia entre derechos y seguridad ha sido calificada por Sergio García Ramírez como un “absurdo dilema”, que de aceptarlo, “caeríamos en una costosa falacia y abriríamos la puerta a problemas que nos llevarían a un histórico naufragio”. El ser humano no puede ser sacrificado en aras de la paz; puesto que su protección y reconocimiento de dignidad son condiciones para esta finalidad⁵³³. Venustiano Carranza, ante el constituyente de 1917, había

⁵³² Rousseau, *op. cit.*, p. 6.

⁵³³ Cfr. García Ramírez, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, *cit.*, p. XX.

invocado la importancia de proteger la libertad que siempre se ve amenazada con la excusa de mantener el orden. Las palabras exactas fueron las siguientes:

Por esta razón, lo primero que debe hacer la Constitución política de un pueblo, es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el Gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente⁵³⁴.

En estos términos, y a fin de evitar confusiones, parece oportuno migrar de una idea de seguridad pública a otra de seguridad ciudadana⁵³⁵, en la que el respeto a los derechos sea indispensable. Nadie podrá pedimos escoger entre derechos y seguridad, pues para alcanzar ésta se vuelve imprescindible el respeto y garantía de aquéllos.

La seguridad ciudadana, como eje rector del diseño e implementación de políticas públicas, obliga a colocar al individuo antes que al Estado, el cual es entendido como un instrumento o mecanismo al servicio del primero, por lo que toda acción debe estar orientada hacia su protección y al desarrollo de un mínimo de condiciones de vida. Por tanto, no es posible hablar de enemigos en un modelo que exige respeto absoluto para todo ser humano.

Es necesario hacer un llamado al respeto a los principios, cuya edificación y lucha constante no se hizo para que rigieran únicamente en los momentos fáciles. Si se pretende dar un valor real a los principios, éstos deben ser tomados en serio y sobre todo para los tiempos de crisis en los que tomar salidas fáciles parece más tentador y cuando la promesa del autoritarismo es más llamativa. En la medida en

⁵³⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1995*, 19ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 749.

⁵³⁵ En agosto de 2011 la UNAM en colaboración con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional presentó un documento llamado *Elementos para la Construcción de una Política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia*. En este documento se establecieron como criterios rectores de una política integral de seguridad, entre otros, la primacía del régimen constitucional de los derechos humanos y la orientación hacia la seguridad humana. Según el primer criterio, toda acción que vulnere las prerrogativas esenciales del ser humano resulta contraria a los fines de seguridad y justicia en una democracia. Por lo que hace a la segunda directriz, se entendió la seguridad humana o ciudadana como aquella en la que se garantiza el pleno desarrollo humano, lo cual incluye el pleno ejercicio de derechos y libertades, así como el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Bajo este concepto, se coloca al ciudadano como "centro de todas las acciones por la seguridad y la justicia". El documento completo puede ser consultado en http://www.abogadogeneral.unam.mx/PDFS/Propuesta_Seguridad_y_Justicia_en_Democracia.pdf, 20 de julio de 2014, 13:00.

que seamos capaces de afrontar las emergencias con respeto a los principios del Estado constitucional, habremos demostrado que los derechos humanos no son una moda o una promesa vacía⁵³⁶.

Tiene razón Ronald Dworkin cuando asevera que el respeto a los derechos humanos tiene un costo; no obstante, el costo sería mucho más alto si decidimos prescindir de ellos, pues implicaría olvidar el valor del ser humano. Asumir el riesgo de los derechos humanos supone un acto de fe en nuestra propia humanidad⁵³⁷.

El Estado que viola los derechos que prometió defender no es un Estado fuerte; muy por el contrario, es un Estado que mostró su debilidad para cumplir con sus funciones a través de los medios que condicionaban su legítima existencia⁵³⁸. El Estado constitucional, si quiere mantener esta calificativa, no puede tomar como enemigos a un grupo de personas. El auténtico enemigo del Estado constitucional es el autoritarismo, la exclusión, la violencia arbitraria y, por tanto, el propio Derecho penal del enemigo.

Vincular el Derecho penal del enemigo como una condición de los derechos humanos implica tomar la salida falsa y peligrosa, que parece brillante en un contexto en el que se busca desesperadamente soluciones rápidas. Como afirma Zaffaroni, “los discursos jurídico-penales más peligrosos (por genocidas) no son los que muestran y expresan una antropología aberrante, sino los que la ocultan bajo disfraces humanistas; los primeros son fácilmente neutralizables, los segundos se amparan en su nebulosidad y en su permanente cambio de nivel de discurso, que impide todo diálogo”⁵³⁹.

Si en verdad queremos ser coherentes en nuestra búsqueda de la humanidad. Si nos tomamos en serio un proyecto basado en la igualdad y respeto

⁵³⁶ En este sentido Ferrajoli señala que lo que “se ha roto no es uno o más principios, sino el valor mismo de los principios, que se han probado flexibles y, en caso necesario, apartables: en una palabra, ya no “principios”. *Derecho y razón*, cit., p. 831. Asimismo, Winfried Hassemer afirma que “si estos principios ya no son de ponderación firme también en los “tiempos de necesidad”, pierden su valor para nuestra cultura jurídica”. *Crítica al derecho penal de hoy*, cit., p. 61.

⁵³⁷ Cfr. Dworkin, “Derechos y terror”, cit., pp. 33-36.

⁵³⁸ Cfr. Salazar Ugarte, *Crítica de la mano dura*, pp. 176-177.

⁵³⁹ Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, cit., p. 221.

absoluto a la dignidad humana, no tenemos otra alternativa que abandonar la lógica de la excepción y enfrentar el problema de inseguridad sin mermar los derechos fundamentales. En la medida en que exijamos el respeto a los derechos humanos estaremos más cerca de una solución.

4.5. La política criminal del enemigo: consecuencias y resultados

El enemigo, viejo compañero del Derecho penal que aparece en momentos de debilidad social y estatal para cumplir una función: proporcionar una explicación fácil a la crisis por la que atraviesa una determinada sociedad. Este ser sin rostro sirve para dirigir nuestros principales temores y deslindarnos de la responsabilidad por nuestras fallas. La solución parece fácil: acabemos con el enemigo y todos nuestros problemas habrán llegado a su fin.

Esta firme convicción ha guiado los pasos de la política criminal del Estado mexicano, que ha buscado con los medios más contundentes derrotar al terrible enemigo; se ha apostado por instrumentos punitivos, el uso excesivo de la prisión y cuerpos policiales –cuando no han sido sustituidos por las fuerzas armadas–. La política de seguridad en nuestro país ha pretendido acabar la violencia con más violencia.

Se han erigido altas fortalezas penitenciarias para contener a los enemigos bajo la promesa –que se sabe de antemano fallida– que en ellas podrán ser enclaustrados todos los delincuentes, a quienes pareciera se les considerase una especie distinta que puede ser erradicada.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reportó en el *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, publicado el 30 de diciembre de 2013, que los centros penitenciarios mexicanos albergan aproximadamente a 242,000 internos, siendo el tercer país en la región con mayor población carcelaria después de los Estados Unidos y Brasil. Sin embargo, la capacidad de los centros

penitenciarios es de 188,000 reclusos, lo que significa que existe una sobrepoblación que ronda el 26%; situación que es más grave si se considera que más del 40% de la población en estos centros no ha recibido condena. Además, en los últimos cinco años, alrededor de 600 internos han perdido la vida. Se informó además que el aparato estatal se centra en la persecución de delitos menores, en especial patrimoniales de baja cuantía⁵⁴⁰.

En el caso específico de la delincuencia organizada, la Subprocuraduría Jurídica y de Asuntos Internacionales informó que de diciembre de 2006 a septiembre de 2012, 9,233 personas fueron detenidas por presuntos vínculos con el crimen organizado, de las cuales solamente 1,059 fueron consignadas y 377 puestas en libertad⁵⁴¹. Lo que evidencian estos números es que el régimen de excepción y la guerra contra el crimen organizado sólo han podido llevar a las prisiones a “probables enemigos”.

Pedro Peñaloza refiere que en 1995 había 102 presos por cada 100 mil habitantes⁵⁴². Según la *Primera Encuesta realizada a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social* elaborada por el CIDE, para 2012, la cifra había aumentado a 204 internos por cada 100 mil habitantes⁵⁴³. El número de presos prácticamente se ha duplicado sin que ello represente una disminución en el número de delitos.

De igual forma, la estrategia de seguridad empleada en nuestro país ha apostado por el aumento en el número de las fuerzas policiacas. En 2012 se

⁵⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 30 de diciembre de 2013, pp. 31 y ss., consultado en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>, 18 de julio de 2014, 19:30. Para un estudio sobre la situación en materia de derechos humanos de los presos en México véase García Ramírez, Sergio y Martínez Breña, Laura, *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, UNAM-Porrúa-Programa Universitario sobre Derechos Humanos, México, 2014.

⁵⁴¹ El oficio de la Subprocuraduría se puede consultar en Saúl Rodríguez, Lilia, “De 9 mil detenidos por crimen organizado en 6 años, 682 purgan condena”, *Animal Político*, consultado en <http://www.animalpolitico.com/2013/02/de-9-mil-detenidos-por-crimen-organizado-en-6-anos-682-purgan-condena/#axzz3BkpMKfnX>, 18 de julio de 2014, 19:30.

⁵⁴² Cfr. Peñaloza, *México a la deriva*, cit., p. 177.

⁵⁴³ CIDE, *Primera Encuesta realizada a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social*, México, 2012, p. 12.

calculó que México era el tercer país con más policías, sólo superado por India y Estados Unidos. Empero, ello tampoco ha resultado en la baja de los delitos⁵⁴⁴.

Este incremento cuantitativo, que no necesariamente cualitativo, de la policía no ha impedido que se recurra al ejército en esta guerra, lo cual, no ha significado más que la acentuación de la deformación de las instituciones, así como la demostración de la incapacidad del Estado para resolver los temas de seguridad pública con los mecanismos diseñados para tal propósito. El artículo 21 constitucional es claro cuando establece que las instituciones encargadas de la seguridad pública deberán ser de carácter civil. Sumado a lo anterior, el artículo 129 dispone que en tiempos de paz, ninguna autoridad podrá ejercer más funciones que las estrictamente ligadas a la disciplina militar. Sin embargo, la legitimidad del uso del ejército en tareas de seguridad pública se ha basado en una vieja sentencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que al resolver la acción de inconstitucionalidad 1/96 determinó que, de una interpretación histórica, armónica y teleológica del artículo 129, la milicia puede auxiliar a las autoridades civiles cuando éstas soliciten su apoyo, siempre que no se les sustituya en sus ámbitos competenciales. La Corte estimó que la disciplina militar comprende diversas acciones, entre ellas, contribuir en las tareas de seguridad pública, lo que legitima el actuar de la milicia en tareas que en principio son ejercidas por autoridades civiles; interpretación que se ve reforzada, se sostuvo, por el hecho de que el artículo 89, fracción VI de la Constitución faculta al Ejecutivo para disponer de las fuerzas armadas a fin de defender la seguridad interior del país⁵⁴⁵.

En esta sentencia la Suprema Corte realizó una interpretación demasiado extensiva de lo que debe entenderse por disciplina militar; además de que fue emitida antes de la reforma al artículo 21 constitucional. Los resultados han sido

⁵⁴⁴ "México, tercer país del mundo con más policías", *El economista*, 25 de marzo de 2012, consultado en <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2012/03/26/mexico-tercer-pais-mundo-mas-policias>, 18 de julio de 2014, 19:30.

⁵⁴⁵ Un análisis sobre la acción de inconstitucionalidad 1/96 puede encontrarse en Cossío D. José Ramón, "Delincuencia organizada, seguridad pública y fuerzas armadas", *Revista Mexicana de Justicia. Los nuevos desafíos de la PGR*, sexta época, núm. 4, México, 2002, pp. 72-82. Sobre el uso de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública véase Espinosa, Alejandro Carlos, *Derecho militar mexicano*, 4ª ed., Porrúa, México, 2011, pp. 57-29 y Borjón Nieto, José J., "Lucha contra el crimen organizado: fracaso de la militarización", *Letras jurídicas*, año 11, núm. 21, enero-junio, México, 2010, pp. 16-37.

evidentes, el uso de los cuerpos castrenses en tareas de seguridad pública sólo ha implicado la violación a derechos humanos. Como muestra, varios de los casos que ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que México ha sido parte, han estado relacionados con el ejército⁵⁴⁶. El presidente de la CNDH, al rendir su informe anual de labores en abril de 2010, señaló que las quejas por violaciones a derechos humanos contra la Secretaría de la Defensa Nacional se habían incrementado en un 500%, siendo la autoridad contra la que se han planteado más quejas⁵⁴⁷. En 2013, el relator sobre ejecuciones extrajudiciales de la ONU, Christof Heyns, recomendó a México retirar al ejército de las funciones de seguridad pública, pues su presencia ha sido la causante de múltiples violaciones a derechos humanos, además de impunidad⁵⁴⁸.

A pesar de los funestos resultados, la población ha propiciado que las fuerzas castrenses se mantengan operando en la lucha contra el crimen organizado. Como muestra, la *Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional* realizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM mostró que la mayoría de las personas encuestadas están de acuerdo con que el Ejecutivo haga uso del ejército en tareas de seguridad pública⁵⁴⁹. Asimismo, la encuesta reflejó que se tiene mayor confianza en el ejército que en la policía⁵⁵⁰.

No obstante, es necesario entender que el uso del ejército en la lucha contra la delincuencia organizada ha reforzado la idea de que sus integrantes son enemigos, contra los cuales no hay que aplicar los mecanismos institucionales del Estado constitucional, que implican necesariamente el respeto a los derechos humanos.

⁵⁴⁶ Véanse los casos *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega y otros*, *Rosendo Cantú y otros* y *Cabrera García y Montiel*.

⁵⁴⁷ Cfr. Ramírez de Aguilar L., Fernando, "Aumentan 500% denuncias contra Ejército: CNDH", *El Financiero*, México, 7 de abril de 2010, p. 23.

⁵⁴⁸ Cfr. Ramos, Juan Luis, "ONU recomienda a México sacar al Ejército de las calles", *24 horas*, 13 de junio de 2014, consultado en <http://www.24-horas.mx/onu-recomienda-a-mexico-sacar-al-ejercito-de-las-calles/>, 24 de julio de 2014, 22:00.

⁵⁴⁹ 7.1% respondió que sí, 20.9% sí en parte y 11.1% respondió que no. Cfr. *Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional* en <http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/encuestaconstitucion/pdf/encuestaconstitucion10.pdf>, 24 de julio de 2014, 22:00.

⁵⁵⁰ A los encuestados se les pidió asignar un valor entre 0 y 10 dependiendo del grado de confianza que depositaba en determinada institución. El ejército recibió una valoración de 6.8 y la policía de 5.4. Cfr. *idem*.

Los militares no están capacitados para hacer frente a labores en las que se tenga contacto con la población civil, pues su entrenamiento está enfocado a la aplicación de la fuerza a fin de lograr la derrota rápida del contrario, por lo que cualquier discurso tendiente a la defensa de la dignidad y la limitación del poder queda sin sentido. Cuando los militares salen a las calles no queda nada más que la ley del más fuerte.

El parámetro de éxito sobre la política criminal se ha basado en el número de sentencias condenatorias y en la detención de los líderes de los cárteles, cuando no su muerte. En caso de que un procesado sea absuelto en una causa penal no se le tiene como inocente, sino como evidencia de impunidad. De esta manera, Felipe Calderón, en una plataforma digital en la que respondió preguntas formuladas por ciudadanos manifestó estar “cansado” de que el poder judicial liberara a los detenidos por las autoridades federales, aludiendo a la falta de pruebas para inculparlos, por lo que calificó la situación como la “lacra de la impunidad que tenemos que combatir”. Continuó señalando, “no es que yo traiga algo contra los jueces, los aprecio, pero uno se cansa... Ahí hay un lío con impunidad, dicen que puede ser en nuestros órganos, pero yo creo que el Poder Judicial, local y federal, tienen mucho que mejorar en este aspecto”⁵⁵¹. En otras palabras, responsabilizaba a los jueces por ser imparciales y no participar en su cruzada contra el crimen organizado.

Como muestra del segundo barómetro, hacia el final del sexenio pasado, el expresidente, en una rueda de prensa en Michoacán, al ser cuestionado sobre si no estaba decepcionado de no haber podido detener al Chapo a pesar de que su gobierno prometió ser el “de la seguridad”, contestó: “Han fallecido en enfrentamientos con la autoridad y con otros, 25 de los 37 líderes más buscados, algo que no se había hecho nunca en la historia del país”⁵⁵². Lo que presumía Felipe Calderón como éxito de su gobierno era que más de la mitad de los líderes

⁵⁵¹ “Calderón utiliza foro en web para criticar a jueces por liberar detenidos”, *CNN México*, México, 5 de septiembre de 2011, consultado en <http://mexico.cnn.com/nacional/2011/09/05/calderon-utiliza-foro-en-web-para-criticar-a-jueces-por-liberar-detenidos>, 24 de julio de 2014, 22:00.

⁵⁵² García, Ariadna, “Dios sabe por qué me puso donde estoy: FCH”, *El Universal*, México, 22 de septiembre de 2012, consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/202040.html>, 24 de julio de 2014, 22:00.

más buscados habían muerto; ya no se hablaba de detenciones, procesos o sentencias, sino de muertes extrajudiciales perpetradas por las autoridades o por otros delincuentes que nunca fueron identificados por Calderón.

Al respecto, Pedro Peñaloza manifiesta que la detención de los líderes de las estructuras criminales como fin último de la política criminal implica incomprensión de la forma en la que operan estos grupos, que al ser desarticulados, la consecuencia es su división en otros más pequeños que buscaran fortalecerse y ocupar el lugar del anterior⁵⁵³.

Raúl Plascencia Villanueva, expresidente de la CNDH, determinó que la nota particular del gobierno de Calderón fue la violación a derechos humanos. Los casos de tortura crecieron en un 500%, mientras que las desapariciones forzadas y las detenciones arbitrarias también incrementaron considerablemente⁵⁵⁴.

Human Rights Watch presentó un estudio intitulado *Ni Seguridad, Ni Derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la “guerra contra el narcotráfico” en México* en el que da cuenta de que la política criminal implementada por Felipe Calderón se caracterizó por un incremento considerable de actos de tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, sin que ello se tradujera en un éxito en materia de seguridad, puesto que a la par que la violencia aumentó, las sentencias condenatorias por los delitos relacionados con la delincuencia organizada han sido escasas, en parte debido a la ausencia de material probatorio que sustente las acusaciones, las cuales comúnmente se basan en confesiones obtenidas bajo tortura o tratos crueles. El informe destaca la gran impunidad imperante en relación con estas graves violaciones a derechos humanos. Las desapariciones no son investigadas en muchos casos porque son tenidas como “levantones” o secuestros perpetrados por el crimen organizado, y las ejecuciones se justifican como muertes ocurridas en enfrentamientos armados, a pesar de que existe evidencia de alteración de indicios. La mayoría de las

⁵⁵³ Cfr. Peñaloza, *México a la deriva*, cit., pp. 211-212.

⁵⁵⁴ Cfr. “Aumentaron 500% los casos de tortura con Calderón: CNDH”, *La Jornada*, México, 22 de noviembre de 2012, consultado en <http://www.jornada.unam.mx/2012/11/22/politica/002n1pol>, 24 de julio de 2014, 22:00.

víctimas de las que tuvo conocimiento Human Rights Watch son jóvenes de bajos recursos⁵⁵⁵.

En julio de 2013, el INEGI reportó que la guerra contra el narcotráfico durante el sexenio de Caderón dejó un saldo de aproximadamente 121 mil muertes, lo cual representó un incremento del 150%⁵⁵⁶. Curiosamente en años anteriores se habían manejado cifras más “modestas”. En su momento, para tratar de aminorar el impacto de la sangrienta cifra, Felipe Calderón aseveró que probablemente el 90% de las muertes provenían de las filas de la delincuencia organizada, 5% de las fuerzas castrenses y el 5% restante de la población civil⁵⁵⁷. Con independencia de que las cifras sean reales o no, esta idea venía a confirmar que la lógica del gobierno era que los delincuentes organizados eran vidas sin valor, por lo que sus muertes podían ser tomadas con tranquilidad. Esta concepción contribuyó al aumento de la impunidad: el 95% de los decesos no eran investigados⁵⁵⁸, pues se suponían consecuencias necesarias en una guerra en la cual los procedimientos penales carecen de validez.

De manera más escalofriante, Carlos Bibiano Villa Castillo, exdirector de Seguridad Pública de Torreón, declaró en 2011:

Me gusta la adrenalina. Venir a patrullar. Cuando agarro a un Zeta o Chapo lo mato. ¿Para qué interrogarlo? Que le vaya a decir a San Pedro lo que hizo. El Ejército tiene seguridad e inteligencia, no necesita información. El día que ellos me agarren a mí no me van a agarrar a besos. ¿Verdad? Me van a hacer pedazos. ¿Y qué? A eso estoy expuesto. El día que me toque, allí nos amarramos y punto”.

(...)

“Yo desconfío de la Policía Federal porque ellos no matan, nomás agarran. Y el Ejército y la Marina matan”.

⁵⁵⁵ El informe completo puede ser consultado en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/mexico1111spwebwcover.pdf>

⁵⁵⁶ Cfr. “Los homicidios crecieron 150% en el sexenio de Felipe Calderón”, *La Jornada*, México, 31 de julio de 2013, consultado en <http://www.jornada.unam.mx/2013/07/31/politica/005n1pol>, 24 de julio de 2014, 22:00.

⁵⁵⁷ Cfr. Hernández, J. Jaime, “FCH: ligados al crimen, 90% de muertos”, *El Universal*, México, 8 de febrero de 2010, consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/175509.html>, 24 de julio de 2014, 22:00.

⁵⁵⁸ Cfr. Otero, Silvia, “No investigan 95% de muertes en guerra”, *El Universal*, México, 21 de junio de 2010, consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/primer/35119.html>, 24 de julio de 2014, 22:00.

(...)

–Hay leyes, general. Usted decide quién debe morir o vivir... ¿no cree que eso lo decide Dios?

–Pues sí, pero hay que darle una ayudadita⁵⁵⁹.

Lo anterior evidencia que cuando el delincuente –o sospechoso– es entendido como un enemigo, renace el estado de naturaleza en el que sólo el más fuerte sobrevivirá. Ya no se habla de jueces ni procesos, ni siquiera de penas y sanciones; se recurre a las ejecuciones extrajudiciales, término eufemístico para llamar a los homicidios.

Las muertes de los civiles frecuentemente han sido llamadas “daños colaterales”⁵⁶⁰, es decir, consecuencias lamentables, pero necesarias en aras de un fin mayor, olvidando que para el Estado constitucional, el individuo es la base de legitimidad, por lo que esa lógica que solicita tolerar ciertas muertes a cambio de mayor seguridad se contradice con la función que se le ha atribuido al Estado. No es válido y escapa de toda razón que para alcanzar seguridad se nos pida morir. Como señala Zaffaroni:

Hay hechos cuya percepción puede perturbarse, pero no cancelarse, dada su notoriedad. De esta manera, se manifiestan en forma de cortocircuitos del mecanismo inventor de realidad, iluminando a ésta con relámpagos que frecuentemente impulsan a la acción como opción de conciencia abierta.

Entre estos hechos, el más notorio en nuestro margen y del que puede derivarse toda una ética deslegitimante, es la muerte. Se trata de una deslegitimación que está más allá de los marcos teóricos, porque golpea directamente sobre la conciencia ética. No requiere demostración científica, porque se percibe: nadie sería tan necio de negar que los muertos están muertos⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Martínez Sanjuana, “Si agarro un zeta lo mato; ¿para qué interrogarlo?: jefe policiaco”, *La Jornada*, 13 de marzo de 2011, p. 7. Versión electrónica disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2011/03/13/politica/007n1pol>, 24 de julio de 2014, 22:00.

⁵⁶⁰ Para un estudio sobre los daños colaterales en la lucha contra la delincuencia organizada, véase Azzolini Bincz, Alicia, “Sacrificio de inocentes en aras de la seguridad”, en García Ramírez e Islas de González Mariscal (coords.), *La situación actual del sistema penal en México*, cit., pp. 123-133.

⁵⁶¹ Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, cit., pp. 42-44.

El cementerio ocasionado por el combate a la delincuencia organizada ha implicado la formulación de tres denuncias ante el fiscal de la Corte Penal Internacional en contra de Felipe Calderón y otros servidores públicos⁵⁶².

Enrique Peña Nieto en el discurso pronunciado el 1 de diciembre de 2012 prometió poner su gobierno “al servicio de los derechos de todos los mexicanos”; definió como primer eje de acción, alcanzar un México en paz. Partió de la convicción de que el delito no sólo se combate con la fuerza, por lo que para lograr el objetivo planteado, consideró imprescindible reparar el tejido social⁵⁶³. No obstante, aun cuando el discurso del actual presidente ha sido más mesurado que el de su antecesor, la lógica belicista no ha dejado de impregnar la política criminal. Muestra de ello es el segundo informe de gobierno, en el que se sigue ubicando la estrategia contra el crimen organizado tanto en los rubros de seguridad nacional como de seguridad pública, confusión que implica conservar a las fuerzas armadas en actividades que deberían ser ejercidas por autoridades civiles⁵⁶⁴.

A fin de reducir la presencia castrense, se introdujo una nueva división de la policía federal: la gendarmería nacional, que se define como una corporación civil pero con disciplina militar, diseñada para enfrentar a la delincuencia organizada; sin embargo, actualmente la gendarmería opera sin un marco jurídico claro, por lo que puede convertirse en una pantalla de humo para mantener militares bajo la apariencia de autoridades civiles.

Enrique Peña Nieto, al encabezar la 36ª sesión del Consejo Nacional de Seguridad el 22 de agosto de 2014, sostuvo que la violencia en el país disminuyó

⁵⁶² Cfr. “Recibe Corte Penal Internacional denuncia contra Calderón”, *Animal Político*, 25 de noviembre de 2011, consultado en <http://www.animalpolitico.com/2011/11/recibe-corte-penal-internacional-denuncia-contra-calderon/#axzz3CPcrgsB3>, 24 de julio de 2014, 22:00; “Moreira denuncia ante la Corte Internacional de La Haya a Calderón por los 100 mil muertos”, *Sin embargo*, 16 de diciembre de 2012, consultado en <http://www.sinembargo.mx/16-12-2012/463459>, 24 de julio de 2014, 22:00, y Cruz Martínez, Ángeles, “Presentan nueva denuncia contra Felipe Calderón por crímenes de lesa humanidad”, *La Jornada*, México, 13 de septiembre de 2014, p. 8. Versión electrónica disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2014/09/13/politica/008n1pol>, 14 de noviembre de 2014, 19:45.

⁵⁶³ El discurso completo puede ser consultado en <http://www.excelsior.com.mx/2012/12/01/nacional/872692>, 14 de noviembre de 2014, 20:20.

⁵⁶⁴ Cfr. *2do Informe de Gobierno 2013-2014*, México, 2014, pp. 49-83, consultado en http://cdn.presidencia.gob.mx/segundo_informe/Segundo_Informe_escrito_completo.pdf, 27 de julio de 2014, 14:00.

al igual que los homicidios dolosos gracias a su política criminal⁵⁶⁵. Idéntica aseveración se sostuvo en el segundo informe de gobierno⁵⁶⁶. Empero, el semanario *Zeta* indicó que de acuerdo a las cifras proporcionadas por el Secretariado Ejecutivo, en los primeros veinte meses del gobierno de Peña Nieto se habían iniciado 29 mil 417 averiguaciones previas por homicidios dolosos, mientras que en el mismo periodo, el gobierno de Calderón registró 18 mil 451 indagatorias por ese mismo delito. El semanario además asegura que la cifra en realidad es mayor, pues con base en la información proporcionada por algunas fiscalías, fuentes hemerográficas y reportes de asociaciones civiles, el número total asciende a 36 mil 718 homicidios dolosos del 1° de diciembre de 2012 al 31 de julio de 2014⁵⁶⁷.

El informe de gobierno define como uno de los logros de la gestión del presidente la neutralización de 84 de 122 objetivos relevantes de la delincuencia organizada, de los cuales 13 han sido “abatidos”⁵⁶⁸; en otras palabras, la muerte de 13 seres humanos representa un resultado positivo para el Ejecutivo. El Derecho penal del enemigo heredado de los sexenios previos se advierte claramente, pues la pérdida de vidas humanas se justifica en la medida en que se les deja de pensar como personas que merecen tutela, para concebirlos como enemigos cuya destrucción es benéfica. Con estos resultados, no se entiende cómo Enrique Peña Nieto pretende poner al gobierno al servicio de los derechos humanos.

Con base en lo hasta aquí analizado, es posible afirmar que el Derecho penal tiene un lugar legítimo en todo Estado constitucional. Cualquier sociedad reaccionará ante los actos que estima anormales y, en mayor medida, en relación con aquellos que considera nocivos; sin embargo, ante la probabilidad de que

⁵⁶⁵ Cfr. Ortega, Eduardo, “Violencia en México sigue disminuyendo: Peña Nieto”, *El Financiero*, México, 22 de agosto de 2013, consultado en <http://www.elfinanciero.com.mx/politica/violencia-en-mexico-sigue-disminuyendo-pena-nieto.html>, 24 de julio de 2014, 22:00.

⁵⁶⁶ Cfr. *2do Informe de Gobierno 2013-2014*, México, 2014, pp. 29-30. La versión electrónica está disponible en http://cdn.presidencia.gob.mx/segundoinforme/Segundo_Informe_escrito_completo.pdf, 27 de julio de 2014, 14:00.

⁵⁶⁷ Cfr. “Los muertos de EPN: 36 mil 718”, *Zeta*, México, 31 de agosto de 2014, consultado en http://zetatijuana.com/noticias/rep_ortajez/9373/los-muertos-de-epn-36-mil-718, 24 de julio de 2014, 22:00.

⁵⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 69.

dicha reacción se vea dominada por la pasión y los deseos de venganza, el Derecho penal deberá ser firme al mesurar las represalias que pueda tomar una sociedad contra los delincuentes.

La política criminal mexicana, y de buena parte del mundo, ha perdido la noción de la función que se le encomendó al Derecho penal. En vez de la misión de contención, se ha pretendido que asuma el papel de salvador, que nos proteja de todas las calamidades ocasionadas por el ser humano y que sea la panacea que permita superar momentos de crisis⁵⁶⁹. Se le ha delegado una carga que difícilmente podrá llevar.

Podemos llamar a esta situación como el culto a la ley, que se basa en una confianza excesiva –por no decir ciega– en la capacidad de las normas jurídicas para atender por sí solas una problemática con raíces muy profundas. Este fanatismo por la ley se basa en la idea de que modificando las palabras, la realidad automáticamente cambia. Se pasa por alto que las leyes, sin una base social que las respalde, de nada servirán para aliviar una sociedad que tiene que enfrentar falta de oportunidades, marginación y pobreza.

El culto a la ley, en específico a la ley penal, ha provocado en ella una expansión que se refleja tanto en el número de conductas punidas como en la intensidad de las sanciones asignadas. Cada vez que los resultados no son los esperados, se piensa que la legislación penal ha sido insuficiente y entonces se intensifica la dosis, sin advertir que el supuesto remedio se está convirtiendo en un problema mucho mayor.

Lo descrito en el Capítulo tercero es evidencia de esta tendencia. Desde 1993, la Constitución mexicana ha sufrido una serie de modificaciones que ampliaron más y más el régimen de excepción en materia de delincuencia organizada. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada ha tenido una larga vida sin que ello se tradujera en mayor seguridad; por el contrario, sólo se ha

⁵⁶⁹ Ejemplo de esta situación es lo declarado en el segundo informe de gobierno en relación con el recientemente expedido Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual se definió como un “logro que permitirá restablecer nuestro tejido social...”, como si una ley procesal pudiera transformar a la sociedad. *Ibidem*, p. 84.

logrado la legalización de más violaciones a derechos humanos⁵⁷⁰. Los resultados no sólo han sido nulos, sino contraproducentes. La PGR reporta que en 2006 se iniciaron 403 averiguaciones previas por el delito de delincuencia organizada, 1,217 en 2007, 1,165 en 2008, 1,505 en 2009, 1,950 en 2010, 2,505 en 2011 y 2,270 en 2012⁵⁷¹. Como se puede apreciar, salvo en 2008 hubo un ligero descenso, pero en el resto de los años la incidencia delictiva ha incrementado.

El Derecho penal del enemigo no cumplió la promesa de salvar al Estado mexicano de la crisis. Frente a sus técnicas especiales, la delincuencia organizada sólo se ha fortalecido y perfeccionado para seguir operando. Esta evolución ha significado más violencia, el uso de armas más peligrosas y la adquisición de mayor tecnología. Se les ha declarado la guerra, y ellos en vez de conceder la rendición, han hecho frente al Estado.

El régimen parapenal no pudo acabar con el enemigo, pero sí puede acabar con el Estado constitucional, al convertir aquellos derechos que sirven de escudo frente al poder en formalidades prescindibles bajo la excusa de la emergencia. Con el ocaso de la normalidad constitucional, los individuos sin recursos para hacer frente a la ola de violencia nos convertiremos en las auténticas presas de un Leviatán asustado, desesperado y sin límites.

El Derecho penal ha perdido su calidad de *ultima ratio*, y se ha convertido en la principal opción para tratar temas de seguridad. Probablemente esta tendencia no se deba, al menos no exclusivamente, a la voluntad autoritaria de la clase gobernante, como a la incapacidad para diseñar medidas diferentes.

A pesar de los funestos resultados, continuamos apostando por la misma política criminal que sólo ha supuesto la autorización de violaciones a derechos humanos. Así, hemos incurrido en lo que Albert Einstein alguna vez llamó locura: “hacer la misma cosa una y otra vez esperando obtener diferentes resultados”.

⁵⁷⁰ Por ello, Sergio García Ramírez sostiene que antes de la mencionada ley, teníamos un problema consistente en la delincuencia organizada, pero ahora tenemos dos: la misma delincuencia, pero con más poder, y la ley que se estableció para combatirla. Cfr. *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, cit. pp. 51-52.

⁵⁷¹ Datos tomados de <http://www.pgr.gob.mx/Temas%20Relevantes/estadistica/Incidencia%20Entidad/incidencia%20entidad.asp>, 24 de julio de 2014, 22:00.

La ley penal del enemigo y su efecto simbólico ha pretendido apaciguar las voces que reclaman seguridad, pero la delincuencia organizada y el grave problema estructural y multifactorial que hay detrás, se mantiene incólume. Si sabemos que lo que se ha hecho ha sido inútil, es necesario implementar estrategias distintas que verdaderamente reduzcan el uso de la fuerza a un último recurso.

En este trabajo se ha defendido la justificación del Derecho penal en un Estado constitucional más allá de la corriente que lo considera un “mal necesario”; empero, es importante reconocer sus limitaciones. Tenemos que dejar atrás la soberbia del penalista simplista que pretende resolver los problemas sociales por medio del castigo, pues la norma penal no sirve para enfrentar los grandes retos por los que atraviesa este país.

Zaffaroni invoca la lógica del verdulero para explicar esta situación. El penalista afirma que si una persona acude con el verdulero en búsqueda de antibióticos, éste seguramente se declarará incompetente para atender la petición, pues él vende verduras, no medicamentos. Por lo que en opinión del jurista argentino, los penalistas deberíamos responder lo mismo cuando se nos pidieran fórmulas para resolver un problema con tantas aristas como el de la delincuencia organizada, pues si somos honestos con nuestras capacidades, lo único que podemos responder es que el Derecho penal no es el camino, al menos no el camino principal⁵⁷².

El mismo Niklas Luhmann reconoció la capacidad de la ley para incidir en el comportamiento humano como “muy pobre”, el cual depende de otros equivalentes funcionales mucho más efectivos⁵⁷³.

Este argumento no debe ser confundido con el miedo a usar el Derecho penal; si se comete un delito y se comprueba fehacientemente el mismo, entonces la sanción prevista debe ser aplicada. Lo que se intenta aducir es que no es útil ni

⁵⁷² Cfr. Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, cit., p. 196.

⁵⁷³ Cfr. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, cit., p. 216.

conveniente extender los límites del Derecho penal y procesal penal más allá de su ámbito efectivo de acción. No podemos extender las fronteras punitivas a un momento en el que sólo se puede hablar de intenciones pero no de hechos; no podemos prescindir de las garantías procesales que buscan asegurarse, en la medida de lo posible, que ninguna persona sufra consecuencias que no le corresponde asumir; no podemos calificar a una situación de seguridad como una guerra cuyo objetivo es derrotar a un enemigo sin rostro, lo que lleva indefectiblemente a la aplicación del régimen parapenal tanto a amigos como a enemigos; no podemos retomar ideas que entendían al criminal como un ser distinto y ajeno a la sociedad.

El incremento de los delitos relacionados con el crimen organizado no es producto de la maldad pura de un grupo de seres inhumanos, ni tampoco de la insuficiencia de normas penales, es producto de nuestra sociedad carente de justicia social. Los grupos organizados ofrecen la alternativa a miles de personas que no encontraron cabida en el Estado. No podemos olvidar que los delincuentes organizados no sólo son los grandes capos, sino también los campesinos pobres sin recursos para cultivar productos legales⁵⁷⁴, son los jóvenes narcomenudistas que no encontraron ubicación en las plazas disponibles en el mercado laboral o en las instituciones de educación, son los menores de edad, que han sido etiquetados como “niños sicarios” cuando en realidad son las grandes víctimas del sistema⁵⁷⁵.

Un estudio multidisciplinario presentado ante al Congreso de la Unión informó que los jóvenes son las principales víctimas de la violencia generada como consecuencia del combate al narcotráfico, puesto que tres de cada diez muertes violentas tienen como víctimas a los jóvenes, lo que ha provocado que el

⁵⁷⁴ Cfr. Hernández Navarro, Luis, “El narcotráfico y la sociedad rural”, *La Jornada*, México, 6 de octubre de 2009, consultado en <http://www.jornada.unam.mx/2009/10/06/opinion/014a1pol>, 24 de julio de 2014, 22:00. En esta nota se reportó que la relación entre los campesinos y la delincuencia organizada se incrementó con la firma del Tratado de Libre Comercio de América de Norte por virtud del cual se eliminaron los subsidios al campo. También véase Gómez Durán, Thelma, “Esclavos de los cárteles”, *El Universal*, México, 25 de mayo de 2009, consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/primer/33032.html>, 24 de julio de 2014, 22:00.

⁵⁷⁵ La PGR reportó que entre 2007 y 2012 se capturaron a 1,604 menores relacionados con la delincuencia organizada, lo que representa un incremento del 100%. Sin embargo, diversas organizaciones dedicadas a la protección de la infancia indicaron que el número de menores relacionados con el crimen organizado se ubica entre los 30 mil y los 50 mil. Cfr. Mosso Castro, Rosario y Torres Cruz, Cristian, “Niñas y niños, los otros soldados del crimen”, *Sin embargo*, 23 de mayo de 2013, consultado en <http://www.sinembargo.mx/23-05-2013/629229>, 24 de julio de 2014, 22:00. Asimismo, González, María de la Luz, “Advierten que crimen atrapa a 50 mil niños”, *El Universal*, México, 30 de abril de 2012, consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/196097.html>, 24 de julio de 2014, 22:00.

homicidio doloso sea la principal causa de muerte de este sector de la sociedad. Asimismo, 46% de la población carcelaria pertenece a este grupo, lo mismo que el 58% de los procesados por delitos en materia de narcóticos⁵⁷⁶. Según el segundo informe de gobierno de Enrique Peña Nieto, durante 2012, el 33.5% de los delitos en los que se identificó la edad de los delincuentes fueron cometidos por jóvenes de 25 años o menos y el 30.25% por personas de 26 a 35 años⁵⁷⁷.

De acuerdo con información publicada por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), en 2012, 45.5% de la población se encontraba en situación de pobreza, de la cual 9.8% se hallaba en el grado extremo⁵⁷⁸. Los datos proporcionados por el Banco Mundial son menos alentadores aún: 52% de la población vive en situación de pobreza⁵⁷⁹. Mientras tanto algunos mexicanos siguen ocupando un lugar dentro de las listas de los hombres más ricos del mundo. Tan sólo 1.2% de la población posee 43% de la riqueza del país⁵⁸⁰.

6.7 millones de mexicanos perciben el salario mínimo (15.1% de la población ocupada en el país), el cual no supera los setenta pesos diarios, a pesar de que el artículo 90 de la Ley Federal del Trabajo prescribe que deberá ser “suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos”.

Las estadísticas en materia de educación no son más alentadoras. México ocupó en el más reciente examen de evaluación educativa PISA, en el que

⁵⁷⁶ Cfr. “De jóvenes, tres de cada diez muertes violentas”, *Milenio*, México, 24 de noviembre de 2013, consultado en http://www.milenio.com/policia/jovenes-muertes-violentas_14_196320367.html, 24 de julio de 2014, 22:00.

⁵⁷⁷ Cfr. Anexo estadístico del Segundo informe de gobierno 2013-2014 del presidente Enrique Peña Nieto, p. 67, consultado en http://cdn.presidencia.gob.mx/segundoinforme/Anexo_estadistico_completo.pdf, 27 de julio de 2014, 14:00.

⁵⁷⁸ Cfr. <http://www.coneval.gob.mx/Medicion/Paginas/Medici%c3%b3n/Pobreza%202012/Pobreza-2012.aspx>, 24 de julio de 2014, 22:00.

⁵⁷⁹ Cfr. González Amador, Roberto, “Pobres, 52 de cada 100 mexicanos, nivel tan alto como hace 20 años”, *La Jornada*, México, 18 de diciembre de 2013, consultado en <http://www.jornada.unam.mx/2013/12/18/economia/028n1eco>, 24 de julio de 2014, 22:00.

⁵⁸⁰ Cfr. “Concentran riqueza en México 2 mil 540 multimillonarios”, *Proceso*, México, 18 de junio de 2013, consultado en <http://www.proceso.com.mx/?p=345208>, 24 de julio de 2014, 22:00.

participaron sesenta y cinco países, el lugar 53 en matemáticas, 52 en lectura y 55 en ciencias⁵⁸¹.

Todo intento de justificar una política de seguridad que implique tanta violencia, muerte y derramamiento de sangre debe ser cuestionada sin más, al ser un peligro mayor que el mismo crimen organizado. Ello no significa que debemos permanecer impávidos ante la delincuencia, sea organizada o no; por el contrario, se debe actuar firme y contundentemente, sin que ello signifique apartarse de la senda constitucional, pues serán precisamente los derechos humanos los que pueden ofrecer una alternativa.

⁵⁸¹ Cfr. Vargas V., Miguel Ángel, "PISA: Ranking de los mejores y peores países en educación", *ADN político*, México, 3 de diciembre de 2013, consultado en <http://www.adnpolitico.com/ciudadanos/2013/12/03/pisa-ranking-de-los-mejores-y-peores-paises-en-educacion>. Para consultar los resultados completos de la prueba véase <http://www.oecd.org/pisa/keyfindings/pisa-2012-results-overview.pdf>, 24 de julio de 2014, 22:00.

CONCLUSIONES

PRIMERA. De acuerdo con las explicaciones ofrecidas por Günter Jakobs, el Derecho penal del enemigo tiene como fundamento la existencia de sujetos peligrosos cuyo modo de vida se considera radicalmente opuesto a la sociedad, por lo que su sola presencia impide que las personas mantengan un nivel óptimo de confianza hacia el ordenamiento jurídico. Se considera entonces que a los enemigos no es posible asignarles expectativas de comportamiento, pues no han satisfecho la garantía de que adecuarán su conducta, en términos generales, a lo prescrito por las normas jurídicas, por lo que la aplicación de la sanción no basta para generar seguridad cognitiva como en el resto de las manifestaciones criminales. Por tanto, a fin de mitigar estos efectos, el Derecho penal del enemigo asume como función la inocuización de estos sujetos peligrosos, a los cuales se les restringe su personalidad. Esta función recoge el nombre de prevención especial.

SEGUNDA. En razón de la función especial que asume el Derecho penal del enemigo, se estima que las características del Derecho penal tradicional no bastan para alcanzar el propósito asumido por estos regímenes, por lo que se recurre a elementos como el adelantamiento de la punibilidad a meros actos preparatorios, la imposición de una sanción no proporcional a este adelantamiento, la supresión de garantías procesales, el uso de instrumentos especiales de combate y la aplicación de un régimen penitenciario especial.

TERCERA. La descripción ofrecida por Günter Jakobs sobre los regímenes penales de excepción resulta errónea para explicar este fenómeno legislativo. No se puede construir un modelo sobre la base de que existen sujetos peligrosos que impiden la seguridad cognitiva en relación con la vigencia del ordenamiento jurídico, puesto que es imposible medir objetivamente la confianza de la población hacia las normas, así como comprender mediante fórmulas generales, como lo son las normas jurídicas, a todos los sujetos cuya sola presencia impide a la

población confiar en que el ordenamiento jurídico continúa siendo el modelo de orientación general. Asimismo, resulta inadecuado responsabilizar a un grupo de sujetos por la vulneración a la seguridad cognitiva normativa que depende de factores independientes al actuar de los agentes delictivos, como la impunidad y la corrupción. Por tanto, la vulneración a la seguridad cognitiva normativa no puede servir de fundamento al Derecho penal del enemigo.

CUARTA. Ser tratado como enemigo no depende de la amenaza que supone un delincuente a la estabilidad normativa; obedece en cambio al simple arbitrio de los titulares del poder. A pesar de que Günter Jakobs sostenga que el enemigo ve mermada su personalidad en un proceso de autoexclusión, lo cierto es que el Derecho penal del enemigo es el encargado de seleccionar a aquellos individuos que serán neutralizados. No existen límites al asignar la etiqueta de enemigo, recibirla sólo depende de que el legislador incluya a determinados delincuentes en un régimen paralelo al Derecho penal.

QUINTA. El Derecho penal del enemigo es un mecanismo de discriminación institucionalizada de aquellos identificados como los “otros” y, por tanto, a los que se les atribuye, a veces irracionalmente, el calificativo de peligrosos. Para lograr la eliminación de estos sujetos, el sistema penal se divide según los destinatarios de las normas jurídicas. A los delincuentes-amigos se les aplicará un Derecho penal mínimo y respetuoso de los derechos fundamentales. En cambio, a los delincuentes-enemigos se les combatirá con instrumentos inspirados en una lógica bélica que pretende una victoria rápida y contundente.

SEXTA. Si bien la discusión actual en torno a los regímenes de excepción se refiere a modelos normativos presentes en los Estados contemporáneos, es posible comprobar que el enemigo ha acompañado la historia del Derecho punitivo. Ejemplos de esta relación los podemos hallar en el Derecho romano, en la caza de brujas de los siglos XV al XVIII, en el régimen nacionalsocialista, en la legislación antidrogas de Colombia y en las consecuencias derivadas del 11 de septiembre de 2001. En estas manifestaciones, es posible apreciar ciertos aspectos comunes. En primer lugar, los sistemas legales de excepción surgen

ante el reconocimiento de una emergencia (real o inventada) de la cual se responsabiliza a un grupo de individuos a los que se les considera peligrosos, pues se asegura que abrigan un código de conducta opuesto al de la sociedad; la identificación de estos sujetos permite a la sociedad y al Estado evadir su responsabilidad en la crisis, así como enfocar la solución en la destrucción de estos sujetos a los que se les llama enemigos. En segundo lugar, es común que el enemigo se escoja entre los diferentes, los extraños, los “otros”, quienes son objeto de prejuicios basados en el temor hacia lo desconocido y que son castigados por no seguir un determinado patrón social. En tercer lugar, la ley y la doctrina han sido instrumentos empleados para legitimar la neutralización de los enemigos; las normas jurídicas dan la apariencia de que el combate al enemigo se lleva a cabo de manera ordenada y legal, mientras que la doctrina proporciona las razones que explican por qué dicho exterminio es urgente y necesario. Por último, el Derecho penal del enemigo germina en una sociedad que vive con miedo, que clama seguridad y que exige protección frente a las amenazas (reales o imaginarias), por lo que la población no sólo tolera, sino que demanda el uso contundente de la ley frente aquellos seres que, se estima, se han ganado su destrucción.

SÉPTIMA. Aun cuando la formulación teórica actual del Derecho penal del enemigo se atribuye a Günter Jakobs, pensadores de diversas épocas han reflexionado sobre la necesidad de neutralizar a determinados sujetos a los que se les considera enemigos del Estado o la comunidad, por lo que es necesario combatirlos por medio de armas legales más contundentes y efectivas que las proporcionadas por el Derecho ordinario. Entre ellos podemos mencionar a Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jaques Rousseau, Immanuel Kant, Johann Gottlieb Fichte, Enrico Ferri, Carl Schmitt, Fran von Liszt y Edmund Mezger. Cada uno ha desprendido consecuencias diversas de su análisis. Muchos de ellos han influenciado el pensamiento moderno y sus postulados siguen siendo vigentes para explicar la realidad hoy día; empero, no es válido hacer alusión a un conjunto de citas aisladas, como lo hace Jakobs, para intentar con base en ellas, legitimar al Derecho penal del enemigo, tal como se encuentra formulado actualmente, sin

tomar en cuenta las circunstancias históricas y las razones por las que fueron escritas las obras de estos autores. Incluso cuando se aceptara que algunos pensadores coinciden con los postulados del Derecho penal del enemigo, y sin negar la necesidad de aprender las lecciones ofrecidas por los clásicos, no se puede aceptar que aquello que defendieron deba ser admitido sin cuestionamientos en la actualidad.

OCTAVA. El principal enemigo identificado por el Estado mexicano es el delincuente integrante de grupos criminales organizados, que se caracterizan por su estructura corporativa y por orientar sus acciones estratégicamente hacia objetivos precisos y premeditados. Son capaces de generar importantes cantidades de recursos materiales que les permiten adquirir tecnología y armamento para enfrentar militarmente al Estado, y además corromper a las autoridades a fin de obtener su silencio, inactividad, protección e incluso colaboración. Se valen de la disciplina, organización jerárquica, violencia e inteligencia para alcanzar sus metas. En este sentido, por su capacidad de hacer frente al Estado, por el terror que generan, por el riesgo que se les atribuye para la estabilidad del sistema jurídico al conducirse de forma radicalmente opuesta a la sociedad y por el impacto de sus actos, se les concibe como enemigos. El Estado mexicano les ha declarado la guerra, por lo que ante la proclamada situación de emergencia se ha buscado dotar a las autoridades de los instrumentos más eficaces para derrotar al enemigo y que, se afirma, no pueden ser hallados en el Derecho penal tradicional.

NOVENA. El Derecho penal del enemigo en México ha sido introducido a través de una serie de reformas constitucionales y legales que han supuesto excepciones en el reconocimiento de determinados derechos fundamentales que limitan la investigación, procesamiento y ejecución penal de los imputados por delincuencia organizada. La primera manifestación del régimen de excepción tuvo lugar con la enmienda constitucional del 3 de septiembre de 1993, que duplicó el plazo máximo autorizado de detención ministerial para los inculcados por este delito. Posteriormente, la reforma a la Constitución publicada el 3 de julio de 1996

servió al propósito de dar sustento (insuficiente) a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Aparecieron entonces las reformas del 8 de marzo de 1999 y del 18 de junio de 2008; esta última trató de constitucionalizar algunas instituciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que eran incompatibles con la Carta Magna, a pesar de las reformas previas; asimismo, amplió el catálogo de instrumentos de combate frente al crimen organizado.

DÉCIMA. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es un sistema integral de combate que coincide con las características del Derecho penal del enemigo. El tipo penal de delincuencia organizada supone un adelantamiento a la punibilidad, puesto que sanciona la mera organización para cometer determinados delitos especificados por la propia ley –catálogo que se ha incrementado con el paso de los años–, aunque éstos nunca lleguen siquiera al grado de tentativa; sin embargo, la punibilidad autónoma asignada a este delito puede llegar hasta los sesenta años. Este ordenamiento prevé una serie de instituciones especiales que implican la restricción de garantías procesales o la omisión de ciertos principios constitucionales y que están inspiradas en una lógica de combate como el arraigo, la presunción de existencia de un grupo organizado, el decomiso, los agentes infiltrados y los delincuentes colaboradores; asimismo, comprende normas específicas de ejecución penal que imponen un régimen penitenciario más restrictivo.

DÉCIMO PRIMERA. La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 generó a nivel constitucional el desdoblamiento del sistema penal. Por un lado, se estableció un régimen inspirado en la presunción de inocencia y en la potenciación del derecho de defensa para procesar al grueso de los delincuentes. Sin embargo, de manera paralela a este sistema acusatorio se introdujeron un cúmulo de excepciones a los derechos y principios que constituyen los cimientos y límites del enjuiciamiento penal, lo que ha dado lugar a un régimen parapenal motivado por el reconocimiento de que las normas penales tradicionales son insuficientes para enfrentar el problema de seguridad que aqueja al país, causado especialmente por la delincuencia

organizada, manifestación criminal que, se señaló, supone un peligro para la sociedad y las instituciones y que amenaza al Estado con suplantarlo como el titular del monopolio de la fuerza, por lo que a fin de que las autoridades estén en posibilidad de dar solución a este problema, era necesario eliminar o restringir los mencionados límites, así como dotar de instrumentos especializados a las autoridades.

DÉCIMO SEGUNDA. El régimen parapenal contenido en la Constitución está integrado por una serie de medidas que incluyen arraigo, centros penitenciarios especiales, restricción de comunicaciones y aplicación de otras medidas especiales, prisión preventiva oficiosa, suspensión del proceso y del plazo de prescripción de la acción penal en caso de fuga o puesta a disposición ante un juez en el extranjero, reserva de datos personales del denunciante y la víctima, beneficios para los colaboradores, admisión de valor probatorio de las pruebas obtenidas durante la fase de investigación y extinción de dominio. Estas figuras se encuentran en su mayoría en oposición al bloque de constitucionalidad integrado por los derechos fundamentales reconocidos tanto en la Constitución como en acuerdos internacionales suscritos por el Estado mexicano.

DÉCIMO TERCERA. Entre los argumentos más recurrentes que se han esgrimido a favor del Derecho penal del enemigo destacan:

a) La concepción de que los regímenes de excepción son un “mal necesario” ante la necesidad de enfrentar ciertas manifestaciones criminales, por lo que para cumplir dicho propósito ineludible se puede recurrir a un combate arbitrario y desenfrenado, o a un modelo normativo que si bien es más restrictivo de derechos, se encuentra acotado. Este argumento constituye una falacia naturalista, pues supone que porque las violaciones a derechos humanos son una constante en la lucha contra la delincuencia, ello debe asumirse como norma frente a la que no existen alternativas. Asumir dicha posición implica la imposibilidad para aspirar a proyectos más elevados al estar encadenados por los hechos presentes.

b) Toda norma en una democracia constitucional cuenta con una presunción de legitimidad, puesto que es emitida por representantes elegidos libremente y además controlada por los jueces competentes para expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas que resulten contrarias a los principios constitucionales, por lo que las leyes penales contra el enemigo serán legítimas, al igual que cualquier otra, en caso de que superen esta evaluación realizada por las autoridades creadas para ello. Dicha posición pierde sentido en caso de que el régimen de excepción sea elevado a la propia Carta Magna, que constituye el parámetro para determinar la validez sustantiva del ordenamiento jurídico, por lo que al ubicarse formalmente en el mismo nivel jerárquico que los derechos humanos, éstos pierden su capacidad para cuestionar al Derecho penal del enemigo, por lo que el parámetro de legitimidad carece de efectos ante una Constitución cuya rigidez es sólo aparente. Además, no se puede limitar la supervisión del ordenamiento jurídico a los jueces e impedir que juristas y ciudadanos manifiesten su opinión sobre la legitimidad de determinadas normas.

c) Estados más consolidados que el mexicano han recurrido al Derecho penal del enemigo. Esta idea constituye igualmente una falacia naturalista. Asegurar que el Derecho penal del enemigo es un fenómeno global, no debe llevar a otorgarle legitimidad. Además, no se tiene conocimiento de un país que haya remediado una situación de seguridad exclusivamente con los instrumentos ofrecidos por el Derecho penal.

DÉCIMO CUARTA. El principal argumento que sostiene al Derecho penal del enemigo concibe a éste como una garantía de seguridad y condición para el Estado constitucional y el ejercicio de los derechos fundamentales. Bajo esta óptica, el Estado deja de ser visto como la única o principal amenaza frente a los derechos humanos, por lo que en vez de un Estado limitado, se exige que éste cumpla su papel de defender a la sociedad de sus enemigos, para lo cual se autoriza recurrir no a un Derecho penal que pretenda tutelar los derechos de los delincuentes, sino a uno que resulte efectivo y proporcional frente a

manifestaciones criminales como la delincuencia organizada, cuyos miembros se han ganado un trato más invasivo al trastocar de manera radical a la sociedad. De un principio de mínima intervención se pasa a otro de necesaria intervención y se concibe el ideal de reconocer y proteger derechos a todos como propio de la teoría o de tiempos de paz, pero no válido para momentos de crisis en los que los derechos humanos pueden constituir obstáculos y causas de impunidad.

DÉCIMO QUINTA. El Derecho penal del enemigo adopta una forma de Derecho penal de autor y, por tanto, es contrario a los principios de hecho y de lesión, puesto que sanciona a una persona no por los comportamientos de los que es autor o por los bienes jurídicos que ha lesionado o puesto en peligro fehaciente, sino porque se le estima un sujeto peligroso que debe ser neutralizado a fin de prevenir lesiones probables a la sociedad. Esta forma de operar no es compatible con el Estado constitucional, en el que sólo se puede responsabilizar a un individuo por sus actos, pues sólo a través de ellos se puede determinar objetivamente la pena a imponer. Sancionar a una persona con base en un pronóstico de peligrosidad implica punirlo por lo que es y no por lo que ha hecho, situación que constituye una invasión a su dignidad, al exigir a todo individuo adecuarse a un patrón establecido, lo que resulta contrario al Estado constitucional en el que la pluralidad, la tolerancia y la diversidad son bienes a preservar.

DÉCIMO SEXTA. El Derecho penal del enemigo supone la existencia de dos tipos de individuos: los amigos, a los que se les debe proteger, aun cuando cometan ciertas conductas delictivas, y los enemigos, que deben ser neutralizados. Esta distinción atenta contra la dignidad y el principio de igualdad, toda vez que determinados sujetos son convertidos en medios para alcanzar la seguridad de la mayoría, negándoles el mismo valor que posee el resto de los integrantes de la sociedad. Un Estado constitucional no puede hacer tal distinción, pues sólo sabe de personas titulares de derechos, que en caso de acreditarse su responsabilidad penal, deben ser sancionados sin que ello suponga privarlos de su personalidad, puesto que incluso el delincuente más peligroso sigue siendo

miembro de la sociedad. No es válido señalar que el Derecho penal del enemigo no rompa con el principio de igualdad en tanto opera frente a un grupo de delincuentes más peligrosos y dañinos, cuando la mayoría de las normas pertenecientes a este modelo son de carácter procesal, lo que supone que se aplican en un momento previo a la sentencia y en el que todo imputado debe ser tenido igualmente como inocente.

DÉCIMO SÉPTIMA. El Derecho penal del enemigo asume que es posible identificar a ciertos delincuentes como enemigos, a quienes somete a un enjuiciamiento restrictivo de garantías procesales. Sin embargo, ello supone que el enemigo no es el condenado mediante sentencia irrevocable, sino el meramente sospechoso, quien una vez que ha sido señalado como enemigo, difícilmente podrá revertir dicha acusación, pues la simple imputación lo ha privado de las garantías procesales que constituían el único escudo con el que contaba frente al poder coactivo del Estado y que aseguraban, en la medida de lo posible, que sólo fuera privado de sus derechos cuando existiese certeza de su responsabilidad. En consecuencia, dicha supresión de garantías procesales es contraria al Estado constitucional, que parte de la idea de que es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente, sobre todo tratándose de la materia penal que afecta los bienes más valiosos para el individuo.

DÉCIMO OCTAVA. La lógica belicista del Derecho penal del enemigo es contraria al Estado constitucional, en tanto este modelo, que hace de la protección del individuo su eje de operación, constituye una dicotomía con la guerra. En el Estado constitucional los medios para alcanzar sus fines tienen una importancia esencial en razón de que no se pueden defender los derechos de las personas, sacrificándolos. En cambio, en la guerra, los medios empleados para alcanzar el objetivo de derrotar al enemigo y obtener la victoria carecen de importancia. Mientras el Estado constitucional pretende ser un vehículo para la paz, la guerra sólo puede generar violencia. Además, se le exige a los tribunales sumarse a una guerra, en la que los delincuentes a los que se ha de juzgar son vistos como enemigos a ser derrotados, por lo que se llama a los jueces a no impartir justicia

con imparcialidad, para contribuir a la defensa del Estado en el papel que les corresponde: condenar a los enemigos a fin de neutralizarlos.

DÉCIMO NOVENA. La misión abrigada por el Derecho penal del enemigo de inocular a sujetos peligrosos para proteger a la sociedad es contraria a los fines que asume el Derecho penal garantista, que si bien puede contribuir a objetivos de prevención general y prevención especial, su propósito esencial es servir como muro de contención frente a la reacción social, encauzándola dentro de los límites de la razón y el respeto a la dignidad reconocida a todo ser humano. Por paradójico que pueda parecer, el Derecho penal debe proteger al imputado y al delincuente. Protege al imputado al establecer un proceso en el que tenga la oportunidad de defenderse adecuadamente, en condiciones de igualdad y en el que sea el Estado el encargado de acreditar su responsabilidad y no el procesado de demostrar su inocencia. Protege al sentenciado en la medida en que establece límites a la punición, de tal forma que el delincuente sea tratado como un sujeto titular de derechos. Protege a todo individuo al operar como marco de libertad otorgando certeza sobre las conductas que merecen una sanción, fuera de las cuales el individuo puede actuar libremente sin que la autoridad invada su esfera de derechos. Estos fines sólo podrán ser alcanzados a través del respeto irrestricto a los derechos humanos y principios que mantienen la asimetría del sistema penal con respecto al crimen. El Derecho penal del enemigo, en cambio, no busca servir de contención a la reacción social, pretende potenciarla. Asimismo, los términos ambiguos e imprecisos con los que los enemigos son definidos, abren la puerta al arbitrio que la ley penal ha buscado eliminar, mientras que la supresión de garantías procesales convierte el enjuiciamiento penal en un trámite para emitir una condena y no en la oportunidad para que el imputado ejerza su derecho a la defensa.

VIGÉSIMA. El Derecho penal del enemigo no es la condición del Estado constitucional ni tampoco una garantía de seguridad. El Derecho penal del enemigo simplemente es la negación del Estado constitucional. Para entender esta afirmación, es necesario migrar de una idea de seguridad pública a otra de

seguridad ciudadana, en la que los derechos humanos no sean vistos como obstáculos o como elementos pertenecientes a la teoría o a los tiempos de paz; por el contrario, se les debe concebir como el vehículo hacia la solución. El discurso que pugna por los derechos humanos y el respeto a la dignidad de todo individuo no significa negar la realidad, puesto que resulta más iluso romper con los límites al Estado esperando que utilice su poder exclusivamente para neutralizar a aquellos sujetos que han demostrado desprecio por la sociedad. Tomarse en serio los derechos fundamentales no parte de aspiraciones románticas, sino del reconocimiento del potencial destructivo del ser humano y de la necesidad de avanzar hacia una sociedad más tolerante e incluyente que no distinga entre los derechos de los buenos y los derechos de los malos. Abrigar el proyecto del Estado constitucional supone vencer el miedo y la lógica de la emergencia y apostar por los derechos humanos como alternativa.

VIGÉSIMO PRIMERA. La política criminal mexicana de los últimos años se ha caracterizado por un culto a la ley penal, la construcción de penitenciarías como centros de contención, el incremento en el número de cuerpos policiacos y la intervención de las fuerzas armadas en asuntos de seguridad pública; no obstante, dicha estrategia no se ha traducido en la disminución de los índices delictivos y, en cambio, ha resultado en una ola de violencia, un aumento exponencial a las violaciones a derechos humanos y la pérdida de vidas, en gran medida de jóvenes. Se ha presumido como máximo resultado de esta política criminal la detención y ejecución de algunos líderes de las organizaciones criminales (cuyas muertes no son interés del Estado, lo que evidencia que existen individuos cuya vida carece de significado para las autoridades); mientras que la desigualdad social y la falta de oportunidades, factores determinantes en el problema de seguridad pública de nuestro país, continúan como temas pendientes en la agenda nacional.

PROPUESTA

LAS ALTERNATIVAS AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Locura es hacer la misma cosa una y otra vez
esperando obtener diferentes resultados.

Albert Einstein

Lo argumentado hasta este punto permite afirmar que el Derecho penal del enemigo y el Estado constitucional no son modelos compatibles; por el contrario, resultan excluyentes entre sí. No es posible afirmar que los sistemas penales de excepción son mecanismos que sirven para superar momentos de crisis o emergencias para después retornar al Estado constitucional tan pronto como sea posible, pues al introducir la excepción en la justicia penal, la posibilidad de concretar el modelo de los derechos estará más lejos. Si optamos por el camino del Estado constitucional, entonces tenemos que desterrar la lógica del enemigo de la política de seguridad que emprendamos.

La presencia de normas de Derecho penal del enemigo en nuestro ordenamiento jurídico no ha mejorado la eficacia en la detención de los grupos criminales organizados, ni en la prevención de los delitos perpetrados por estas estructuras; pero sí ha supuesto en cambio la vulneración del ideal de protección del individuo como razón de legitimidad del Estado, que definió como mecanismo principal para lograr su cometido el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales.

Por ello, propongo la eliminación del régimen parapenal contra la delincuencia organizada del sistema jurídico mexicano, tanto a nivel constitucional (artículos 16, 18, 19, 20 y 22), como legislativo (Ley Federal contra la Delincuencia Organizada).

Es cierto, no existen derechos fundamentales ilimitados –salvo la dignidad y, en consecuencia, la prohibición de tortura–, los cuales deben estar acotados a

fin de que su ejercicio no vulnere el de los demás. Sin embargo, toda restricción a un derecho debe cumplir ciertos parámetros de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, mismos que tendrán que ser acreditados en cada caso particular. La mayoría de las restricciones que supone el régimen de excepción contenido en la Constitución son francamente incompatibles con un proceso penal que se jacta de potenciar el derecho a la defensa. El arraigo, la restricción de comunicaciones de los internos o la extinción de dominio, son instituciones que deben ser eliminadas sin más. Otras en cambio persiguen fines legítimos, como la reserva de los datos del acusador, el uso de medios probatorios obtenidos en la fase de investigación que no puedan ser repetidos en la audiencia del juicio oral y, de manera verdaderamente excepcional y ajustada a ciertos fines, la prisión preventiva. Empero, no todos los casos relacionados con la delincuencia organizada –sobre todo en los términos tan simples de la descripción contenida en el artículo 16 constitucional y en el tipo penal del artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada– requieren del uso de estas medidas, e incluso pueden existir casos, más allá de los relacionados con esta manifestación criminal, en donde sí resulten indispensables, pero ello se tendrá que motivar y acreditar ante la autoridad judicial en cada caso concreto, por lo que no se pueden vincular *ex ante* con la persecución y enjuiciamiento de los responsables de un determinado delito.

Es necesario preguntarse incluso si es necesario conservar un tipo penal tan ambiguo como lo es la delincuencia organizada. Como se ha señalado, en los hechos este delito no está siendo aplicado de manera autónoma, por lo que su naturaleza fáctica es la de una agravante que eleva la pena de prisión hasta por sesenta años. Tomando en cuenta las elevadas punibilidades ya previstas en las leyes penales es dable preguntarse si necesitamos elevar todavía más las sanciones. Pensemos por ejemplo en el artículo 11 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro que prevé una punibilidad en su límite máximo de ciento cuarenta años (!) para aquellos casos en los que la víctima muera; la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las

Víctimas de estos Delitos contiene punibilidades que llegan en su límite máximo a los 30, 40 o hasta 45 años, mismas que pueden verse incrementadas en dos terceras partes según el artículo 43; el terrorismo, financiamiento al mismo y terrorismo internacional pueden llegar a punirse hasta con 40 años de prisión (artículos 139, 139 quáter y 148 bis del Código Penal Federal).

El tipo de delincuencia organizada no llena ningún vacío legislativo, pues con independencia de que los delitos-objetivo se cometan por una, tres o cientos de personas, éstos prevén una sanción, en ocasiones con penas que exceden el límite máximo de prisión autorizado por el Código Penal Federal (artículo 25).

En este sentido, propongo eliminar la definición de delincuencia organizada, el arraigo y la posibilidad de duplicar el plazo máximo de detención ministerial del artículo 16 constitucional.

Por lo que hace al artículo 18 constitucional considero necesario eliminar la previsión de los centros penitenciarios especiales para los sentenciados y procesados por delincuencia organizada, así como la restricción al derecho a compurgar sus condenas en las penitenciarías más cercanas al domicilio de los reclusos. Esta derogación no supondría la prohibición de establecer penitenciarías con mecanismos reforzados de seguridad, puesto que en el último párrafo se facultaría a las autoridades judiciales correspondientes (jueces de ejecución) a imponer medidas especiales de reclusión. La imposición de estas medidas estaría acotada a la necesidad de protección del propio condenado, de otros reclusos y del personal que labore en estos centros, situación que debería ser demostrada ante una autoridad judicial en un procedimiento en el que el afectado tuviera la posibilidad de manifestar lo que a su derecho correspondiera.

La prisión preventiva oficiosa prevista en el artículo 19 constitucional sería eliminada. Esta institución estaría reservada para aquellos casos en los que otras medidas cautelares fueran insuficientes para evitar que el imputado evada la acción de la justicia, impida el desarrollo del proceso o ponga en riesgo la seguridad de la presunta víctima, de testigos o de la comunidad; no así cuando el

imputado esté siendo procesado o haya sido condenado por un delito doloso, en respeto al principio de presunción de inocencia. La suspensión del proceso y de la prescripción sería eliminada de la Constitución, sin que ello afectara su regulación en la normativa secundaria.

Los beneficios a los delincuentes colaboradores serían eliminados. En cuanto a la reserva de los datos del denunciante y de la víctima, quedaría derogada la segunda parte del primer párrafo del artículo 20 constitucional, apartado B, fracción III, sin perjuicio de que en la fracción V del apartado C del mismo precepto se establecieran reglas generales sobre la protección de víctimas, ofendidos, testigos y otras personas que intervengan en el proceso, incluyendo por supuesto a los denunciantes. El resguardo de datos personales de las mencionadas personas no estaría asociado a ningún delito en específico, lo que llevaría a la necesidad de acreditar la necesidad de protección.

De manera similar, se eliminaría el segundo párrafo de la fracción V del apartado B del artículo 20, que prevé la posibilidad de otorgar valor probatorio a las actuaciones llevadas a cabo antes de la fase del juicio oral tratándose de procesos seguidos por delincuencia organizada, quedando la posibilidad de recurrir a la figura de la prueba anticipada prevista en la fracción III del apartado A. La extinción de dominio sería eliminada del artículo 22 constitucional.

No necesitamos normas que calmen los miedos de la sociedad con sus efectos simbólicos, necesitamos normas de eficacia real. Fue la voz de Beccaria la que desde el siglo XVIII manifestó: “no es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas”.

En México los niveles de impunidad superan el 90%, lo cual es reflejo de la incapacidad demostrada por el Estado mexicano, con todo y Derecho penal del enemigo, para hacer frente adecuadamente a las tareas de seguridad pública. La impunidad es la mejor invitación a la criminalidad para seguir operando; probablemente no exista mejor negocio: altas ganancias y poca probabilidad de fracaso.

No obstante, modificar la ley no la hará más efectiva, puesto que más que un problema de palabras, lo que caracteriza la situación del sistema penal mexicano es su falta de aplicación, tendencia que sólo podrá revertirse con la capacitación permanente, científica y con enfoque de derechos humanos de las autoridades encargadas de la persecución del delito. El éxito de la procuración de justicia depende, como pocas actividades estatales, del uso de la ciencia; por lo que resulta urgente fortalecer las áreas de criminalística y ciencias forenses.

Los altos niveles de corrupción en el país confirman que el problema se debe no tanto a los contenidos legales como a su aplicación, pues mientras los operadores del sistema sean los que incurran en violaciones a la norma y omisiones a sus funciones, la norma pocas probabilidades tendrá de servir como mecanismo que auxilie en la solución de problemas. En el último *Índice de Percepción de la Corrupción* realizado por Transparencia Internacional, México se ubicó en el lugar 106 de 177 países. Mientras nuestras autoridades tengan un precio, el sistema será controlado por quien cuente con los recursos para hacerlo, lo que provocará que el régimen penal, tanto el de excepción como el ordinario, siga siendo aplicado a quien no contó como los elementos financieros y de poder para evadir la “justicia”.

Tenemos que ser claros, la corrupción, como cualquiera de los problemas estructurales de nuestro sistema, no podrá ser resuelta, al menos no únicamente, por medio de la ley penal. Los mecanismos de fiscalización y control deben contar con los recursos institucionales, materiales y humanos para seguir funcionando. Asimismo, los servidores públicos deben tener acceso a las condiciones laborales y sociales que les permitan cumplir con sus actividades sin recurrir a financiamientos “alternativos”. Pero, sobre todo, cualquier esfuerzo será infructuoso si no existe un cambio de cultura cívica, lo cual, aunque suene reiterativo, sólo se podrá alcanzar por medio de la educación.

Es necesario despresurizar el sistema penal eliminando aquellas punibilidades asociadas a conductas de bajo impacto social, así como aquellas en relación con las cuales el Derecho penal haya evidenciado su poca eficacia. En

este sentido, es necesario poner sobre la mesa el tema de la despenalización del tráfico y consumo de drogas. No podemos ser tan ilusos para suponer que con esta apertura desaparecerán los grupos organizados, los cuales se dedican no sólo a actividades de narcotráfico; empero, no parece existir una justificación suficiente para mantener las normas penales relacionadas con estupefacientes y psicotrópicos. Estudios han evidenciado que la marihuana tiene efectos menos nocivos que otras drogas legales como el alcohol o el tabaco, y aun cuando no se puede decir lo mismo con respecto a otras sustancias, el Derecho debe tener presencia para regular comportamientos que puedan incidir en terceros, dejando por lo demás intocada la autonomía de los individuos, incluso para destruirse a sí mismos. La despenalización del tráfico de narcóticos no supondría su libre apertura, sino su sustitución por medidas de salud y difusión, su fiscalización y su regulación, de tal suerte que su comercialización, al igual que otras drogas legales, tuviera límites estrictos, como la prohibición de venta a menores de edad. Esta regulación supondría mover su tratamiento del ámbito penal al de la salud pública, que permitiría tratar a los consumidores como pacientes y no como delincuentes.

Además, se tiene que mantener la unidad del Derecho penal y procesal penal, por lo que tenemos que abandonar aquellas leyes que optan por seguir modelos diferentes, pues ante la dispersión de la normativa, el control y construcción de un modelo orientado al mismo fin se evapora.

Seguimos tratando la punta del iceberg, sin darnos cuenta de lo que se esconde debajo de éste, pues a través de las medidas penales y policiales sólo se han atendido las cuestiones más visibles de un problema que tiene bemoles de carácter social, cultural y económico. La desigualdad sigue incrementándose y se está convirtiendo en una ola de violencia enraizada en la falta de oportunidades reales.

Con base en los datos presentados en el punto 4.5., es posible observar un severo problema estructural en nuestro país en el que no hay un lugar para todos, lo que ocasiona que miles de personas tengan que recurrir al crimen para

sobrevivir. La respuesta por supuesto no está en la criminalización, sino en mecanismos totalmente opuestos basados en la inclusión. El Derecho penal, con sus efectos estigmatizadores, contribuye a la marginalización de muchos individuos que no encontraron un lugar en las estructuras formales, pues al ser sancionados se confirma su estatus de excluidos.

Debemos repensar el rumbo de la política criminal mexicana, reconocer que hemos abusado de las medidas penales y policiales y apostar por los mecanismos sociales avocados a la igualdad material, de tal manera que todo ser humano cuente con los mínimos indispensables a fin de que la aspiración de reconocimiento de la dignidad a todo ser humano sea una realidad.

Hasta ahora, las políticas públicas en su mayoría se han basado en subsidios que sólo calman momentáneamente las consecuencias del problema, pero que no inciden realmente en sus causas. Por tanto, es necesario impulsar políticas que permitan generar oportunidades reales, revertir los niveles de pobreza y educación, generar espacios públicos y garantizar en toda la sociedad ese mínimo compuesto por salud, empleo, vivienda y alimentación, que no es otra cosa que la agenda de los derechos sociales. Esta agenda representa un reto para las sociedades modernas. Es cierto, su cumplimiento y eficacia están supeditados a la existencia de un cúmulo de recursos materiales; empero, su debida satisfacción constituye la base y condición del ejercicio de cualquier otro derecho, por lo que si no ubicamos a estos derechos entre las prioridades de un plan nacional, estaremos condenados a seguir en un ciclo marcado por la violencia y la desigualdad.

Una política criminal íntegra también debe incluir los mecanismos en materia penitenciaria que favorezcan la adecuada reintegración social de los presos. No se trata de incidir en la personalidad de los reos, sino en proporcionarles los mecanismos para que puedan afrontar con dignidad la vida en sociedad.

La implementación de políticas públicas no puede basarse en corazonadas ni en buenas intenciones. Debe basarse en un diagnóstico elaborado multidisciplinariamente en el que la ciencia tenga un papel protagónico. Es inexplicable que la Universidad Nacional Autónoma de México carezca de la carrera de criminología, cuando es evidente la necesidad de contar con especialistas de esta disciplina para afrontar los retos por los que pasa el país.

Es cierta la objeción formulada por los propugnadores de la emergencia y los demagogos clientelares: la efectividad de estas políticas requiere tiempo y recursos; no obstante, mientras la situación de desigualdad persista en nuestro país, no importa a cuantos chapos, compayitos o barbies detengamos, la falta de oportunidades reales sumada a la alta impunidad hacen del crimen un camino viable. Si no comenzamos el camino ahora, las medidas que tomemos sólo estarán alimentando una bomba que comienza a dar muestras de una explosión inminente.

No se trata de renunciar a la justicia penal, sino de ubicarla como un mecanismo de control más, no como el único ni mucho menos el más efectivo. Un mecanismo que además depende del respeto absoluto a los principios y derechos que condicionan su legitimidad, al conducir el ejercicio del *ius puniendi* a favor de los integrantes de la sociedad –delincuentes también– y no a despecho de ellos.

El Derecho penal tiene que operar sin titubeos. Los delitos cometidos tienen que ser investigados y, en su momento, delincuentes, organizados y desorganizados, deben ser detenidos, procesados y sentenciados, pero siempre conforme a los principios que nutren su esencia. Renunciemos a la idea de un Derecho penal de amigos y enemigos, necesitamos un Derecho penal para todos.

Por tanto, la propuesta que respalda esta tesis se puede resumir en el destierro de toda norma que se fundamente en la existencia de un enemigo al que es necesario eliminar, para lo cual se propone restringir los derechos humanos – de todos– en aras de una supuesta seguridad que nunca ha llegado, y que nunca llegará si seguimos por este camino.

El Derecho penal del enemigo ha demostrado con creces su ineficacia. No sólo incumplió su promesa de detener a los sujetos que atentan contra la sociedad y así resolver el problema de seguridad; además deformó las instituciones del Estado, que dejaron de avocarse a la protección del individuo, la violencia se tornó cada vez más cotidiana y los derechos –no sólo de los enemigos– fueron mancillados.

La alternativa no puede estar basada en la restricción de derechos como lo postula el Derecho penal del enemigo. En este sentido, mi propuesta consiste en asumir el proyecto del Estado constitucional, es decir, el proyecto de los derechos humanos, mismo que no conoce de amigos ni enemigos, sino de individuos a quienes se les reconoce dignidad y libertad para desarrollar su vida fuera de todo patrón social o estatal establecido, siempre que sea respetuoso del tercero. Pugnar por los derechos humanos no es un deseo iluso. Su constante violación no es razón para desacreditarlos; al contrario, en la medida en que su eficacia esté más lejos de la realidad, se deberá luchar por ellos con mayor coraje e insistencia.

Debemos preguntarnos qué tipo de sociedad es la que queremos construir. Si optamos por una sociedad regida por el miedo y las pulsiones del momento, una sociedad que privilegia la seguridad a la libertad, una sociedad de gobernados vistos como focos de peligro potenciales, entonces el Derecho penal del enemigo es la elección correcta. En cambio, si queremos una sociedad guiada por la razón, una sociedad que sabe que puede exigir libertad y seguridad al mismo tiempo, una sociedad en la que sus integrantes exijamos ser tratados como ciudadanos, que en una democracia significa asumir el papel de gobernantes, entonces debemos aferrarnos al proyecto de los derechos humanos contenido tanto en la Constitución como en los diversos tratados internacionales. Dejar atrás la idea de que los derechos constituyen obstáculos a la solución, para empezar a verlos como los vehículos hacia el fin propuesto. Así, la Constitución pasa de ser el límite al poder y se convierte en un proyecto estatal que irradia tanto a las normas jurídicas como a las políticas que deberán estar orientadas a la garantía de los derechos, incluyendo los sociales.

Dicho proyecto necesita convicción, necesita de voces que sepan derrotar el miedo por medio de la razón. Su éxito y realización no dependen de la fuerza, ya que no puede ser impuesto, por lo que la vía debe ser encontrada en su firme difusión. Un proyecto que exige además asumir la responsabilidad que nos corresponde como sociedad, en vez de encontrar a los enemigos de turno a los que se les atribuya ser la causa de los problemas que hemos cultivado durante años. Éste no es un reto que se pueda afrontar por medio de reformas legales; necesita de una sociedad más tolerante y abierta, lo cual implica una transformación social y cultural movida por el respeto hacia el otro como un igual.

Propuesta de reforma constitucional

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

...

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público 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 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.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

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. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

(Se deroga el párrafo octavo).

(Se deroga el párrafo noveno).

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.

...

...	
<p>Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.</p> <p>...</p> <p>Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.</p> <p>Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.</p>	<p>Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.</p> <p>...</p> <p>Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social.</p> <p>Las autoridades judiciales competentes podrán, a solicitud de la autoridad que establezca la ley de la materia, imponer medidas especiales a los sentenciados a penas privativas de libertad, siempre que se demuestre que éstas son indispensables para mantener la seguridad del sentenciado, de otros reclusos y del personal de las penitenciarías. La imposición de estas medidas deberá ser posterior a un procedimiento en el que se garantice el derecho de audiencia del recluso y deberán ser respetuosas de su dignidad.</p>
<p>Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de</p>	<p>Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de</p>

<p>ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.</p> <p>El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.</p> <p>...</p> <p>Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.</p> <p>...</p>	<p>ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.</p> <p>El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación y la protección de la presunta víctima, de los testigos o de la comunidad.</p> <p>...</p> <p>(Se deroga el párrafo sexto).</p> <p>...</p>
<p>Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.</p>	<p>Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.</p>

<p>...</p> <p>B. De los derechos de toda persona imputada:</p> <p>...</p> <p>III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.</p> <p>La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;</p> <p>...</p> <p>V. ...</p> <p>En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;</p> <p>...</p> <p>C. De los derechos de la víctima o del ofendido:</p> <p>...</p> <p>V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando</p>	<p>...</p> <p>B. De los derechos de toda persona imputada:</p> <p>...</p> <p>III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten.</p> <p>(Se deroga el párrafo segundo de la fracción III del apartado B).</p> <p>...</p> <p>V. ...</p> <p>(Se deroga el párrafo segundo de la fracción V del apartado B).</p> <p>...</p> <p>C. De los derechos de la víctima o del ofendido:</p> <p>...</p> <p>V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales cuando sean menores de edad y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.</p> <p>El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;</p> <p>...</p>
--	---

<p>a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.</p> <p>El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;</p> <p>...</p>	
<p>Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.</p> <p>No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:</p> <p>I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;</p>	<p>Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.</p> <p>No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109 ni la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables.</p>

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

FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., “El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 1.
2. AMBOS, Kai, *Derecho penal del enemigo*, trad. de Carlos Gómez-Jara Diez y Miguel Lamadrid, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007.
3. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda, *Derecho penal*, 3ª. ed., Oxford University Press, México, 2009.
4. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, Consejo de la Judicatura Federal-Poder Judicial de la Federación-UNAM-Senado de la República, México, 1997.
5. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Estado de derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en Mijangos y González, Javier y Ugalde Ramírez, Ricardo, *Estado constitucional y derechos fundamentales*, Porrúa-Universidad Autónoma de Querétaro, México, 2010.
6. APONTE, Alejandro, “Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006 vol. 1.
7. ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo. Antisemitismo*, Alianza Editorial, España, 2002.
8. AZZOLINI BINCAZ, Alicia, “Sacrificio de inocentes en aras de la seguridad”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La*

situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre justicia penal, UNAM-INACIPE, México, 2011.

9. BASTIDA FREIXEDO, Xacobe, “Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 1.
10. BACELLI, Luca, “Derechos sin fundamento”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2001.
11. BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, 4ª ed., Siglo veintiuno editores, México, 1993.
12. BÁRCENA ZUBIETA, Arturo, “Presentación”, en Mijangos y González, Javier y Ugalde Ramírez, Ricardo, *Estado constitucional y derechos fundamentales*, Porrúa-Universidad Autónoma de Querétaro, México, 2010.
13. BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
14. BENZ, Wolfgang, “La exclusión como fase integrante de la persecución: la situación de los judíos en Alemania”, en Bankier, David y Gutman, Israel (editores), *La Europa nazi y la Solución Final*, trad. de Daniel Sarasola, Losada, España, 2005.
15. BOVERO, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en Ferrajoli”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2001.
16. -----, “Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución”, en Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.

17. BRUC CET ANAYA, Luis Alfonso, *El crimen organizado. Origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México*, Porrúa, México, 2001.
18. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Coca-Cocaína: Entre el Derecho y la Guerra (Política criminal de la droga en los países andinos)*, Temis, Colombia, 1996.
19. CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Derecho penal del enemigo?”, en Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Argentina, 2005.
20. ----- y GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, “Presentación”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 1.
21. CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho penal. Parte general*, 49ª ed., Porrúa, México, 2009.
22. CIDE, *Primera Encuesta realizada a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social*, México, 2012.
23. CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, Fondo de cultura económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.
24. DAMIÁN MORENO, Juan, “¿Un Derecho procesal de enemigos?”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 1.
25. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El Derecho penal del enemigo *darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado Derecho penal del enemigo y la idea de seguridad”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos

- (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 1.
26. DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de política criminal*, Centro de Publicaciones Secretaría General Técnica Ministerio de Justicia, España, 1986.
 27. DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal. Parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, 2ª ed., Porrúa, México, 2004.
 28. DONINI, Massimo, “El Derecho penal frente al enemigo”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 1.
 29. DONOVAN, Frank, *Historia de la brujería*, Alianza Editorial, España, 1971.
 30. ESPINOSA, Alejandro Carlos, *Derecho militar mexicano*, 4ª ed., Porrúa, México, 2011.
 31. FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, “Algunas observaciones críticas a la futura reforma constitucional con especial mención a la delincuencia organizada”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, INACIPE-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.
 32. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2001.
 33. -----, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4ª ed., Trotta, España, 2004.
 34. -----, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., UNAM-Trotta, España, 2006.

35. -----, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., trad. de Carlos Bayón Mohino *et al.*, Trotta, España, 2011.
36. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, trad. de Antonio Soto y Hernández, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2004, ts. I y II.
37. FICHTE, Johan Gottlieb, *Fundamento de derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, trad. de José L. Villacaña Berlanga *et al.*, Centro de estudios constitucionales, España, 1994.
38. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Debido proceso”, *Diccionario jurídico mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983, t. III.
39. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en Díaz y García Conlledo, Miguel y García Amado, Juan Antonio (coords.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Cordillera-Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2006.
40. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Narcotráfico. Un punto de vista mexicano*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1989.
41. -----, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 3ª ed., Porrúa, México, 2002.
42. -----, “La reforma constitucional de 2007”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-INACIPE, México, 2009.
43. -----, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 4ª ed., Porrúa, México, 2010.
44. -----, “The Inter-American Court of Human rights’ perspective on terrorism”, en Salinas de Frías, Ana María *et al.* (editores), *Counter-Terrorism. International law and practice*, Oxford, Estados Unidos, 2012.

45. ----- y MARTÍNEZ BREÑA, Laura, *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, UNAM-Porrúa-Programa Universitario sobre Derechos Humanos, México, 2014.
46. GÓMEZ ÁLVAREZ, Pablo, “Comentarios críticos sobre el proyecto de reforma”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-INACIPE, México, 2009.
47. GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David y SANTOYO CASTRO, E. Alejandro, *Crimen organizado. Realidad jurídica y herramientas de investigación*, Porrúa, México, 2010.
48. GRACIA MARTÍN, Luis, *Crítica del derecho penal del enemigo*, Ubijus, México, 2009.
49. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, “¿Qué es y qué puede ser el Derecho penal del enemigo?”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 2.
50. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
51. HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, trad. de Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 1997.
52. -----, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, trad. de Miguel Ontiveros Alonso, INACIPE, México, 2003.
53. ----- y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, España, 1989.
54. HITLER, Adolf, *Mi lucha*, Jusego, Chile, 2003.

55. HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
56. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, “La justicia penal en la reforma constitucional de 2008”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-INACIPE, México, 2009.
57. JAKOBS, Günter, *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, España, 1997.
58. -----, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, España, 2000.
59. -----, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, en Jakobs, *Moderna dogmática penal*, Porrúa, México, 2002.
60. -----, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, trad. de Teresa Manso Porto, en Jakobs, Günter, *Moderna dogmática penal*, Porrúa, México, 2002.
61. -----, “Sobre la teoría de la pena”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günter, *Moderna dogmática penal*, Porrúa, México, 2002.
62. -----, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernard Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004.
63. -----, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Argentina, 2005.

64. -----, "La pena estatal: significado y finalidad" en Jakobs, Günter *et al.*, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista. Estudios de Derecho penal funcionalista*, Porrúa, México, 2006.
65. -----, "¿Terroristas como personas en Derecho?", en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 2.
66. -----, "¿De qué se trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?", trad. de Miguel Polaino-Orts, en Jakobs, Günter *et al.*, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor, México, 2008.
67. -----, "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", trad. de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günter *et al.*, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor, México, 2008.
68. KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, España, 1994.
69. -----, *Sobre la paz perpetua*, 6ª ed., trad. de Joaquín Abellán, Tecnos, España, 1998.
70. KRAMER, Heinrich y SPRENGER, Jacobus, *Malleus maleficarum. El martillo de las brujas*, Círculo Latino-Dunca-Reditar Libros, España, 2006.
71. LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, trad. de Carlos Mellizo, Alianza, España, 2003.
72. LOMBROSO, Cesare, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza, ed alle discipline carcerarie*, 5ª ed., Fratelli Bocca Editori, Italia, 1896.
73. LISZT, Franz von, *La idea de fin en el Derecho penal*, UNAM-Valparaíso, México, 1994.

74. -----, *Tratado de Derecho penal*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, t. II.
75. LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, 2ª ed., trad. de Silvia Pappé y Brunhilde Erker, Anthropos-Universidad Iberoamericana-CEJA, España, 1998.
76. -----, *El Derecho de la sociedad*, 2ª ed., trad. de Javier Torres Nafarrete, Herder-Universidad Iberoamericana, México, 2005.
77. ----- y DE GEORGI, Raffaele, *Teoría de la sociedad*, trad. de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, Universidad de Guadalajara-Universidad Iberoamericana-Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, México, 1993.
78. MACEDO, Miguel S., *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*, Cvltvra, México, 1931.
79. MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel, *Derecho penal del enemigo*, UBIJUS, México, 2011.
80. MANNA, Adelmo, “Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo: La *privacy*”, trad. de Pablo Guérez Triclarico, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 2.
81. MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Isabel Claudia, *El Derecho penal del enemigo*, Porrúa, México, 2009.
82. MARTÍNEZ BASTIDA, Eduardo, *Derecho penal del enemigo*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2009.
83. MOCCIA, Sergio, “Seguridad y sistema penal”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 2.

84. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Política criminal frente a la delincuencia organizada en México”, en García Ramírez, Sergio y Vargas Casillas, Leticia (coords.), *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000). Primeras jornadas sobre justicia penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.

85. -----, “Impactos de las reformas constitucionales en el ámbito de la procuración de justicia”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-INACIPE, México, 2009.

86. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, España, 2003.

87. -----, *El Derecho penal del enemigo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.

88. -----, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, Hammurabi, Argentina, 2005.

89. -----, *Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo*, INACIPE, México, 2012.

90. NATHAN BRAVO, Elia, *Territorios del mal. Un estudio sobre la persecución europea de las brujas*, UNAM, México, 1997.

91. NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 9ª ed., Siglo veintiuno editores, México, 1988.

92. ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “¿Quiénes son “los otros” en la reforma constitucional?”, en Peñalosa, Pedro José (coord.), *Narcotráfico, crisis social, derechos humanos y gobernabilidad. Una agenda para el futuro*, Porrúa, México, 2010.

93. ORELLANA WIARCO, Octavio A., *Teoría del delito. Sistemas causalista, finalista y funcionalista*, 20ª ed., Porrúa, México, 2011.
94. PARMA, Carlos, *Roxin o Jakobs. ¿Quién es el enemigo en el Derecho penal?*, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2009.
95. PASTOR, Daniel R., “El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 2.
96. PEÑALOZA, Pedro José, *México a la deriva: y después del modelo policiaco, ¿qué?*, 2ª ed., UNAM, México, 2013.
97. PÉREZ DAZA, Alfonso, “Sistema procesal acusatorio y delincuencia organizada”, en Herrán Salvatti, Mariano *et al.*, *Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada y corrupción*, Fiscalía General del Estado-Ediciones Coyoacán, México, 2007.
98. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá-Defensor del pueblo, España, 2010.
99. 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 y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 2.
100. POLAINO-ORTS, Miguel, *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*, Grijley, Costa Rica, 2009.
101. RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Revista de Derecho privado, España, 1959.

102. RAMÍREZ MANDUJANO, Noé, “La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada a la luz del Derecho penal del enemigo”, en Herrán Salvatti, Mariano *et al.* (coords.), *Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada y corrupción*, Fiscalía General del Estado-Ediciones Coyoacán, México, 2007.
103. RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 2a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
104. REYES LOAEZA, Jahaziel, *El sistema acusatorio adversarial a la luz de la reforma constitucional*, Porrúa, México, 2012.
105. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, 5ª ed., Porrúa, México, 2009.
106. -----, *Criminología*, 25ª ed., Porrúa, México, 2011.
107. ROMANO, Vicente, *Sociogénesis de las brujas. El origen de la discriminación de la mujer*, Popular, México, 2007.
108. ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social o principios de derecho político*, Porrúa, México, 1992.
109. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., trad. de Diego Manuel Luzón Peña *et al.*, Civitas, España, 1997, t. I.
110. -----, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed., trad. de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, Argentina, 2006.
111. SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.
112. -----, *Crítica de la mano dura. Cómo enfrentar la violencia y preservar nuestras libertades*, Océano, México, 2012.

113. SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, trad. de Rafael Agapito, Alianza Editorial, España, 1991.
114. SCHÜNEMANN, Bernd, “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 2.
115. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, B de f, Argentina, 2006.
116. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Crónica del simposio nacional sobre reforma constitucional en materia penal*, México, 2009.
117. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando Eduardo, *Introducción analítica al estudio del Derecho*, Themis, México, 2008.
118. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1995*, 19ª ed., Porrúa, México, 1995.
119. TORRES, Sergio Gabriel, *Derecho penal de emergencia. Lenguaje, discurso y medios de comunicación. Emergencia y política criminal. Instrumentos y consecuencias*, Porrúa, México, 2010.
120. VALADÉS, Diego, “Reflexiones sobre seguridad, gobernabilidad y reforma del Estado en México. Un ensayo introductorio”, en Peñaloza, Pedro José (coord.), *Narcotráfico, crisis social, derechos humanos y gobernabilidad. Una agenda para el futuro*, Porrúa, México, 2010.
121. VIGO, Rodolfo Luis, *Constitucionalización y judicialización del Derecho. Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2013.
122. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática penal*, EDIAR, Argentina, 1998.

123. -----, “La legitimación del control penal de los extraños”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-B de f, Argentina, 2006, vol. 2.
124. -----, *El enemigo en el Derecho penal*, Ediciones Coyoacán, México, 2007.
125. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10ª ed., Trotta, España, 2011.
126. ZAMORA-PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 5ª ed., Porrúa, México, 1991.
127. -----, *¿Qué hacemos con las drogas?*, INACIPE, México, 2010.
128. ZEPEDA Lecuona, Guillermo, “Seguridad ciudadana y juicios orales en México”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre justicia penal*, UNAM-INACIPE, México, 2011.

Hemerografía especializada

1. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Los fines del Derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. L, MCMXCVIII, enero-diciembre 1998 España, 2001.
2. ALMOGUERA, Antonio, “Las personas con discapacidad, víctimas olvidadas de la atrocidad nazi”, *Revista electrónica del CERMI*, Marzo, España, 2005.
3. AMBOS, Kai y MEYER-ARBICH, Nils, “La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania”, *Revista penal*, núm. 24, julio, España, 2009.

4. BORJÓN NIETO, José J., “Lucha contra el crimen organizado: fracaso de la militarización”, *Letras jurídicas*, año 11, núm. 21, enero-junio, México, 2010.
5. CHABAT, Jorge, “Las peculiaridades del narcotráfico”, *Bien Común*, año XI, núm. 123, marzo, México, 2005.
6. CORNEJO OLVERA, José Raymundo, “Breves reflexiones sobre el derecho penal del enemigo y delincuencia organizada”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, año 4, núm. 7, junio, México, 2009.
7. COSSÍO D. José Ramón, “Delincuencia organizada, seguridad pública y fuerzas armadas”, *Revista Mexicana de Justicia. Los nuevos desafíos de la PGR*, sexta época, núm. 4, México, 2002.
8. DELMAS-MARTY, Mireille, “The Paradigm of the War on Crime”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 3, Julio, Gran Bretaña, 2007.
9. FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, “Delincuencia organizada”, *El Foro*, decimoquinta época, t. XXII, núm. 2, México, 2008.
10. FERRAJOLI, Luigi, “El Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal”, *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, nueva época, año I, núm. 19, verano, México, 2007.
11. -----, “Criminalità organizzata e democrazia”, *Studi sulla questione criminale*, nueva serie, Carocci editore, año V, núm. 3, Italia, 2010.
12. GÓMEZ CORONA, Esperanza, “Guantánamo y los Tribunales Militares de excepción a diez años después de los atentados del 11-S”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 31, núm. 93, España, 2005.
13. GROSS, Emmanuel, “The Influence of Terrorist Attacks in Human Rights in the United States: The Aftermath of September 11, 2001”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 8, núm. 1, Estados Unidos, 2002.

14. GUTIÉRREZ NIETO, Guillermo, "Guantánamo: el péndulo entre lo deseable o lo posible", *Revista mexicana de política exterior*, núm. 88, México, 2009.
15. HOEFER, Frederick, "The Nazi Penal System-I", *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 385, Estados Unidos, 1944-1945.
16. JOHNSON, Mary y RITTNER, Carol, "Circles of Hell: Jewish and Non-Jewish Victims of the Nazis", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 548, noviembre, Estados Unidos, 1996.
17. LONDOÑO BERRIO, León Hernando, "Política criminal del Estado en Colombia", *De Jure Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, núm. 9, julio-diciembre, Brasil, 2009.
18. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, "El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLIX, núms. 225-226, mayo-agosto, México, 1999.
19. MARTHOZ, Jean-Paul, "Los Derechos Humanos después del 11 de septiembre", *Convergencia: Revista de Ciencias Sociales*, año 10, núm. 33, México, 2003.
20. MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, "Delincuencia organizada transnacional: monstruo de principios de milenio", *Revista Mexicana de Justicia. Los nuevos desafíos de la PGR*, sexta época, núm. 4, México, 2002.
21. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "El retorno del Derecho Penal al estado de naturaleza", *Viento Sur*, núm. 83, noviembre, s.l.p., 2005.
22. QUINTERO, María Eloísa, "Extinción de dominio y reforma constitucional", *El Foro*, decimoquinta época, t. XXII, núm. 2, México, 2008.
23. RODRÍGUEZ M., Darío y TORRES N., Javier, "Autopoiesis, la unidad de una diferencia: Luhmann y Maturana", *Sociologías*, año 5, núm. 9, enero/junio, Brasil, 2003.

24. UROSA RAMÍREZ, Gerardo, "El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo", *Iter Criminis*, México, 2011.

Artículos periodísticos

1. CRUZ MARTÍNEZ, Ángeles, "Presentan nueva denuncia contra Felipe Calderón por crímenes de lesa humanidad", *La Jornada*, México, 13 de septiembre de 2014, p. 8. Versión electrónica disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2014/09/13/politica/008n1pol>
2. GARCÍA, Ariadna, "Dios sabe por qué me puso donde estoy: FCH", *El Universal*, México, 22 de septiembre de 2012, consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/202040.html>
3. GÓMEZ DURÁN, Thelma, "Esclavos de los cárteles", *El Universal*, México, 25 de mayo de 2009, consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/primera/33032.html>
4. GONZÁLEZ AMADOR, Roberto, "Pobres, 52 de cada 100 mexicanos, nivel tan alto como hace 20 años", *La Jornada*, México, 18 de diciembre de 2013, consultado en <http://www.jornada.unam.mx/2013/12/18/economia/028n1eco>
5. GONZÁLEZ, María de la Luz, "Advierten que crimen atrapa a 50 mil niños", *El Universal*, México, 30 de abril de 2012, consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/196097.html>
6. HERNÁNDEZ NAVARRO, Luis, "El narcotráfico y la sociedad rural", *La Jornada*, México, 6 de octubre de 2009, consultado en <http://www.jornada.unam.mx/2009/10/06/opinion/014a1pol>
7. HERNÁNDEZ J., Jaime, "FCH: ligados al crimen, 90% de muertos", *El Universal*, México, 8 de febrero de 2010, consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/175509.html>

8. MARTÍNEZ SANJUANA, "Si agarro un zeta lo mato; ¿para qué interrogarlo?: jefe policiaco", *La Jornada*, 13 de marzo de 2011, p. 7. Versión electrónica disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2011/03/13/politica/007n1pol>
9. MOSSO CASTRO, Rosario y TORRES CRUZ, Cristian, "Niñas y niños, los otros soldados del crimen", *Sin embargo*, 23 de mayo de 2013, consultado en <http://www.sinembargo.mx/23-05-2013/629229>
10. ORTEGA, Eduardo, "Violencia en México sigue disminuyendo: Peña Nieto", *El Financiero*, México, 22 de agosto de 2013, consultado en <http://www.elfinanciero.com.mx/politica/violencia-en-mexico-sigue-disminuyendo-pena-nieto.html>
11. OTERO, Silvia, "No investigan 95% de muertes en guerra", *El Universal*, México, 21 de junio de 2010, consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/primera/35119.html>
12. RAMÍREZ DE AGUILAR L., Fernando, "Aumentan 500% denuncias contra Ejército: CNDH", *El Financiero*, México, 7 de abril de 2010, p. 23.
13. RAMOS PÉREZ, Jorge, "Crimen usa derechos humanos: Saynez", *El Universal*, México, 27 de julio de 2011, consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/187525.html>
14. RAMOS, Juan Luis, "ONU recomienda a México sacar al Ejército de las calles", *24 horas*, 13 de junio de 2014, consultado en <http://www.24-horas.mx/onu-recomienda-a-mexico-sacar-al-ejercito-de-las-calles/>
15. SAÚL RODRÍGUEZ, Lilia, "De 9 mil detenidos por crimen organizado en 6 años, 682 purgan condena", *Animal Político*, consultado en <http://www.animalpolitico.com/2013/02/de-9-mil-detenidos-por-crimen-organizado-en-6-anos-682-purgan-condena/#axzz3BkpMKfnX>
16. VARGAS V., Miguel Ángel, "PISA: Ranking de los mejores y peores países en educación", *ADN político*, México, 3 de diciembre de 2013, consultado en

<http://www.adnpolitico.com/ciudadanos/2013/12/03/pisa-ranking-de-los-mejores-y-peores-paises-en-educacion>

17. VILLALOBOS, Joaquín, “Nuevos mitos de la guerra contra el narco”, *Nexos*, 1 de enero de 2012, consultado en <http://www.nexos.com.mx/?p=14631>
18. “Aumentaron 500% los casos de tortura con Calderón: CNDH”, *La Jornada*, México, 22 de noviembre de 2012, consultado en <http://www.jornada.unam.mx/2012/11/22/politica/002n1pol>
19. “Calderón utiliza foro en web para criticar a jueces por liberar detenidos”, *CNN México*, México, 5 de septiembre de 2011, consultado en <http://mexico.cnn.com/nacional/2011/09/05/calderon-utiliza-foro-en-web-para-criticar-a-jueces-por-liberar-detenidos>
20. “Concentran riqueza en México 2 mil 540 multimillonarios”, *Proceso*, México, 18 de junio de 2013, consultado en <http://www.proceso.com.mx/?p=345208>
21. “De jóvenes, tres de cada diez muertes violentas”, *Milenio*, México, 24 de noviembre de 2013, consultado en http://www.milenio.com/policia/jovenes-muertes-violentas_14_196320367.html
22. “Ganaremos la batalla contra la delincuencia organizada: Calderón”, *El Financiero*, México, 7 de marzo de 2007, consultado en <http://calderon.presidencia.gob.mx/2007/03/ganaremos-la-batalla-contra-la-delincuencia-organizada-calderon/>
23. “Los homicidios crecieron 150% en el sexenio de Felipe Calderón”, *La Jornada*, México, 31 de julio de 2013, consultado en <http://www.jornada.unam.mx/2013/07/31/politica/005n1pol>
24. “Los muertos de EPN: 36 mil 718”, *Zeta*, México, 31 de agosto de 2014, consultado en <http://zetatijuana.com/noticias/reportajes/9373/los-muertos-de-epn-36-mil-718>

25. "México, tercer país del mundo con más policías", *El economista*, 25 de marzo de 2012, consultado en <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2012/03/26/mexico-tercer-pais-mundo-mas-policias>
26. "Moreira denuncia ante la Corte Internacional de La Haya a Calderón por los 100 mil muertos", *Sin embargo*, 16 de diciembre de 2012, consultado en <http://www.sinembargo.mx/16-12-2012/463459>
27. "Recibe Corte Penal Internacional denuncia contra Calderón", *Animal Político*, 25 de noviembre de 2011, consultado en <http://www.animalpolitico.com/2011/11/recibe-corte-penal-internacional-denuncia-contra-calderon/#axzz3CPcrgsB3>

Legislación

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2015.
2. Código Penal Federal, México, 2015.
3. Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2015.
4. Código Federal de Procedimientos Penales, México, 2015.
5. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, México, 2015.
6. Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal, México, 2015.
7. Ley de Migración, México, 2015.
8. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, México, 2015.
9. Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, México, 2015.
10. Ley Federal de Extinción de Dominio, México, 2015.
11. Ley Federal del Trabajo, México, 2015.

12. Ley General de Población, México, 2015.
13. Ley General de Salud, México, 2015.
14. Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, México, 2015.
15. Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro, México, 2015.
16. Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, México, 2015.
17. Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, México, 2015.

Instrumentos internacionales

1. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
3. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.
4. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
5. Declaración sobre la Lucha contra el Narcotráfico y el Uso Indebido de Drogas.
6. Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

8. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos.
9. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Documentos legislativos

1. Iniciativa que contiene proyecto de reforma a los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por el diputado Guillermo Pacheco Pulido y suscrita por diputados integrantes de los diversos grupos parlamentarios, 2 de julio de 1993. Versión electrónica disponible en <http://cronica.diputados.gob.mx/Iniciativas/55/149.html>
2. Iniciativa que contiene proyecto de reforma a los artículos 16, 21, 22 y 73, fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario de los Debates de la Cámara de Senadores*, 19 de marzo de 1996. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=2&lg=56&ano=2&id=5097>
3. Iniciativa con proyecto de decreto que expide la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, *Diario de los Debates de la Cámara de Senadores*, 19 de marzo de 1996. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=2&lg=56&ano=2&id=5097>
4. Dictamen al proyecto de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada emitido por las Comisiones de estudios legislativos y de justicia, 15 de octubre de 1996. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=2&sm=2&id=278>
5. Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos de América, *Diario de los Debates de la Cámara de Senadores*, 10 de diciembre de 1997.

Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=2&lg=57&ano=1&id=7106>

6. Iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por diputado Jesús de León Tello del PAN, *Gaceta Parlamentaria*, año IX, número 2102-I, 29 de septiembre de 2006. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2006/sep/20060929-I.html#Ini20060929Tello>
7. Iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por los diputados César Camacho (PRI), Felipe Borrego Estrada (PAN), Raymundo Cárdenas Hernández (PRD) y Faustino Javier Estrada González (PVEM), *Gaceta Parlamentaria*, año X, número 2155-I, 19 de diciembre de 2006. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2006/dic/20061219-I.html#Ini20061219-8>
8. Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del diputado César Camacho Quiroz, del grupo parlamentario del PRI, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, número 2207-I, 6 de marzo de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/mar/20070306-I.html#Ini20070306-2>
9. Iniciativa con proyecto de decreto, que reforma los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, número 2207-I, 6 de marzo de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/mar/20070306-I.html#Ini20070306-2>
10. Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por el Ejecutivo federal, 9 de marzo de 2007, *Gaceta del Senado*, número 77, 13 de

marzo de 2007. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=2&sm=2&id=11710>

11. Iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada el 9 de marzo de 2007 por el diputado César Camacho Quiroz del PRI, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2223-I, 29 de marzo de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/mar/20070329-I.html#Ini20070329-16>
12. Iniciativa con proyecto de decreto que contiene reforma a los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por los diputados Javier González Garza y Raymundo Cárdenas Hernández del PRD, Alejandro Chanona Burguete de Convergencia, Ricardo Cantú Garza del PT y Layda Elena Sansores San Román de Movimiento Ciudadano, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2239-IV, 24 de abril de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/abr/20070424 IV.html#Ini20070424-11>
13. Iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 18, 21 y 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por los diputados Javier González Garza, Andrés Lozano Lozano, Claudia Lilia Cruz Santiago, Armando Barreiro Pérez, Francisco Sánchez Ramos, Victorio Montalvo Rojas, Francisco Javier Santos Arreola y Miguel Ángel Arellano Pulido del PRD, 4 de octubre de 2007, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2355-II, 4 de octubre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/oct/20071004-II.html#Ini20071004-17>
14. Iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por los diputados Javier González Garza, Andrés Lozano Lozano, Claudia Lilia Cruz Santiago,

Armando Barreiro Pérez, Francisco Sánchez Ramos, Victorio Montalvo Rojas, Francisco Javier Santos Arreola y Miguel Ángel Arellano Pulido del PRD, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2355-II, 4 de octubre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/oct/20071004-II.html#Ini20071004-17>

15. Iniciativa con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación presentada por los diputados Javier González Garza, Andrés Lozano Lozano, Claudia Lilia Cruz Santiago, Armando Barreiro Pérez, Francisco Sánchez Ramos, Victorio Montalvo Rojas, Francisco Javier Santos Arreola y Miguel Ángel Arellano Pulido del PRD, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2355-II, 4 de octubre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/oct/20071004II.html#Ini20071004-17>
16. Iniciativa con proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por los diputados Javier González Garza, Andrés Lozano Lozano, Claudia Lilia Cruz Santiago, Armando Barreiro Pérez, Francisco Sánchez Ramos, Victorio Montalvo Rojas, Francisco Javier Santos Arreola y Miguel Ángel Arellano Pulido del PRD, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2355-II, 4 de octubre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/oct/20071004-II.html#Ini20071004-17>
17. Iniciativa con proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por los diputados Javier González Garza, Andrés Lozano Lozano, Claudia Lilia Cruz Santiago, Armando Barreiro Pérez, Francisco Sánchez Ramos, Victorio Montalvo Rojas, Francisco Javier Santos Arreola y Miguel Ángel Arellano Pulido del PRD, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2355-II, 4 de octubre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/oct/20071004-II.html#Ini20071004-17>

18. Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11 de diciembre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071211-VIII.html>
19. *Diario de los debates de la Cámara de Diputados*, año II, primer periodo, 12 de diciembre de 2007, volúmenes II y V. Versión electrónica disponible en <http://cronica.diputados.gob.mx/PDF/60/2007/dic/071212-2.pdf>
20. Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales, de justicia, de gobernación, de seguridad pública y de estudios legislativos segunda, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 de diciembre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=2&sm=2&id=15051>
21. *Diario de los debates de la Cámara de Senadores*, número 34, 13 de diciembre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=2&lg=60&ano=2&id=36572>
22. Voto particular del senador José Luis Lobato Campos al dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales, de justicia, de gobernación, de seguridad pública y de estudios legislativos segunda con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario de debates de la Cámara de Senadores*, número 34, 13 de diciembre de 2007. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=2&lg=60&ano=2&id=36572>
23. Voto particular del diputado Victorio Montalvo Rosas al dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales, y de justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 21 de febrero de 2008. Versión

electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/feb/20080221-IV.html#Votos Particulares>

24. *Diario de los debates de la Cámara de Diputados*, año II, sesión no. 9, 26 de febrero de 2008. Versión electrónica disponible en <http://cronica.diputados.gob.mx/PDF/60/2008/feb/080226.pdf>,
25. *Diario de los debates de la Cámara de Senadores*, número 11, LX Legislatura, segundo periodo ordinario, 6 de marzo de 2008. Versión electrónica disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=2&lg=60&ano=2&id=36764>
26. Iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y décimo primero transitorio del decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, suscrita por los diputados Manlio Fabio Beltrones Rivera, Luis Alberto Villarreal García, Héctor Humberto Gutiérrez de la Garza, Manuel Añorve Baños y Consuelo Argüelles Loya, de los Grupos Parlamentarios del PRI y del PAN, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, año XVI, número 3744-V, 9 de abril de 2013. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/abr/20130409-V.html#Iniciativa1>
27. *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 29 de abril de 2013, número 3759-II, año XVI. Versión electrónica disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/abr/20130429-III.pdf>

Criterios jurisprudenciales nacionales

1. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volumen 217-228, séptima parte, registro 245021.
2. *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, registro 186614, tomo XVI, julio de 2002, tesis P. XXV/2002, p. 8.
3. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, registro 174276, tomo XXIV, septiembre de 2006, tesis II.2o.P. J/22, p. 1194.
4. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, registro: 176030, tesis aislada, tomo XXIII, febrero de 2006, tesis: P. XXII/2006, p. 1170.
5. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, registro 2003960, libro XXII, julio de 2013, tomo 2, tesis II.2o.P. J/1 (10a.), p. 1178.
6. Acción de inconstitucionalidad 1/96.
7. Acción de inconstitucionalidad 20/2003.
8. Acción de inconstitucionalidad 29/2012.
9. Contradicción de tesis 293/2011.

Criterios jurisprudenciales internacionales

1. Corte IDH, *Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*, 21 de enero de 1994, serie C, no. 16.
2. Corte IDH, *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, 27 de noviembre de 2003, serie C, no. 103.

3. Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, 18 de septiembre de 2003, serie C, no. 100.
4. Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, 8 de julio de 2004, serie C, no. 110.
5. Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 7 de septiembre de 2004, serie C, no. 114.
6. Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, 20 de junio de 2005, serie C, no. 126.
7. Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, 22 de noviembre de 2005, serie C, no. 135.
8. Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, 25 de noviembre de 2005, serie C, no. 137.
9. Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*, 1 de febrero de 2006, serie C, no. 141.
10. Corte IDH, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, 21 de septiembre de 2006, serie C, no. 152
11. Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 21 de noviembre de 2007, serie C, no. 170.
12. Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, 17 de noviembre de 2009, serie C, no. 206.

Legislación extranjera

1. Constitución de los Estados Unidos de América. Versión electrónica disponible en <http://www.usconstitution.net/const.html>
2. *USA PATRIOT Act*. Versión electrónica disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>
3. Constitución Política de Colombia.

Documentos legislativos históricos

1. Ley de ciudadanía del Reich. Versión electrónica disponible en http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaFilosofiaDerecho/MATERIALES%20HOLOCAUSTO/Leyes%20de%20Nuremberg.pdf
2. Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes. Versión electrónica disponible en http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaFilosofiaDerecho/MATERIALES%20HOLOCAUSTO/Leyes%20de%20Nuremberg.pdf
3. Ley para prevenir la descendencia con enfermedades hereditarias. Versión electrónica en inglés disponible en <http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/English30.pdf>

Páginas electrónicas

1. *2do Informe de Gobierno 2013-2014*, México, 2014, consultado en http://cdn.presidencia.gob.mx/segundoinforme/Segundo_Informe_escrito_completo.pdf
2. Anexo estadístico del Segundo informe de gobierno 2013-2014 del presidente Enrique Peña Nieto, consultado en http://cdn.presidencia.gob.mx/segundo_informe/Anexo_estadistico_completo.pdf
3. BOLETÍN-0949: "El arraigo ha violentado los derechos humanos, coinciden ponentes de Foro: "Retos y Acciones del Estado Frente al Arraigo", en <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/periodo-ordinario/boletines/5578-boletin-0949-el-arraigo-ha-violentado-los-derechos-humanos-coinciden-ponentes-de-foro-qretos-y-acciones-del-estado-frente-al-arraigoq.html>.
4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 30 de diciembre de 2013, consultado en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>
5. Comunicado pronunciado por Barack Obama el 15 de mayo de 2009, en www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09/
6. Comunicado pronunciado por Barack Obama el 21 de mayo de 2009, en www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09/
7. CONEVAL, *Pobreza en México. Resultados de pobreza en México 2012 a nivel nacional y por entidades federativas*, consultado en <http://www.coneval.gob.mx/Medicion/Paginas/Medici%c3%b3n/Pobreza%202012/Pobreza-2012.aspx>
8. Discurso pronunciado el 10 de agosto de 2007 por el presidente Felipe Calderón en la reunión de trabajo con el grupo parlamentario del Partido

- Acción Nacional del Senado de la República, en <http://calderon.presidencia.gob.mx/2007/08/el-presidente-calderon-en-la-reunion-de-trabajo-con-el-grupo-parlamentario-del-partido-accion-nacional-del-senado-de-la-republica/>
9. Discurso pronunciado por Enrique Peña Nieto el 1 de diciembre de 2012, en <http://www.excelsior.com.mx/2012/12/01/nacional/872692>
 10. Discurso pronunciado por George W. Bush el 6 de noviembre de 2001, en <http://edition.cnn.com/2001/US/11/06/gen.attack.on.terror/>
 11. Discurso pronunciado por George W. Bush el 20 de septiembre de 2013, en <http://news.rapgenius.com/President-george-w-bush-post-9-11-lyrics#lyric>
 12. DWORKIN, Ronald, "Derechos y terror", trad. de Alicia María Fernández, *Precedente*, 2007, consultado en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_y_terror.pdf
 13. Entrevista a Felipe Calderón por Ciro Gómez Leyva, 2 de septiembre de 2008, *Fórmula de la tarde*, Radio Fórmula 103.3. FM., disponible en <http://calderon.presidencia.gob.mx/2008/09/tenemos-que-hacer-que-la-gente-pueda-recuperar-la-tranquilidad-en-eso-debemos-empenarnos-todos-presidente-calderon/>
 14. Entrevista a Patricia Reyes Espinosa, "México no es un Estado fallido", *El País*, 17 de enero de 2009, consultado en http://elpais.com/diario/2009/01/17/internacional/1232146806_850215.html
 15. FEINBERG, Joel, "The Nature and Value of Rights", consultado en <http://biobdroitsanimaux.voila.net/pdf/FeinbergTheNatureandValueofRights.pdf>
 16. HUMAN RIGHTS WATCH, *Ni Seguridad, Ni Derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la "guerra contra el narcotráfico" en México*, consultado en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/mexico1111spwebwcover.pdf>

17. Informe preliminar del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal de Naciones Unidas, en http://cmdpdh.org/wp-content/uploads/2013/12/A_HR_C_WG-6_17_L-5_Mexicoss-1.pdf
18. *Informe sobre el impacto en México de la figura del arraigo penal en los derechos humanos*, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en <http://cmdpdh.org/wp-content/uploads/2013/03/Informe-CIDH-sobre-el-impacto-en-Me%C3%ACxico-de-la-figura-del-arraigo-penal-en-los-derechos-humanos-FINAL.pdf>
19. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM, *Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional*, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/encuestaconstitucion/pdf/encuestaconstitucion10.pdf>
20. KAMPE, Norbert, *La conferencia de Wansee*, portal electrónico de la Casa de la Conferencia Wansee, hoy memorial y centro educativo http://www.ghwk.de/fileadmin/user_upload/pdf-wannsee/span/conferencia.pdf
21. Mensaje de inauguración del Coloquio sobre Prevención de la Farmacodependencia y Conductas Asociadas por parte del presidente Ernesto Zedillo Ponce de León con motivo de la conmemoración del Día Internacional contra el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas en el salón Adolfo López Mateos de la residencia oficial de Los Pinos, en <http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/disc/jun95/26jun95.html>
22. Mensaje de toma de posesión del cargo de Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos el 1° de diciembre de 1994, en <http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/disc/dic94/01dic94-2.html>
23. Mensaje del presidente Felipe Calderón en la ceremonia de clausura y apertura de cursos del sistema educativo militar celebrada el 12 de septiembre de 2008, en <http://calderon.presidencia.gob.mx/2008/09/el-presidente-calderon-en-la-ceremonia-de-clausura-y-apertura-de-cursos-del-sistema-educativo-militar/>

24. Mensaje del presidente Felipe Calderón en el Diálogo por la seguridad llevado a cabo el 12 de enero de 2011, en <http://calderon.presidencia.gob.mx/2011/01/segunda-intervencion-del-presidente-calderon-en-dialogo-por-la-seguridad-hacia-una-politica-de-estado/>
25. Mensaje presidencial con motivo de la presentación del primer informe de gobierno pronunciado el 1° de septiembre de 1995, en <http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/id-9-1.html>
26. OECD, *PISA 2012 Results in Focus*, consultado en <http://www.oecd.org/pisa/keyfindings/pisa-2012-results-overview.pdf>
27. Orden 13492, en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=85670>
28. Orden Militar del 13 de noviembre de 2001. Versión electrónica disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=85670>
29. Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000. Versión electrónica disponible en <http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/pnd.pdf>.
30. Procuraduría General de la República, Incidencia delictiva por entidad federativa, consultado en <http://www.pgr.gob.mx/Temas%20Relevantes/estadistica/Incidencia%20Entidad/incidencia%20entidad.asp>
31. Recomendación 02/2011 de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en http://directorio.cd hdf.org.mx/libros/recomendaciones/2011/Reco02_2011.pdf
32. Transparency International, *Corruption perceptions index 2013*, consultado en <http://www.transparency.org/cpi2013/results>
33. UNAM e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, *Elementos para la Construcción de una Política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia*, consultado en http://www.abogadogeneral.unam.mx/PDFS/Propuesta_Seguridad_y_Justicia_en_Democracia.pdf

34. <http://amnistia.org.mx/nuevo/2013/04/26/mexico-reducir-plazos-no-evita-los-abusos-del-arraigo/>
35. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/105.asp>