



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**CRITICA A LA TEORIA DEL DERECHO PENAL
DEL ENEMIGO COMO TRANSGRESOR DE
DERECHOS HUMANOS**

TESINA

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO PENAL, PRESENTA:**

LIC. BERENICE SILVESTRE MENDOZA

ASESOR. MTRO. PABLO SERGIO REBOLLO MUNGUIA

México, D.F., 2015

Ciudad Universitaria



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.

CON AMOR Y ADMIRACION A MIS PADRES.

JORGE SILVESTRE ALPIZAR Y MARIA GUADALUPE

MENDOZA CARBAJAL, A QUIENES DEBO Y AGRADEZCO EL SER LA PERSONA QUE HOY SOY, PERMITIENDOME FORJAR MI PROPIO CARÁCTER SIN RENUCIAR A MIS PRINCIPIOS, SIN SU APOYO, CARIÑO, CONFIANZA Y DEDICACION ESTE LOGRO NO HUBIERA SIDO POSIBLE, PORQUE ME ENSEÑARON A LUCHAR POR MIS IDEALES SIEMPRE DE UNA FORMA HONESTA Y SINCERA, ALCANZANDO CADA META QUE ME PROPUSIERA, SIN DESISTIR JAMAS, POR ACOMPAÑARME EN CADA UNO DE MIS EXITOS Y FRACASOS, POR ESTAR A MI LADO DE UNA FORMA INCONDICIONAL Y DESINTERESADA, POR ENSEÑARME QUE NO SIEMPRE LA VIDA SERA FACIL, PERO QUE VALE LA PENA VIVIRLA Y SONREIR ANTE CUALQUIER CIRCUNSTANCIA, ESTE LOGRO ES GRACIAS A USTEDES.

CON AMOR PARA MIS HERMANOS:

JORGE IVAN SILVESTRE MENDOZA, MARIBEL SILVESTRE MENDOZA, ELIZABETH SILVESTRE MENDOZA Y MARIA DE LOURDES SILVESTRE MENDOZA, POR SER MIS MEJORES COMPAÑEROS DE MI VIDA, POR SIEMPRE BRINDARME SU APOYO Y CARIÑO SIN IMPORTAR LO DIFERENTES QUE SOMOS, POR ESTAR A MI LADO EN CADA MOMENTO Y ENSEÑARME QUE NO IMPORTAR CUAL SEA LA OCASIÓN SIEMPRE PUEDO CONTAR CON USTEDES.

**CON AGRADECIMIENTO A MI
ASESOR:**

MTRO. PABLO SERGIO
REBOLLO MUNGUIA,
EXCELENTE CATEDRÁTICO,
QUIEN ME APOYO EN LA
REALIZACIÓN DEL PRESENTE
TRABAJO, PERMITIENDOME
DESENVOLVER LIBREMENTE
EN SU REALIZACIÓN,
BRINDANDOME SIEMPRE SU
APOYO Y GANAS DE ENSEÑAR.

**CON AGRADECIMIENTO Y
AFECTO A MIS PROFESORES:**

A CADA UNO DE MIS
MAESTROS, DURANTE MIS
DIFERENTES ETAPAS
ESCOLARES, PORQUE SIN
ELLOS NO HUBIERA PODIDO
CERCER ACADEMICA Y
PROFESIONALMENTE, POR
ENSEÑARME NO SOLO COMO
COMPORTARME EN UN AULA
SINO FRENTE A LA SOCIEDAD,
POR SER UN COMPLEMENTO
IDEAL CON MI EDUCACION
FAMILIAR PARA HACER DE MI
UNA PERSONA INTEGRAL Y
CAPAZ DE DEFENDER SUS
PRINCIPIOS E IDEALES,
GRACIAS.

CON CARIÑO A MIS AMIGOS:

POR SER PARTE IMPORTANTE EN CADA PASO DE MI VIDA, POR DARME UN APRENDIZAJE PERSONAL Y PROFESIONALMENTE, POR CREER EN MI, Y ESTAR A MI LADO APOYANDOME, POR SER LA CONJUGACION PERFECTA ENTRE DIVERSION Y RESPONSABILIDAD, GRACIAS A CADA UNO DE USTEDES, DE TODOS HE APRENDIDO Y AGRADEZCO SEAN PARTE DE MI VIDA.

A MI QUERIDA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO Y MI H. FACULTAD DE DERECHO.

POR PERMITIR REALIZARME Y CRECER DENTRO DE SUS AULAS, POR BRINDARME LA MEJOR EDUCACION Y CONOCER INCREIBLES PERSONAS, POR TERMINAR DE FORJAR MI PERSONLIDAD, POR ACOJERME DESDE MI INICIACION MEDIO SUPERIOR HASTA AHORA, CIMENTANDO EN MI, VALORES Y PRINCIPIOS INTACHABLES, POR ENSEÑARME A LUCHAR Y NO AGACHAR NUNCA LA MIRADA Y TENER SIEMPRE MUY EN ALTO EL ORGULLO DE PERMANECER A LA MAXIMA CASA DE ESTUDIOS.

INDICE

Introducción

Capítulo I. Antecedentes (Bases del Derecho Penal del Enemigo) -----	9
i. Thomas Hobbes -----	13
ii. Jean Jacques Rousseau-----	14
iii. Johann Gottlieb Fichte -----	16
iv. Karl Grolman y Feuerbach-----	18
v. Emile Durchein -----	20
Capítulo II. Teoría del Derecho Penal del Enemigo de Jakobs Günther -----	22
i. Conceptualización -----	23
ii. Características -----	26
A. Adelantamiento de la Punibilidad -----	26
B. Falta de Reducción de la pena proporcional a este adelantamiento -----	28
C. Transito de la Legislación jurídico-penal a la legislación de lucha---- -----	29
D. Derecho Penal Simbólico y Punitivismo -----	30
iii. Partes en el Derecho Penal del Enemigo -----	32
A. Diferencia del sujeto en el derecho penal tradicional y en el derecho penal del enemigo. -----	34
iv. Fines del Derecho Penal del Enemigo -----	38
Capítulo III. Derechos Humanos y el Derecho Penal del Enemigo -----	41
i. Concepto -----	43
ii. Derechos Humanos y Garantías Individuales violadas -----	54
Capítulo IV. Critica al Derecho Penal del Enemigo-----	67
i. ¿Se le debe denominar derecho? -----	69

ii. Dignidad Humana y Legalidad-----	76
Conclusiones -----	90
Bibliografía	

INTRODUCCION

El derecho ha sido sin duda el instrumento ideal para regular las conductas de la sociedad, para asegurar el bienestar y orden social, creando una serie de ramas para las diversas necesidades de la sociedad, en cuanto al modo en que una persona debe comportarse para no violentar las libertades y derechos de sus iguales, corresponde al Derecho Penal ser el encargado de regular aquellas conductas conocidas como delitos.

Entendiéndose como delito aquellas conductas típicas, antijurídicas, imputables, que están sujetas a una punibilidad, siendo cometidas dolosa o culposamente, pero que por el hecho de transgredir la norma penal traen consigo sanciones penales que bien pueden ir desde una multa hasta una pena de prisión.

Es entonces cuando se sucinta el problema del presente trabajo, nuestro actual Derecho Penal, regula conductas y otorga sanciones, pero siempre bajo un marco de legalidad y respeto a las leyes ya establecidas, respetando aquellos derechos inherentes al ser humano, que le dan su calidad de persona.

Sin embargo es bien sabido que a pesar de los esfuerzos que se han llevado a cabo por las diferentes instituciones para proteger los derechos humanos y las garantías señaladas por nuestra Carta Magna para los sujetos sentenciados, se han establecido no solo penas, sino también medidas de seguridad, que sancionan pero también dan la pauta a una posible reinserción social, se realizan trabajos para proteger sus derechos a los sentenciados y aunque falta mucho por avanzar en el Derecho Penitenciario, se trabaja para cumplir con los principios para la reinserción social, trabajo, salud, educación y recreación, con el objetivo de no aislar al sujeto por completo de su entorno social y lograr una readaptación al entorno social al que pertenecía.

Este modelo penal, se ha visto violentado por teorías que manejan la posibilidad de una desaparición de los derechos inherentes al ser humano, como lo son la dignidad y la vida, que son parte indiscutible de la calidad humana de una persona, una de ellas es el Derecho Penal del Enemigo que implanta una nueva forma de ver al delincuente, denigrando su integridad y conceptualizándolo como un enemigo social, que lo único que ocasionara son daños a la sociedad, poniendo el riesgo el pacto social establecido para guardar un orden.

El Derecho Penal del Enemigo, trajo consigo un nuevo paradigma, planteando una nueva forma de aplicabilidad del derecho, segregando a la sociedad, agrediendo la generalidad del derecho, al querer aplicar este “Derecho” solo a una parte de ella, a aquella que considere como peligrosa para la sociedad, siendo voluntarios directos a una violación a sus derechos humanos, planteando incluso su desaparición lo que ocasionaría otra violación a las garantías señaladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al violentar su calidad humana.

En el presente trabajo plantearemos el discurso del Derecho Penal del Enemigo, así como aquellas garantías, principios y derechos que viola al querer aplicarse, mostrando brevemente un análisis histórico para el surgimiento del mismo, con la finalidad de demostrar la importancia de respetar y proteger los derechos de los internos en un Centro de Readaptación, no solo por la importancia de la calidad humana, sino por el respeto que se merecen también las leyes que se encargan de regular a la sociedad, no se puede pretender venir a cambiar los esquemas establecidos, violando derechos y garantías de las personas, con la creación y aplicabilidad de un “nuevo derecho”.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

El derecho penal, desde sus inicios ha traído consigo una serie de modificaciones al comportamiento del ser humano, se le ha visto como un medio de coacción hacia aquellas conductas realizadas por los sujetos de una sociedad, que al considerarse inapropiadas traen consigo la necesidad de una sanción.

Teniendo diferentes etapas, como lo puede ser el Código de Hammurabi, considerado como el cuerpo de leyes más antiguo, en el que se adoptaba fielmente la Ley del Talión, la cual seguía el principio de: “Ojo por ojo, diente por diente”.

Siendo una de sus finalidades el regular la venganza para que esta no pase de ciertos límites, dando un castigo en la misma proporción del acto cometido.

Al igual que el Código de Hammurabi, han existido en las diferentes culturas ordenamientos en los que se regulan las conductas humanas, como lo son en Libro de las Cinco Penas en china en donde predominaba la venganza y el talión o bien el Libro de los Muertos en Egipto en el que se podían encontrar pasajes de los juicios a los que se sometía a los muertos, teniendo indudablemente un carácter religioso, ya que se veía al delito como una ofensa a los dioses.

Uno de los ordenamientos más relevantes son las siete partidas de Alfonso “El sabio”, en las que buscaba dar una unidad a la legislación española, encuadrándose primordialmente el derecho penal dentro del libro VII, en donde se engloban principalmente las siguientes características:

1. Se establece un sistema acusatorio, el cual era llevado de forma escrita.
2. Se buscaba que se estableciera dentro de los delitos privados, la figura de la querrela.

3. La acusación tenía que ser demostrada de tres formas: por testigos; por pesquisas¹ y por lid, para después llevarse a cabo un juicio ante Dios.
4. En caso de adulterio, estaba permitido el homicidio, solo en caso de que hubiera sido encontrado en flagrancia.
5. Los tormentos estaban permitidos únicamente por mandato del Juez.
6. Sus penas se basaban en tres principios; el intimidatorio, el expiatorio y por último el ejemplar.²

Cada uno de estos ordenamientos, así como otros tantos fueron sirviendo de base a la elaboración de diferentes Códigos Penales en todo el mundo, permitiendo una evolución del Derecho Penal, con mayor eficacia y tratando de encuadrar de la mejor forma las conductas que se iban presentando en las diferentes sociedades, logrando mejores penas, que realmente sirvieran como un correctivo ejemplar.

En México también se llevo a cabo esta evolución, es el caso que el 1835, en el Estado de Veracruz, se aprueba el primer Código Penal, el cual se componía de tres partes; la primera llamada de las penas y de los delitos en general, la segunda denominada de los delitos contra la sociedad y la tercera, se refiere a los delitos contra los particulares.³

Posteriores a este se realizaron el Código Penal de 1871, orientado en el Código Español de 1870, el Código de 1929, el cual fue criticado al no lograr encuadrar todas las conductas ilícitas dentro de su texto además de ser muy extenso, pero poco funcional, dando lugar al Código Penal de 1931, el cual fue promulgado el 13 de agosto de ese año por el Presidente Ortiz Rubio, siguiendo hasta la actualidad vigente, este Código ha ido sufriendo diferentes reformas siendo la ultima la realizada el 18 de junio de 2008, en la cual se busca implementar un sistema penal acusatorio oral, que contiene un principio de

¹ Indagación o investigación hecha para descubrir o averiguar una cosa.

² LOPEZ, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial. Porrúa, México, 2007, p.18

³ PORTE, Petit, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 8ª ed. Editorial. Porrúa, México, 1983, p.49.

presunción de inocencia, a partir del cual se investigara para detener, además de dar la oportunidad de probar y comprobar en base a todos los datos y documentos que tenga su inocencia, teniendo las partes oportunidad de hacerle saber a la autoridad por su propia voz y la de su representante durante las audiencias su razón de los hechos, sustentándose en los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Como se observa el derecho penal se ha enfocado principalmente a regular las conductas humanas en cuanto al daño que se ha causado a otra persona, conductas que son consideradas como ilícitas y que merecen ser castigadas, que deben estar tipificadas y sancionadas, sirviendo como ejemplo a la sociedad para que se abstengan de cometer este tipo de conductas.

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo, define al derecho penal como “el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación”.⁴

Por su parte Raúl Zaffaroni, señala que se debe entender como derecho penal al, “conjunto de leyes, que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama “delito” y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor”.⁵

Como se observa en ambas definiciones se señala la regulación de ciertas conductas, a las cuales se les conocerá como delitos, así como la aplicación de penas o bien sanciones a quienes realicen este tipo de conductas con el fin de tutelar bienes jurídicos.

⁴ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, tomo I, 5ª ed., Editorial. Antigua Librería, México, 1958, p.17.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, 2ª ed., Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p.42.

Sin que esto signifique que una persona al cometer un delito pierda sus derechos inherentes al ser humano, situación que se ha visto amenazada durante los últimos años cuando surge la teoría del derecho penal del enemigo, en donde el delincuente pierde su concepción como persona y comienza a ser visto como un enemigo para la sociedad.

Ya que si bien es cierto que esta corriente tiene su nacimiento como tal en 1985, la realidad es que desde mucho antes se ha venido conociendo de ella, quizás no con el nombre que se le conoce en la actualidad de derecho penal del enemigo, pero si pudiendo observar dentro de otras teorías algunos de los principios que la teoría del derecho penal del enemigo maneja sobre la manera de ver al delincuente.

Desde el siglo V a.C., en la sofística griega se consideraba al delincuente como un enemigo o mejor dicho como un tumor canceroso que debía ser eliminado del ente social y esfera política, incluso en el mito de Prometeo se hace mención cuando Zeus ordena “que al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad”, en este mismo sentido Protágoras rechaza en un inicio cualquier idea en sentido retributivo del castigo y da a este únicamente finalidades disuasorias, sin embargo aquel que no sea capaz de obedecer aun después de haber sido castigado y redimido, merece ser expulsado de la ciudad o bien que se le de muerte cuando se le considere como un incurable, en estas visiones se puede observar que aquel que no es capaz de obedecer y seguir lo señalado por las normas, merece ser castigado severamente incluso con el destierro o muerte, la teoría del derecho penal del enemigo se puede encontrar desde tiempos remotos, como se puede observar en las siguientes teorías.

i. THOMAS HOBBS

Hobbes, ha sido considerado uno de los principales filósofos políticos ingleses, su obra más reconocida es el *Leviatán*, en la cual se pueden encontrar claramente características similares a las que contiene el derecho penal del enemigo, siendo este uno de sus mayores precursores.

Hobbes ve a la sociedad como un conjunto de individuos cuyas actividades están dirigidas por la ambición, queriendo siempre poder y dominio sobre sus iguales, lo que él denominaba como “guerra de todos contra todos”.

Es decir no había un respeto por los derechos de cada una de las personas, únicamente se veía por el interés de uno mismo, en la sociedad no se podía encontrar un espíritu de solidaridad, únicamente buscaban el contar con los medios necesarios para la conservación de ellos mismos, por lo que en el estado que describe Hobbes “cada quien tenía derecho a todo”.⁶

Sin embargo en este estado, no se podía estar seguro, por lo que era necesario llegar a un pacto social, en el que los propios individuos se pudieran ofrecer un poco de paz, llegando al acuerdo de que este exceso de libertad no debía afectar a terceros, se tenía que tener un límite en sus conductas a realizar, teniendo como entendido que todo aquel que decidiera acatar las normas dictadas por el soberano, aceptaba la protección del gobierno y por tanto se encontraba dentro de este pacto social, mientras que todo aquel que no cumpliera con este pacto social, es decir que no quisiera respetar estas leyes civiles, se le tenía como un enemigo y él mismo se ponía en un estado de guerra para con los demás individuos y estaría sujeto a aquellos castigos impuestos por quebrantar conductas, al querer quebrantar la seguridad social que era tomada como ley suprema, ya que aunque Hobbes consideraba la idea del perdón como una garantía de paz⁷, este no puede otorgarse a los sujetos que se comporten de

⁶ HOBBS, Thomas, *Leviatán I*, Edición Sarpe., Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p.153.

⁷ HOBBS, Thomas, *Leviatán I*, ob.cit., p.161.

forma hostil para con la sociedad, siendo necesario el verlos como enemigos y expulsarlos por alterar la seguridad de la sociedad.

“A los rebeldes, traidores y demás convictos de lesa majestad” ya no se les castigaba “según el derecho civil, sino según el natural; esto es, no como malos ciudadanos sino como enemigos del Estado; y no por derecho de gobierno o de dominio sino por derecho de guerra”.⁸

Al afectar el pacto social que se tenía especificado entre los propios individuos, se le comenzaba a mirar con desagrado y al verlo como un enemigo, de la misma forma retirándole el derecho a pertenecer en la sociedad.

A pesar de estas acepciones mostradas por Hobbes, no se debe tomar su postura como totalitaria o agresiva, ya que si bien dice que debe ser expulsado aquel que se comporte como enemigo ante la sociedad, no menciona la disminución de las garantías de un sujeto, ya que no es el contrato en si el que se encarga de crear las obligaciones hacia quienes se sujetan a él, sino el hecho que llevara a cabo la vinculación al sometimiento, lo cual le da un carácter de irreversible.

Característica que se contradice con lo que señala Jakobs en su teoría, quien al ver a los sujetos como enemigos, si propone el quitarle el estatus de personas y por lo tanto disminuir los derechos que se tienen intrínsecamente por el solo hecho de ser persona, situación que Hobbes no pone en cuestión.

ii. JEAN-JACQUES ROUSSEAU

Rousseau, fue un filósofo suizo, que consideraba que la sociedad debía ser considerada como un ente colectivo que se forma tanto de personas como de instituciones, sustentado bajo un régimen normativo, que sea capaz de mantener el orden social.

⁸ LORENZO, Rossmery Elvira y otros, *Derecho Penal del Enemigo*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2006, p. 9.

En su obra el Contrato Social, hace un estudio en el que subraya la importancia del orden social, siendo necesario que la sociedad se comporte con total respeto a los derechos de la comunidad, es entonces cuando esta persona que contraviene y lesiona los bienes jurídicos, crea la figura de un enemigo social.

El cual al lesionar el interés jurídico de los demás, y no tener el más mínimo respeto por sus derechos, ocasiona la necesidad de combatir o bien reprimir su conducta, en donde el Estado tendrá que adoptar medidas que salvaguarden la seguridad de la sociedad.

El individuo como ser racional, siempre tendrá la libertad de poder elegir sobre sus acciones y forma de comportarse como dice Rousseau: “En efecto, cada individuo puede, en cuanto hombre, tener una voluntad particular contraria o diferente a la voluntad general que tiene cada ciudadano”.⁹

Igual que los dos autores anteriores, si bien es cierto que Rousseau en su obra Emilio, asegura que todo hombre es bueno por naturaleza, y todo se puede solucionar con la facilidad a la educación, no descarta el hecho de que la persona que no quiere sujetarse a lo que el derecho estipula, y de alguna forma altera el orden social, causando un menoscabo al orden establecido, será necesario expulsarlo de la sociedad para que deje de romper con el pacto social existente.

“Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos ciudadano que como enemigo. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social, y por consiguiente de que ya no es miembro del Estado, ahora bien, como él se ha reconocido como tal, al menos por su residencia, debe ser separado de aquel, mediante el destierro, como infractor del pacto, o mediante la muerte, como enemigo público; porque un enemigo así no

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Estudio Preliminar y Traducción de María José Villaverde, 3ª ed., Colección Clásicos del Pensamiento, Tecnos, Madrid, 1995, p.4.

es una persona moral, es un hombre, y entonces de guerra consiste en matar al vencido”¹⁰.

Rousseau, en relación con otros autores, considera como una posibilidad el destierro, para algunos individuos que únicamente se desconozcan como parte del Estado, sin embargo en aquellos casos en que ya sea considerado como un enemigo, al perjudicar a sus semejantes, dañar a la sociedad, no puede tenerse compasión de él y lo mejor será privarle de la vida, antes de que cause mas perjuicios.

iii. JOHANN GOTTLIEB FICHTE

Fichte fue un filósofo alemán, que se convirtió en la segunda figura más importante después de Kant de lo que se conoció como idealismo alemán clásico.

Este filosofo, no solo pensaba en el contrato social, como lo hicieron Rousseau y Hobbes, sino que además adhirió un contrato de protección, con el cual se cubría la necesidad de tutelar los derechos de los individuos que conforman una sociedad, obligando al Estado a proteger sus derechos, basándolos estos en la propiedad, ya que para Fichte “los sujetos ponen en garantía su voluntad de no lesionar la propiedad de todos los demás”¹¹.

Fichte manejo dos posturas durante su vida, primeramente defendía a pesar de que el sujeto cometiera una conducta ilícita, los derechos inherentes a la persona como lo son la libertad física, la propiedad y sobre todo la conservación de su carácter de persona, ya que el hecho de que un sujeto fuera en contra de lo señalado por la sociedad, solo daba entrada a creer que el Estado no estaba cumpliendo con sus funciones de protección.

Sin embargo posterior a esta postura el mismo Fichte, cambia de idea, dejando de lado su postura en la que sostenía que el Estado era el encargado de proteger las libertades y derechos de los individuos.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, ob.cit. pp. 34 y s.

¹¹ LORENZO, Rossmery Elvira y otros, *Derecho Penal del Enemigo*, ob.cit. p.16

En su obra Fundamentos de Derecho Natural, señala que aquel sujeto que se atreva a lesionar el contrato de cualquier modo, ya sea con intención o de forma involuntaria debe de perder sus derechos como ciudadano y como persona, convirtiéndose en una persona no deseable y plantea la creación de “un contrato de expiación entre todos, en virtud del cual todos se prometen no excluir al delincuente del estado, sino permitirle expiar esta pena de otra manera, lo cual no rige para el reo de asesinato intencional y premeditado, con quien debe procederse sin dilaciones a su exclusión absoluta”.¹²

Mostrándose la diferencia de que mientras que el que incumple el contrato se le atenúa con una sanción meramente expiatoria, cuando se trata de un asesino es diferente ya que entonces si pierde sus derechos y la muerte es la única forma de prevenir otros actos dañinos, como una medida de seguridad.

Fichte en esta nueva concepción del delincuente, afirma que a falta de personalidad, la ejecución del criminal no es una pena, sino solo un instrumento de seguridad”.

Teniendo una postura muy similar a la de Kant, el cual establece en su obra Metafísica de las costumbres, al sostener una teoría retribuista que “los habitantes de una isla a punto de desaparecer tiene que ejecutar el último asesino que puede en la cárcel antes de esparcirse por el mundo, para que todo el mundo lleve grabada en su mente la imagen de que el que la hace la paga”¹³.

Dejando con esto una especie de ejemplo y antecedente a la sociedad, de que si transgreden la norma establecida y alteran el orden social, violentando el contrato social, recibirán el mismo trato.

¹² LORENZO, Rossmery Elvira y otros, *Derecho Penal del Enemigo*, ob.cit. p.17 (cita a Fichte, Fundamentos del Derecho Natural, p. 253).

¹³ KANT, Manuel, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Editorial Porrúa, México, 1977, p. 221.

iv. KARL GROLMAN Y FEUERBACH

Como he estado comentando diferentes autores han dado su punto de vista con respecto al Derecho Penal del enemigo, así como Rousseau decía que al sujeto que comete una conducta indebida, se le deja morir mas por enemigo que por ciudadano, Ludwing Andreas Feuerbach, filosofo alemán, antropólogo, biólogo, etc., considerado como padre intelectual del humanismo ateo contemporáneo, también denominado ateísmo antropológico, menciona al respecto de la conducta indebida que si persiste la idea de tener una actitud interna conforme a Derecho, esta va a caer dentro de la moral pero no al Derecho, ya que por medio del libre albedrio esta conducta y su realización serán meramente un juicio interno, en el que se decidirá cómo actuar, dirigiéndose más por la moral que por el Derecho, sin embargo todo aquel que quiera ser tratado como una persona de derecho, deberá de ofrecer una seguridad a la sociedad de que su comportamiento será de acuerdo a la norma, esto es que se sujetara al Derecho, entonces se podrá reconocer como una persona de Derecho, que tiene derechos que reclamar y deberes que debe cumplir, esto sería lo que Feuerbach explicaría como ser persona de sociedad.

Mientras la persona se apegue a lo que señala la sociedad y la norma, cumpliendo con sus deberes, entonces podrá reclamar sus derechos, y de este modo no alterar el orden, y que la sociedad lo siga reconociendo como persona.

Menciona que “el estado conforme a Derecho no requeriría una actitud subjetiva de conformidad a la norma por parte de todos los ciudadanos, sino la fundación de una sociedad civil, una institución en la que a todos les resulte imposible lesionar derechos”.¹⁴

¹⁴ GÜNTHER, Jakobs, Miguel Polaino-Orts, *Terrorismo y Estado de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios N° 38, Colombia, 2009, p.23.

Por su parte Grolman, señala que la única razón para que se lleve a cabo una legitimación de la coacción ejercida hacia las personas, es que se esté protegiendo la libertad de los demás ciudadanos, así se protegen los derechos de las personas.

Se ve a la pena como una justificación al daño que un sujeto puede causar a la sociedad, y fundamenta la necesidad de la pena siempre y cuando esta se imponga a un sujeto que se este convirtiendo en un obstáculo para libertad.

Por lo que el afectar la libertad, trae consigo la aplicabilidad de una pena, es entonces cuando “el más claro caso imaginable de una regulación de Derecho penal del enemigo en la custodia de seguridad, que si bien no es una pena, en tanto medida de seguridad y corrección constituye una reacción legal frente a un delito, siendo aun regulada por lo tanto en el Código Penal”.¹⁵

Así entonces, para estos dos autores para que una persona pueda ser considerada como enemigo debe de afectar la libertad, por medio del delito, pero ambos autores señalan la importancia de una sociedad civil, que sea capaz de controlar y hacer que los miembros de ellas se sujeten y cumplan las normas establecidas.

Una sociedad civil que si bien es cierto que castigara, sancionara a los sujetos que transgredan la norma, sin importar la gravedad de la medida de seguridad o sanción que se le imponga, no despersionalizara al sujeto, ya que este seguirá manteniendo su derecho a la vida y a la integridad física, así como su patrimonio que es parte fundamental para que una persona tenga el carácter de tal.

¹⁵ Ibidem, p.32

v. EMILIE DURKHEIM

Durkheim, fue un sociólogo francés, quien sin duda es pieza clave en el derecho penal del enemigo, cuyos postulados se encuentran desarrollados en su Teoría de la Anomia.

En donde define a “la sociedad como el conjunto de sentimientos, ideas, creencias y valores que surgen a partir de la organización individual a través de este tipo de grupo y que tiene una existencia diferente y superior a cada uno de sus miembros, es decir, que existe gracias al grupo pero no está en ninguno de ellos de forma individual”¹⁶.

Con esta forma social, se cumplen dos funciones, la integración y la regulación; es entonces cuando toma forma su teoría, ya que cuando la segunda no se ejercita adecuadamente se presenta una situación de anomia en la sociedad.

Con la aparición del capitalismo y la industrialización, se presenta un ambiente nuevo en el que la modernidad trae consigo que cada uno de los individuos tenga diferentes objetivos, metas y perspectivas, creando nuevas normas de moralidad y valores, haciendo falta una regulación capaz de regular a cada uno de los individuos en sus diferentes personalidades y enfoque, regular las nuevas relaciones que surgen con la modernidad, creando un vinculo entre todos, capaz de superar la crisis tradicional en la que se pudiera caer por la transición que se dio de forma rápida y sorpresiva.

En este orden de ideas se debe entender a la anomia como la ausencia de un cuerpo de normas que gobiernen las relaciones entre las diversas funciones sociales que cada vez se tornan más variadas debido a la división del trabajo y la especialización, características de la modernidad.¹⁷

¹⁶ Durkheim, Émile, *El Suicidio*, Grupo Editorial Tomo, Buenos Aires, 1998, pp.8-12.

¹⁷ Iberofórum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana. Año IV, No 8. Julio-Diciembre 2009. María del Pilar López Fernández, pp. 130-147. Universidad Iberoamericana A.C., Ciudad de México. www.uia/iberoforum.

En concreto para Durkheim, la anomia se refiere a la falta de normas que pueden orientar el comportamiento de los individuos.

Convirtiéndose la sociedad en un caos, en el que los delincuentes irán tomando día con día más poder, creciendo la peligrosidad y aumentando el número de conductas desviadas, ya que si no se tiene una adecuada regulación de las conductas, se puede presentar una confusión y necesidad de elegir entre el bien y el mal, por lo que se debe evitar una desorganización que dará lugar a marginaciones, y esto, a que un individuo decida o bien intente cambiar el orden que se pretende establecer en la sociedad, convirtiéndose en un enemigo.

Como se puede notar cada uno de estos autores, hace notar sus ideas de oportunidad de ver a un sujeto que decide transgredir la norma, como un enemigo, que debe ser excluido e incluso hasta exterminado para poder prevenir males futuros.

Teorías que fueron sirviendo de base para que después Jakobs en 1985, postulara lo que denominaría la teoría del Derecho Penal del Enemigo, en la cual se plasma clara y tajantemente el deseo de terminar con toda aquella persona que se atreva a poner en peligro el orden establecido, sobre todo contra aquellos actos que se consideren como terroristas, teoría que a continuación me encargare de desglosar.

CAPITULO II

TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DE JAKOBS GÜNTHER

Para poder desarrollar esta teoría se ha tenido que ir evolucionando y formulando diferentes elementos para poder formar un concepto, que englobe a la perfección las características y fines esenciales del derecho penal del enemigo.

Como lo mencione en el capítulo anterior, han sido varios los filósofos y juristas que dentro de sus obras y teorías dejan ver su postura acerca de cómo es que debe ser tratado un delincuente, como persona merecedora de ser vista como dañina para la sociedad, esto es como un enemigo, teoría que terminaría por tomar fuerza y relevancia en 1985 con el jurista Jakobs Günther.

Jakobs Günther, es un jurista alemán, especializado en derecho penal, derecho procesal y filosofía del derecho, quien elabora la mencionada teoría en 1985, buscando demostrar y ejemplificar al mundo del derecho, de una manera más clara y justificable su teoría al decir que aquellos sujetos que no actuaron de acuerdo a lo establecido por la sociedad, a quienes no les importo violentar los derechos de todas aquellas personas que murieron, atentando sobre la vida de muchas personas, anteponiendo a la vida como bien jurídico tutelado supremo, sus intereses personales, no se les podía tratar con dignidad y mucho menos como personas, otorgándoles derechos que ellos mismos no respetaron, por lo que se les debía ver y tratar como enemigos.

En el presente capítulo se hará un análisis acerca del concepto del derecho penal del enemigo, así como sus características, finalidades y demás.

i. CONCEPTUALIZACIÓN

El concepto de derecho penal del enemigo se ha venido desarrollando desde hace mucho tiempo, y ha creado un cuestionamiento en base a lo que conocemos como un modelo de Estado democrático y de derecho, que contradice los derechos fundamentales que el Estado otorga a todos sus ciudadanos, por el simple hecho de ser personas.

Se debe entender como Derecho Penal del Enemigo, como aquel derecho penal que se encargara de regular y tratar a los infractores de las normas establecidas para salvaguardar el bien social, como enemigos, como mera fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea.¹⁸

Con este concepto, se presenta una contradicción con lo que se conoce como derecho penal del ciudadano, el cual impone una sanción al sujeto que infringe la norma, que se convierte en delincuente, pero sin olvidar las condiciones de legitimidad, siguiendo los procedimientos adecuados y respetando las garantías del sujeto.

Es entonces como lo señala Jakobs, que “en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede, en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, derecho penal del enemigo”.¹⁹

Entendiéndose como enemigo a aquellos individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no solo de manera incidental, y por lo mismo no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un adecuado comportamiento personal, y por el contrario muestran un déficit en dicho

¹⁸ Vid., CANCIO, Manuel, *“Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo*, RPCP 13, p.155.

¹⁹ GÜNTHER JAKOBS, CANCIO Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios N°35, Colombia, 2005, p. 19.

comportamiento, violentando de algún modo el orden social, poniendo en riesgo al convertirse en un enemigo su estatus como persona.

Lo que quita al sujeto la posibilidad de ser tratado de forma digna y respetuosa hacia sus derechos, para quedar sin protección para ser alguien a quien por alterar el bien social, se le debe de dejar de ver como ciudadano.

Convirtiéndose el culpable de alterar el orden social, al ser castigado en un enemigo dejando de ser un ciudadano, al que se le deben de respetar sus derechos y obligaciones.

La pena toma una idea diferente, ya que como lo mencionaba Fichte, al no ver al culpable como un ciudadano, pierde su personalidad, y la ejecución del criminal deja de ser una verdadera pena o sanción, para convertirse solo en un instrumento de seguridad.

Dentro del ámbito del Derecho se debe tener claro una doble visión, ya que se debe de dar al delincuente el derecho a volver a arreglarse con la sociedad y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del derecho,²⁰ por lo que si se le ve como un enemigo y se disminuye por lo tanto su carácter de ciudadano, entonces no tendrá la posibilidad de reivindicarse con la sociedad, siendo este uno de los fines primordiales de la pena, el de llevar a cabo su reinserción social.

Sin embargo no a todos los delincuentes, o bien personas que transgredieran de algún modo el bien social se les daría el mismo trato, se enfatizaría en aquellos delitos como lo son el terrorismo o bien situaciones de guerra, en la que el individuo provoca una rebelión en contra del Estado, presentándose una situación de guerra constante.

²⁰ *Ibíd.*, p.22

Sosteniendo la postura de Kant, en la que dice que el sujeto que no desea estar dentro de las reglas de un Estado, no merece que se le proteja y se debe empezar a tratarlo como un enemigo.

El derecho penal del enemigo precisamente al no reaccionar frente a ciudadanos, no está obligado a observar plenamente las condiciones de legitimidad que le exigen para imponer una sanción penal a los ciudadanos, ya que los enemigos, de alguna forma, son excluidos de la sociedad.²¹

En base a esto, sencillamente el Derecho Penal del Enemigo, es aquella reacción que se da a una conducta ilícita, el cual no busca confirmar la pena o bien la vigencia de la norma que se está infringiendo por un ciudadano, logra poner un freno a aquellos sujetos que no son fieles a las normas sociales establecidas, los cuales merecen ser excluidos, por lo tanto se convierten en enemigos, es entonces cuando lo que se conoce como Derecho Penal, da un giro para no simplemente sancionar y proteger a la sociedad, sino que ahora tiene una función cognitiva de un aseguramiento potencial, que toma como una opción el violar totalmente la legalidad de un procedimiento penal, al considerar a ciertos delincuentes como dañinos a la sociedad, llegando a provocar una despersonalización parcial de los enemigos.

Pero esta coacción que ejerce el Derecho Penal hacia los ciudadanos puede tener dos vertientes, “en primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. Así, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene porqué 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”.²²

²¹ JAKOBS, Günther, *La ciencia del derecho ante las exigencias de presente*, (traducción Manso), En escuela de verano del Poder Judicial, Galicia, 1990, p. 139: “El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”.

²² GÜNTHER JAKOBS, CANCIO Manuel, Op.cit., p. 25.

Situación que no se presenta en el Derecho Penal del Enemigo ya que él tiene como finalidad principal el prevenir peligros y acabar de la forma que sea necesaria con ellos, este tipo de características serán explicadas a continuación.

ii. CARACTERÍSTICAS

Alrededor del Derecho Penal del Enemigo, se han presentado una serie de elementos que le dan su esencia.

A pesar de que este “Derecho” tiene varias características, puedo decir que la mayoría de ellas pueden englobarse y explicarse en tres, que son las siguientes:

1. Adelantamiento de la punibilidad
2. Falta de reducción de la pena proporcional a este adelantamiento
3. Transito de la legislación jurídico-penal a la legislación de la lucha, con el fin de combatir la delincuencia.

A) Adelantamiento de la Punibilidad

Primeramente el Derecho Penal del Enemigo, tiene un amplio adelanto a la punibilidad, esto es que se deja atrás la normatividad establecida, en la que era necesario que un sujeto rompiera la norma, cometiera un delito para poderlo hacer merecedor de una pena, ahora se pretende prevenir el hecho, adelantando la punibilidad, esto es juzgando o bien tomando medidas de seguridad contra aquellas personas que se piense puedan ser perjudiciales para la sociedad, atacando con esto sobre todo a las organizaciones criminales, terroristas o bien traficantes, pasando la perspectiva del hecho pasado al futuro.

Esto es “el punto de partida al que se anuda la regulación no es la conducta no actuada, sino solo planeada, es decir, no el daño en la vigencia de la norma que ha sido realizado, sino el hecho futuro, dicho de otro modo, el lugar del daño

actual a la vigencia de la norma es ocupado por el peligro de daños futuros: una regulación propia del derecho penal del enemigo”.²³

Con esto se rompe con una de los fines del Derecho Penal que es la reinserción social, ya que desde los inicios hasta la actualidad el Derecho Penal ha sancionado conductas que ya han sido realizadas, llevando un procedimiento en el que se estudio y averigua el caso en particular, para poder tomar una decisión sobre la situación jurídica de una persona.

A través de un procedimiento, en sus diferentes etapas, a aquella persona se le dictaminaba una pena, con la que esta pagaba el crimen cometido y a la vez se buscaba que se arrepintiera de lo que hizo, en su caso reparar el daño y por medio de un tratamiento adecuado entendiera que su comportamiento era indebido y que no debía de alterar el orden social pudiendo en todo caso, al final, al cumplimiento de su pena, poder reincidir a la sociedad, con un nuevo pensamiento.

Sin embargo con el Derecho Penal del enemigo, esto deja de ser llevado de esta manera, para juzgar hechos futuros, la sospecha se vuelve una parte fundamental al combatir el crimen, si se considera que una persona o bien a la mayoría de los grupos sociales (asociaciones criminales), como dañino, entonces se les debe castigar, aun y cuando no hubieses cometido algún crimen.

Con este medio de prevención, se buscaría evitar los crímenes, adelantarse a los hechos, no esperar a que pasen, mejor acabar con los sujetos dañinos desde antes.

Lo cual va totalmente al contrario del Principio de Inocencia, establecido fuertemente a partir de la reforma penal del 2008, en donde toda persona será inocente hasta que se demuestre lo contrario, con este “Derecho”, esto deja de ser aplicable, ya que al querer juzgar hechos futuros, se disminuye a los sujetos en

²³ Ibídem., p. 36

cierto modo el poder probar su inocencia, ya que en muchos de los casos ni siquiera habrá cometido la conducta delictiva.

B) Falta de reducción de la pena proporcional a este adelantamiento

En esta característica, se presenta un problema que en México, no es totalmente nuevo, ya que la excesiva punibilidad que se da a varias de las conductas tipificadas en el Código Penal, se ha venido presentando desde tiempo atrás.

Y con la aplicación que se le pretende dar a este “Derecho”, se vuelven totalmente desproporcionales estas penas, ya que muchos delitos tienen la misma penalización, con la diferencia de que algunos se les dará la mínima y quizás a otros un poco más, la gravedad de este problema está en que no es posible que se juzgue y sancione de la misma forma al cabecilla de una organización criminal que aquella persona que realiza la tentativa de un homicidio.

Se tiene que tener sumo cuidado, en la forma en que se debe ver a cada uno de los delincuentes, estudiando de manera crítica cada uno de los casos que se presenten, dándole gran relevancia a aquellas particularidades del hecho delictivo, además de tener que hacer un ajuste a las sanciones que se darán a un sujeto.

Es entonces cuando el adelantamiento de la pena (característica anterior), debe ser tomada con gran precaución ya que, como se pretenderá dar la sanción de un hecho futuro, como se estudiara el caso, si apenas se está previniendo que pasen los hechos, se va presentar una total violación a la legalidad del proceso, punto que tratare más adelante.

No se debe dejar de tomar en cuenta que no importa si se aminoraría la pena, para delitos menos graves que el terrorismo por ejemplo, sino como es que se evitara un exceso en la punibilidad, no llegar a dictar podría poner al ordenamiento penal, frente a meros elementos simbólicos, “puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se va sometiendo a persecución penal, detenido, procesado,

acusado, condenado, encerrado, es decir, la idea de que inflige un daño concreto con la pena para obtener efectos algo más que simbólicos”.²⁴

Tener bases y elementos insuficientes, para que el proceso no se vea envuelto en una serie de anomalías, que lo harán caer quizás en un exceso de coacción y falta de justicia.

C) Transito de la Legislación jurídico-penal a la Legislación de lucha

Se comienza a dar paso a una lucha entre la delincuencia y el Estado, ya no se respeta lo señalado por el Derecho Penal, empieza la creación de una serie de leyes, muchas de ellas exageradas para el combate de la delincuencia.

Se busca “producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que en segundo lugar también existen procesos de criminalización”²⁵, con esta creación de nuevas normas penales se tendrá la intención de una legislación más efectiva, que sirva como un refuerzo para las normas ya existentes.

Aunque se puede llegar al problema de una inaplicabilidad de las normas, y un exceso de legislación inservible, que solo ocasionara un conflicto de normas al momento de juzgar a un delincuente.

Ya que una diversidad de normas, no crea una seguridad a la sociedad, y mucho menos una disminución de la delincuencia, en donde los sujetos tengan miedo de las nuevas normas penales creadas.

Se puede presentar entonces, un derecho de emergencia, en donde la sociedad ante la situación excepcional de conflicto creada, renuncia a sus garantías procesales, presentándose con esto otra característica más, esta es la supresión de garantías procesales.

²⁴ GÜNTHER JAKOBS, CANCIO Manuel, Op.cit., p. 45.

²⁵ Ibidem, p. 47

En donde se harán visibles ante determinados delincuentes considerados como peligrosos, limitados por medio de medidas de seguridad como lo es la prisión preventiva, la incomunicación, las intervenciones telefónicas y los investigadores encubiertos, presentándose una disminución de los derechos de los ciudadanos, con el fin de combatir el crimen y lograr una adecuada convivencia social, en la que se vea una disminución de la delincuencia.

Entonces el Derecho Penal del Enemigo, será por tanto una guerra cuyo carácter limitado o total depende, de cuanto se le sea temido al individuo.

Así que “el punto de partida al que anuda la regulación no es la conducta no actuada, sino solo planeada, es decir, no el daño en la vigencia de la norma que ha sido realizado, sino el hecho futuro”.²⁶

El legislador, se encontrara frente al problema de caer en la creación de una nueva legislación meramente punitiva, como lo puede ser en los delitos contra la salud, o bien el tráfico de drogas (narcotráfico), terrorismo, etc., lo que afectaría de inmediato las estadísticas de persecución criminal, pero esto daría lugar a un derecho penal simbólico, en el que no sea definida concretamente su área de aplicación, respecto a los hechos que regulara como a los sujetos.

Entonces será evidente que la “motivación del legislador a la hora de aprobar esa legislación esta en los efectos “simbólicos” obtenidos mediante su mera promulgación. Y a la inversa, también parece que normas que en principio cabrían catalogar de “meramente simbólicas” pueden llegar a dar lugar a un proceso penal real”.²⁷

Sus características procesales se verán altamente relativizadas o en el peor de los casos incluso suprimidas.

Se debe tener sumo cuidado respecto a estas tres características, ya que el querer exterminar al sujeto delincuente “enemigo”, disminuyendo sus derechos y

²⁶ Ibidem., p.36.

²⁷ Ibidem, p.51

alterando la normal aplicación del Derecho Penal, podría traer consigo serias consecuencias en cuanto a los principios rectores del Derecho Penal y del Derecho Penal Procesal, violentando Derechos Humanos y Garantías Individuales, tema del que hablare más ampliamente en el capítulo siguiente.

Estas características se describen en dos corrientes derivadas del derecho penal internacional, que se han ido describiendo poco a poco dentro de las características anteriores, el derecho penal simbólico y el punitivismo.

D) Derecho Penal Simbólico y Punitivismo

Como se ha ido mencionando en apartados posteriores este nuevo derecho tiende a crear regulaciones meramente simbólicas al no ser cien por ciento aplicables, al vulnerar una serie de normas ya establecidas y superiores, así como los derechos de las personas, creando un idealismo de aplicación.

Se entiende como derecho penal simbólico aquella criminalización desproporcionada y oportunista, que busca dar a la sociedad una enseñanza al mostrar a la pena como una sanción sumamente fuerte, dirigida por una autoridad decidida a actuar con firmeza ante aquellos sujetos que quieran alterar el orden social, siendo un modelo que va en contra de lo tradicional, y que muy probablemente quede inutilizable, por su violación a derechos fundamentales.

Sobre esto Portilla Contreras, expresa que lo novedoso no está constituido por la proliferación de prácticas de este tipo, sino por la aparición de un sustento doctrinal que las apoye.²⁸

Así al existir una propuesta teórica y otra normativa, se torna más importante esta teoría al tener bases intelectuales que la defiendan y la expliquen, por lo que al ser materia de estudio y comenzar a tener especialidades alrededor de ella, se podrá aplicar con mayor fuerza el nuevo derecho penal.

²⁸ PORTILLA, Guillermo, "Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del Enemigo", Revista Jueces para la Democracia, Año 2004, Núm. 49, p.43.

Además de esta tendencia se encuentra también el punitivismo, en donde surge la existencia de procesos caracterizados por la introducción de nuevas normas penales, fuertemente endurecidas, en donde se viviría un retraso legal, ya que se regresaría a una criminalización sumamente conservadora, con lo que podría darse lugar a que esta nueva forma de sancionar, tenga lineamientos meramente políticos, ya que en la teoría del derecho penal del enemigo la derecha política ha encontrado un espacio en el cual puede teñirse de un pretendido, mientras que, mediante la multiplicación y endurecimiento de las normas penales, la izquierda resta protagonismo a sus adversarios políticos en el rol de asegurar el imperio de la ley y el orden en el Estado.²⁹

Perdiéndose la importancia del Derecho Penal que es la de sancionar ejemplarmente a un ciudadano que infrinja la ley, sin violentar sus derechos como persona y buscando mediante un adecuado tratamiento el mejorar sus conductas y que pueda haber una reinserción a la sociedad, y al exagerar las penas se perderá el principio de legalidad dentro de los procedimientos penales.

iii. PARTES EN EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Intervienen prácticamente tres sujetos, uno de ellos es el Estado quien será quien combata a todos aquellos sujetos que traten de violentar el orden social, causando un daño a los demás.

Y aunque las regulaciones que creara el Estado, combatirán principalmente a los ataques terroristas, no se debe dejar de tener presente que de alguna manera legislara también al crimen en general, homicidas, violadores, traficantes, etc.

Creara los medios “idóneos” para lograr frenar el daño que causara a aquellos sujetos, que si son merecedores de ser llamados ciudadanos, a quienes si se les respeta su carácter de personas, respetando sus derechos y tratando de salvaguardar sus bienes jurídicos tutelados, afectándolos lo menos posibles con

²⁹ Ibidem

las medidas de seguridad y el adelantamiento a hechos futuros, que se tendrán que efectuar para prevenir daños y menoscabos.

El Estado conformado por todas aquellas autoridades, como lo serán los jueces, ministerios públicos, policía ministerial, agentes investigadores, etcétera, así como todas aquellas personas que puedan brindar algún apoyo a la lucha contra los “enemigos”.

Pero aunado a este, se encuentra el sujeto delinciente, obviamente aquella contra parte del Estado, aquel que será quien le declarara la guerra al no respetar las normas especificadas, al violentar y contradecir los principios sociales cimentados.

Quien lo retara, se convertirá en aquel sujeto con el que se debe acabar, excluirlo o incluso extinguirlo de la sociedad para que no cause un daño, al que tratara de frenar al prevenir sus futuros ataques.

En cual sería llamado como delinciente, imputado, etc., sin embargo esta teoría ahora lo llamara enemigo.

En el Derecho Penal, el imputado sería aquella persona que participa dentro de un proceso, en el que tiene la oportunidad de demostrar su inocencia, en el que está obligado a participar, conociendo sus derechos y no ocultándole información sobre su situación jurídica.

Ahora bien, este método cambia un poco al ver a los sujetos como enemigos, ya que estos pierden sus características como personas, aquellas que van en contra de lo establecido por el ordenamiento jurídico, no merecen ser tratados como personas, ya que alguien ajeno a este pacto social, mencionado desde Rousseau, se encontrara en un estado de naturaleza, por esta forma de comportarse lascivamente, por lo que se entiende que no quiere pertenecer a la sociedad, rechazándola por medio sus comportamientos, por lo mismo no se le debe tratar como ciudadano, mucho menos como persona y merece ser excluido de la sociedad, para prevenir futuros daños, anteponiendo el bien común.

Por lo tanto el enemigo, será un sujeto que se caracterizara por rechazar primeramente la legitimidad del ordenamiento jurídico y buscar la destrucción de dicho orden, y por consecuencia, mostrarse como un peligro para el orden jurídico y social, convirtiéndose en un sujeto que no ofrece la mínima seguridad cognitiva de un buen comportamiento personal.

A) Diferencia entre Ciudadano y Enemigo

Primeramente debo señalar que un ciudadano, será aquella persona que por medio de su comportamiento causo un daño a lo establecido por la norma y por lo tanto es llamado de una forma coactiva a reparar su daño, para lograr equilibrar el daño causado en cuanto a la vigencia de la norma.

Adquiere una deuda con la sociedad, pero para poder cumplir su pena y reparar dicho daño, será necesario que siga teniendo su status de persona, dándole la oportunidad de corregirse y reincorporarse a la sociedad.

Como ciudadano su principal característica, será el conservar su dignidad humana, lo que traerá consigo el respeto a sus derechos, y por tanto aun confiando aun en su capacidad de entendimiento, y en su libre albedrio, para decidir entre lo que es correcto y lo que no lo es, siendo libre en sus acciones, logrando al final de su sanción de sociabilizar y vincularse éticamente con la sociedad.

La “dignidad humana la poseería en igual medida que cualquier otro hombre, aquel que decidiera apartarse por completo de toda la comunidad de hombres para vivir completamente sólo y en un estado completamente inactivo”.³⁰

Al tratarte como ciudadano, respetando tu status de persona, se ve al delincuente como un sujeto que necesariamente tendrá que recibir una sanción por su acto delictivo, pero que puede comprender las consecuencias de sus actos,

³⁰ GRACIA, Luis, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), 2005, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, p. 40.

recibiendo su pena, pero teniendo la oportunidad de una segunda oportunidad, para poder convivir de forma adecuada en sociedad.

Por su parte al Enemigo se le aparta de ser regulado por este Derecho Penal y de sus beneficios, ya que se le ve como una persona que por su voluntad se aparto el mismo del Derecho Penal, que no garantiza la más mínima seguridad cognitiva y que demuestra este déficit por medio de su comportamiento.

Como menciona Kai Ambos, Kackobs define al enemigo sólo en atención al derecho penal especial en concreto, como si fuera un producto del legislador, sosteniendo que “puesto que quien continuamente se comporta como Satan, al menos no podrá ser tratado como persona en Derecho en lo que se refiere a la confianza de que cumplirá con sus deberes”.³¹

Las actividades de este tipo de individuos son vistas como ilegítimas, y generalmente estarán relacionados con grupos terroristas, narcotraficantes, o algún tipo de criminalidad organizada.

Sin embargo para que a una persona se le vea como un enemigo debe de cumplir con ciertas características, que den pie a su exclusión social.

El tránsito del ciudadano al enemigo se irá dando poco a poco, quizás en sus primeros actos delictivos aun se le siga tratando como ciudadano, y será por medio de la “reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente a organizaciones delictivas estructuradas”.³²

Serán la habitualidad y el profesionalismo en sus actos, los principales datos que servirán como base para la regulación específica del Derecho Penal del Enemigo.

Es principalmente esta circunstancia en la que los defensores del Derecho Penal del Enemigo, respaldan su teoría ya que “la existencia de enemigos en el

³¹ AMBOS, Kai, *Derecho Penal del Enemigo*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007, p.21

³² SANCHEZ, Silvia, *La expansión del Derecho Penal*, 2ª edición, Edit. Civitas, Madrid, España, 2001, p. 164

sentido estricto es un hecho real y puesto que la seguridad cognitiva existente respecto a ellos, esto es, el peligro que los mismos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico es un problema que no puede ser resuelto por el Derecho Penal ordinario (del ciudadano) ni tampoco por medios policiales, de ahí resulta la necesidad que no tiene ninguna alternativa posible”.³³

Se debe de proteger en la medida de lo posible al resto de la sociedad, ya que estos sujetos son un peligro al ir en cada de uno de sus crímenes perfeccionando su forma de actuar, siendo consientes que al aplicar sanciones tan severas, se podría presentar una despersonalización de algunos tipos de delincuentes, otorgándole al delincuente un status de mucha importancia, dando un impacto mayor al delito que cometió, y por lo mismo crearle un mayor status delictual.

Como se puede observar, la diferencia radica en que el ciudadano en su condición de persona con todos sus derechos y protegido por la totalidad de sus garantías, primordialmente por aquella que menciona la de presunción de inocencia, seguirá siendo un ente capaz de emitir actos con cierto significado en la sociedad, mientras que al verte como enemigo estas garantías se verán suprimidas, y el sujeto solo será visto como un peligro contra el cual debe de protegerse, así mismo el restablecimiento de la vigencia de la norma será el fin esencial de la pena y la eliminación de hechos futuros, al decidir tratar a un sujeto como ciudadano tendrá como fin el mantenimiento de la vigencia de la norma y en el derecho penal del enemigo será el combate a los peligros.

Según Jakobs, para poder ser tratado como persona, con todos sus beneficios, el individuo debe dar una garantía cognitiva, esto es que realmente puede comportarse como persona, si esta no existe entonces el Derecho Penal pasara de ser una reacción de la sociedad hacia los actos de algunos de sus miembros, a ser una reacción en contra de un enemigo.

³³ Ibidem, p.163

De este modo “el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico”.³⁴

Aquel que no sea capaz de respetar las normas, que vulnere la seguridad propuesta por el Derecho hacia sus ciudadanos, que no sea capaz de respetar el derecho ajeno y al que no le importe el agredir y perjudicar a la sociedad, no merece que el Estado lo vea y mucho menos lo trate como una persona, ya que si hiciera esto, entonces vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.

El ciudadano y el enemigo, se enfocan en dos polos totalmente diferentes, sin embargo son estudiados en el mismo contexto, en ambos casos los sujetos cometieron una conducta delictiva, y muy de vez en cuando se podrán ver separados por completo, ya que indudablemente uno siempre tendrá elementos del otro, sobretodo porque aunque se quiera limitar por completo sus derechos al enemigo, esto siempre será totalmente inconstitucional y siempre habrá en él una parte de ciudadano.

El enemigo podrá tener dos versiones podrá ser un enemigo interno o bien externo, el enemigo externo sigue conservando su derecho, en cualquier caso sin importar la circunstancia, sigue teniendo derechos mínimos, en la actualidad respaldados por los derechos humanos, el enemigo no se podrá convertir en un sin ley, en cuanto al enemigo interno será esa lucha que cada individuo tiene consigo mismo para decidir cómo actuar, es ya sea cultural, espiritual, de forma real, lo que lo convierte en un enemigo, al buscar alterar a la sociedad y generar sospecha, al hacer que la sociedad tema a aquel sujeto que pueda realizar una conducta que les afecte.

³⁴ GÜNTHER JAKOBS, CANCIO Manuel, Op.cit., p. 34.

En resumen, el llamado Derecho Penal del Ciudadano está destinado a mantener la vigencia de la norma, por medio de una pena frente a hechos delictivos habituales cometidos por ciudadanos, ya que el delito es visto como un acto que incomoda a la sociedad, que causa un daño, pero este es reparable, ya que dicho acto no afecta la permanencia del Estado, ni mucho menos a sus instituciones, por lo tanto no se puede ver al autor del delito como un enemigo, y merece que se le siga otorgando la calidad como persona, viéndolo como un ciudadano.

Por su parte el enemigo, es aquel que en la realización de sus actos se presupone un afán de contrariar la seguridad que el Estado brinda a la sociedad, que no es capaz de garantizar la mínima seguridad cognitiva, por su modo de vida, su pertenencia a alguna organización, etc., se aparta del derecho y por tanto no merece ser tratado como persona, ya que su acto no es visto como un desliz, sino como un acto meramente destructivo y lascivo, hacia el Estado, sus instituciones y el pacto social.

Pero aquí en la actualidad, nos encontramos con otro problema, quien es realmente el enemigo, aquel sujeto que transgrede la norma, incluso algunas veces por necesidad, como lo puede ser en un rodo, el terrorista, etc., o bien se podría comenzar en el Estado como enemigo, uno al no brindar la seguridad cognitiva debida y dos por lo mismo no ser capaz de proteger, sino que induce incluso a la sociedad al delinquir por necesidad, entonces quien será realmente el enemigo.

iv. FINES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Alrededor de este capítulo ya se han podido vislumbrar cual es la finalidad del Derecho Penal del Enemigo, sobre todo al mencionar sus características.

Tiene como objetivo principal la eliminación del peligro, lo que lleva a la segunda finalidad que es conservar la seguridad dentro de la sociedad.

Para lograr eliminar el peligro, se basara en lo que se denomino el adelantamiento de los hechos, ya mencionado anteriormente, si el Estado por medio de sus autoridades es capaz de prevenir hechos futuros, será obvio que podrá ir un paso adelante, frenando el índice de criminalidad.

En base a esto, aquellos sujetos pertenecientes a alguna organización criminal se verán amenazados, por lo tanto se podrán dar principalmente dos posibilidades:

1. El delincuente renuncie a causar vulnerabilidad, al orden jurídico, queriendo respetar las normas establecidas, lo cual suena como una utopía, que podría llegar a caer en lo ilógico, y.
2. Al verse amenazado el delincuente, retara de manera más directa, haciéndole saber al Estado sus inconformidades y haciéndose escuchar, quizás pensando mejor su forma de actuar para no ser descubierto, lo que traería consigo un caos social aun mayor, en el que el delincuente únicamente tomara mayores medidas de prevención para con sus actos, pero no se detendrá.

Por esta situación, no se podrá llegar al fin del Derecho Penal del Enemigo, queriendo eliminar el peligro a como dé lugar.

La prevención de delitos, más que querer proteger o bien mantener la vigencia de la norma, lo que busca es garantizar la seguridad a la sociedad, con lo cual se podría conseguir el fin principal, esto es la eliminación del peligro.

La pregunta aquí será, hasta donde será capaz de llegar el Estado, para conseguir este fin, será realmente adecuada la supresión total de sus derechos al “enemigo”, o lo único que propiciara es una guerra entre dos grupos, que muy probablemente cobren la vida de sujetos totalmente ajenos al problema.

Se tiene que tener mucho cuidado, en los límites de la lucha contra la delincuencia, para no convertirse el Estado en un enemigo, aun mayor al no lograr

frenar a los sujetos dañinos a la sociedad y por el contrario sumárseles de una forma quizás indirecta a perjudicar a la sociedad.

Con el adelantamiento a hechos futuros y el limitar los derechos del enemigo, sin duda se dará una violación a las garantías expresadas en nuestro máximo ordenamiento legal, lo que llevara a la autoridad encargada no solo a regular las conductas ilícitas o contrarias a la norma, sino también a hacer que se respeten los derechos de las personas, de los cuales algunos de ellos se adquieren por el simple hecho de nacer.

Este tipo de conflictos serán estudiados en el capítulo siguiente, en donde se resaltara la importancia de los derechos humanos y como salvaguardar estas garantías inherentes al ser humano, y si es posible que sean violadas solo para prevenir un hecho futuro, lo que no deja de ser una suposición que no podrá ser fundada al cien por ciento, lo que contrapondrá la norma que regula hechos reales y palpables a situaciones en ocasiones meramente simbólicas.

CAPITULO III

DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Los Derechos Humanos en las últimas décadas han tomado gran importancia, ya que después de la Primera Guerra Mundial, surgieron declaraciones en las que se señalaba la importancia de proteger estos derechos inherentes al ser humano, por el simple hecho de ser personas.

Pero no fue sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la ONU y la UNESCO que estos derechos son sustentados por Organización de carácter internacional para conservar la paz mundial y es así como en el año de 1948, se crea la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que se convertiría en el texto universal y más conocido en esta materia, la cual tiene como su proclamación principal la de: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

Ya que después de estas dos guerras en las que se vivía un ambiente de agresión y total desapego a la importancia que tenía la libertad de las personas y respetar su esencia como ser humano.

Estos derechos tendrían como una de sus bases la igualdad, por lo tanto dejaba de ser relevante la raza, color, religión, inclinación política, nacionalidad, etc., para el respeto de los mismos, se trataba de establecer un ambiente de respeto e igualdad entre los individuos de todo el mundo, respetando sus creencias y defendiendo sin importar la apariencia de los sujetos, su calidad como personas.

A partir de esta se crearon otras declaraciones importantes, como lo son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales respaldan y amplían la protección de las personas, para dejar de ser objeto de arbitrariedades y violaciones a sus derechos.

En México, fue hasta el año de 1989 que se creó dentro de la Secretaría de Gobernación, la Dirección General de Derechos Humanos, y es justo un año después que el 6 de junio de 1990 se crea lo que hoy conocemos como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual dos años después sería elevada para obtener rango constitucional, adicionándose su regulación al artículo 102 en su apartado B, convirtiéndose en un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios.

Siendo en 1999, por medio de una reforma constitucional, que la Comisión se convierte en una Institución con autonomía de gestión y presupuestaria, teniendo una modificación en el nombre para convertirse en la Comisión Nacional de los derechos humanos, con esta Reforma se da un cambio en la forma de ver los derechos humanos y cobran una importancia superior, ya que se avanza en la función *Ombudsman*³⁵ de México, al cumplir con la función de proteger y defender los Derechos Humanos de cada uno de los mexicanos.

Siendo esta su principal función, al buscar que por medio de la protección de las garantías individuales establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación a los Derechos Humanos establecidos en las legislaciones tanto nacionales e internacionales, se disminuya desde el índice de discriminación a las personas, como el abuso de autoridades, y sobretodo previniendo y atacando delitos que agreden la integridad en la calidad de la persona.

Respetar los derechos de TODA PERSONA, por el simple hecho de serla, sin importar su situación criminal, si está en libertad o bien cumpliendo alguna pena de tipo penal, situación que si bien es cierto disminuye algunos de sus derechos como lo son los políticos, no es causa para dañar la integridad de una persona, ya que debe seguir teniendo la protección de los derechos inherentes a ella, sencillamente por ser una persona.

³⁵ *Autoridad del Estado que centra su atención especialmente entre partes agraviadas, defendiendo principalmente los derechos de las personas, ante decisiones arbitrarias de una autoridad o bien entre civiles.*

Dándole a todos los mexicanos la seguridad de que existe una Institución que defenderá sus derechos ante cualquier situación, luchando por el respeto a sus derechos, en el caso particular en que se encuentre algún ciudadano.

i. CONCEPTO

Los derechos humanos, según la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, han sido descritos *como el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada*³⁶, las cuales deben de ser garantizadas por el Estado.

Así el Estado debe de tomar las medidas necesarias para salvaguardar los derechos de las personas y lograr el bienestar común, cumpliendo con el propósito de disminuir los índices de discriminación, desigualdad y pobreza en México.

Creándose un ambiente en el que no solo las autoridades respeten y resguarden los derechos de los civiles, sino entre nosotros mismos respetemos nuestros derechos, sabiendo que en cuanto nuestra conducta transgreda o violenta los derechos de otra persona, en ese momento se rompe con la armonía, por lo que es importante que entre todos, autoridades y ciudadanos seamos capaces de respetar nuestros derechos humanos y garantías individuales.

Las principales funciones que se tienen para la defensa y protección de los Derechos Humanos son:

- Contribuir al desarrollo integral de la persona.
- Delimitar, para todas las personas, una esfera de autonomía dentro de la cual puedan actuar libremente, protegidas contra los abusos de autoridades, servidores públicos y de particulares.

³⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos

- Establecer límites a las actuaciones de todos los servidores públicos, sin importar su nivel jerárquico o institución gubernamental, sea Federal, Estatal o Municipal, siempre con el fin de prevenir los abusos de poder, negligencia o simple desconocimiento de la función.
- Crear canales y mecanismos de participación que faciliten a todas las personas tomar parte activa en el manejo de los asuntos públicos y en la adopción de las decisiones comunitarias.³⁷

Buscando siempre el bien de las personas, el cumplimiento de seguridad hacia sus derechos, logrando que no se sientan vulnerables y cumplan las autoridades con la protección de sus derechos humanos, satisfacer las mínimas necesidades de los sujetos.

Los Derechos humanos se dice tienen tres generaciones, en las cuales se clasifican los diferentes derechos de las personas:

Dentro de la primera generación se encuentran lo que se denominan “libertades clásicas” que son derechos que surgieron principalmente después de guerras o conflictos, esto son los derechos políticos y civiles, que enumero a continuación:

- Toda persona tiene derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica.
- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica.
- Los hombres y las mujeres poseen iguales derechos.
- Nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre.
- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni se le podrá ocasionar daño físico, psíquico o moral.

³⁷ Ibídem

- Nadie puede ser molestado arbitrariamente en su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia, ni sufrir ataques a su honra o reputación.
- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia.
- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- En caso de persecución política, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país.
- Los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y a decidir el número de hijos que desean.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento y de religión.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión de ideas.
- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.

Son derechos que le garantizan al ciudadano su participación en la vida política del país, respetando su opinión, mas en México en que se vive dentro de un Estado “democrático” de derecho y la opinión de los ciudadanos es de suma importancia para la toma de decisiones.

Del mismo modo dentro de esta primera generación, los derechos civiles destacan al tratarse de derechos como lo son la libertad y la vida, entre otros, protegiéndolos, sobre cualquier acto de autoridad del que puedan ser sujetos.

Dentro de esta segunda generación se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales, referidos a continuación:

- Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.

- Toda persona tiene derecho a formar sindicatos para la defensa de sus intereses.
- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
- Toda persona tiene derecho a la salud física y mental.
- Durante la maternidad y la infancia toda persona tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.
- Toda persona tiene derecho a la educación en sus diversas modalidades.
- La educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita.

Siendo muy importante resaltar la educación y la salud, ya que estos son derechos fundamentales para toda persona al necesitar una superación personal, dentro de la cual también se engloba la necesidad de convivir con otras personas, así como el poder contar con Instituciones confiables para encargarse de ofrecer los servicios necesarios a las personas.

En la tercera generación se observan los derechos englobados en un marco de respeto y colaboración internacional, como lo son:

- La autodeterminación.
- La independencia económica y política.
- La identidad nacional y cultural.
- La paz.
- La coexistencia pacífica.
- El entendimiento y confianza.
- La cooperación internacional y regional.

- La justicia internacional.
- El uso de los avances de las ciencias y la tecnología.
- La solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos.
- El medio ambiente.
- El patrimonio común de la humanidad.
- El desarrollo que permita una vida digna.

Sin embargo al tratarse este trabajo sobre este nuevo derecho que precisamente quiere disminuir los derechos humanos y garantías individuales de las personas que se encuentran sujetas a un procedimiento penal o bien ya están cumpliendo una sentencia.

Son estos sujetos a los que se les llegan a vulnerar sus derechos y si bien es cierto que les son cancelados sus derechos políticos, también lo es que no se puede derogar su derecho a la salud o a la vida, teniendo también dentro del Centro de Reclusión en el que se encuentren derecho a una recreación que les permita seguir trabajando o bien estudiar.

No se niega el carácter de delincuentes a estos sujetos ya que han cometido una transgresión a los derechos de otras personas, pero esto no significa que se les puedan desaparecer todos sus derechos, se debe de seguir cuidando su integridad y calidad como persona.

Respetar sus garantías individuales consagradas en nuestra Constitución, así como los derechos que les corresponden instaurados en los diferentes ordenamientos no solo nacionales, también internacionales.

Cada persona por el simple hecho de serlo, tiene derechos individuales de forma inherente, esto es que son derechos independientes de las leyes, que se otorgan a la persona por su simple condición humana.

Esto quiere decir que todas las personas gozan de estos derechos, más allá de cualquier factor particular como lo pueden ser la nacionalidad, religión, raza, orientación sexual, clase social, entre otras, son derechos que no tienen que ver con la legislación vigente, sino que están vinculados a la condición humana, siendo intransferibles e irrenunciables.

No puede haber autoridad que intente vulnerar alguno de estos derechos de forma legal o justificada.

Por lo tanto estos derechos sin importar que si una persona haya cometido una conducta tipificada como delito, los sigue conservando, siendo uno de los más importantes el de la vida, la que debe ser respetada a toda persona, ya que incluso al marcar una sentencia de pena de muerte se puede considerar como tortura el tiempo que dicha persona está esperando el momento de su ejecución.

Si en situaciones de terrorismo, narcotráfico, trata de personas, secuestros, se merece una pena más severa, no se pueden violentar por completo sus derechos humanos y garantías, ya que sigue siendo un derecho la reinserción social.

Sin embargo en el artículo segundo de la Ley de Federal contra la delincuencia organizada, se señala que:

“Artículo 2o.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter, financiamiento al terrorismo previsto en los artículos 139 Quáter y 139 Quinquies y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; el previsto en la fracción IV del

artículo 368 Quáter en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;

IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;

V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y Robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal;

VI. 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.

VII. Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Que se contrapone a lo que señala el artículo 16 constitucional, que señala “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión...”

Por lo tanto agrade sin duda la seguridad jurídica que nuestra carta magna, brinda a la sociedad, limitando sus derechos, y violentando sus garantías individuales,

En cuanto a los derechos que les deben de ser respetados a los sentenciados o bien personas sujetas a un proceso penal, el artículo 18 Constitucional al respecto del tratamiento de las personas sentenciadas señala lo siguiente:

“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.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgaran sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

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.

*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 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 ley.*³⁸

En donde se observa como un fin de la pena el de la reinserción social, entonces si comienza a haber un adelantamiento de las penas y una exageración en las sanciones al punto de llegar a la pena de muerte, se pierde con el principio de legitimidad, ya que al buscar “prevenir la realización de delitos” sería como acusarlo antes de que decidiera cometer una conducta delictiva, entonces también el principio de presunción de inocencia se vería transgredido, y la reinserción violentada, al imponer penas tan altas que incluso lleguen a la pena de muerte en delitos como terrorismo, o aquellos en contra de la salud, de igual forma se incorpora la importante figura de los Derechos Humanos, al especificar que el sistema penitenciario deberá estar cimentado sobre las bases que los propios derechos humanos marquen para con los sentenciados y procesados.

Es entonces cuando se contraponen las ideas, o bien se está ante un Estado que aplica como uno de sus principios penales la reinserción social como un fin de la pena, o bien ahora con la aprobación de la cadena perpetua se rompe con este principio, transgrediendo rotundamente el fin de la pena, si una persona no va a obtener un tratamiento que le permita mejorar su comportamiento y volver a la sociedad, entonces el Derecho Penal y Penitenciario, se ven violentados en cuanto a la función de la pena, y por lo tanto rompe con los derechos humanos

³⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

que ya el propio artículo 18 constitucional señala como un organizador del sistema penitenciario.

En el caso de la pena de muerte la sanción no es solo esta, sino la incertidumbre de no saber en qué momento te van a ejecutar se convierte en una sanción mayor, causando al mismo tiempo un daño psicológico mayor.

En el siguiente apartado mencionaremos los derechos violentados, por esta nueva teoría en cuanto a las personas sujetas a un proceso penal, o bien ya se encuentren sentenciados.

ii. Derechos Humanos y Garantías Individuales violentadas

Como ya hice mención en el apartado anterior los Derechos Humanos son prerrogativas que defienden los intereses primarios y necesarios para todas las personas, por el simple hecho de tener una calidad humana.

La teoría del Derecho Penal del Enemigo, con sus postulados principales, viola algunos de estos derechos, por el solo hecho de tratarse de personas que han cometido una conducta que se encuentra tipificada, al ser considerada como un delito.

El principio de legalidad hace mención al derecho que se debe tener al respeto de la persona, su familia, domicilio, papeles, teniendo la obligación los servidores públicos de actuar en todo momento, con apego estricto a la ley, respetando lo establecido en cada una de ellas, así como prever el resguardo de sus garantías y trato digno, ya que nadie puede ser molestado en sus bienes, posesiones, familia o persona, sin que medie mandamiento expreso de la autoridad competente³⁹, lo cual se ve transgredido, al querer prevenir hechos futuros, ya que al detener a una persona por suponer o considerarla dañina a la sociedad, pudiendo cometer un delito, sin esperar a que haya una orden por escrito de autoridad competente, ante un hecho ya realizado, sino solo suponer el

³⁹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, http://www.cndh.org.mx/Cuales_Son_Derechos_Humanos

probable el hecho, hay un total abuso de autoridad, cambiando rotundamente el procedimiento manejado en nuestro derecho, de este principio del que hablare con más detalle en el siguiente capítulo.

Otro de los principios manejados por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, es la seguridad jurídica en materia de ordenes de aprehensión y detención, nuevamente será necesario que se cometa un hecho delictivo, para poder comenzar un proceso contra una persona, nunca se podrá hacer por meras suposiciones, se deberá de contar con una orden por escrito, realizada por autoridad competente.

Lo cual se encuentra además de en los artículos ya mencionados en el artículo 17 Constitucional se toca otro punto referente a la aplicación de la ley y los derechos que tiene un procesado, ya que si bien una persona no puede hacerse justicia por sí misma, también es cierto que no se puede prejuzgar a alguien y hay plazos para la aplicabilidad de un proceso penal, dicho artículo menciona:

“ARTICULO 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

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. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales....”

En esta nueva teoría se ve al delincuente no como en el derecho moderno, como una persona que por una conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por lo tanto debe ser sujeto a una pena o sanción, sin embargo en esta, en el derecho penal del enemigo se ve al individuo que cometió un ilícito como un sujeto que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del derecho presumiblemente de un modo duradero y no solo de manera incidental y por ello, no garantizan la mínima

seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran este déficit por medio de su comportamiento.⁴⁰

Al ver a un sujeto de esta forma, se ve el Estado en la necesidad de controlarlo a costa de lo que sea, imponiendo sanciones exageradas que lleguen hasta la pena de muerte, que va totalmente en contra de lo que nuestra Carta Magna protege, estando en contra no solo de nuestros principios, costumbres y derechos humanos, sino también de nuestra propia calidad humana.

No es necesario tratar a un sujeto de forma inhumana para que la sanción surta sus efectos, se debe seguir respetando su integridad como persona, el derecho penal trata de optimizar sus esferas dentro de la libertad, mientras que el derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos.

Otra garantía que se ve violentada es la de Seguridad Jurídica en las detenciones ante autoridad judicial, la cual no se respetaría en el momento de prevenir hechos futuros, como se señala en el artículo 19 Constitucional, que señala que ninguna persona podrá ser detenida por más de 72 horas, contadas a partir del momento en que sea puesta a disposición del juez, sin que éste justifique la detención con un auto de formal prisión y decrete el inicio del proceso penal. El término de 72 horas podrá prolongarse únicamente cuando el inculpado así lo solicite, con el objeto de presentar pruebas que pudieran favorecerle. Por ello, si dentro del término en cuestión los encargados del centro donde se encuentre recluso no reciben copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, se llamará la atención del juez respectivo, en el entendido de que si no se recibe la copia de dichos acuerdos en las siguientes tres horas, se pondrá en libertad al detenido.

El proceso deberá seguirse estrictamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, razón por la cual, si en la

⁴⁰ Juárez, Lidia Teresa, Derecho Penal del Enemigo, Organismo Judicial de Guatemala, Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial, Revista Jurídica, 2007-2008, p. 2

secuela de un proceso aparece que el inculpado es presunto responsable de un delito distinto, deberá ser objeto de averiguación por separado.⁴¹

Respetando en todo momento la integridad y dignidad de toda persona, por lo que se prohíbe el maltrato o molestia sin motivo legal, así como la imposición de todo pago o contribución, se debe respetar sus derechos y sobre todo el principio de presunción de inocencia.

En los artículos 20 y 21 Constitucionales se encuentran señaladas las garantías de los sujetos que por su conducta se conviertan en procesados, enfatizando en las siguientes; en donde en base a las características que se señalan en la teoría del derecho penal del enemigo, se violan las siguientes:

- Conocer el nombre de su acusador; al adelantarse a los hechos se está como mencione anteriormente violentando su presunción de inocencia, y al mismo tiempo no habrá una contraparte que lo acuse por un hecho real y verídico, sino meras suposiciones.
- Conocer el delito que se le atribuye y demás datos que arroje la averiguación previa, dentro de las 48 horas siguientes a su consignación, para esto nuevamente es necesario se lleve a cabo un hecho delictivo, no se puede actuar contra un sujeto por mera prevención, para brindar seguridad a la sociedad.
- A que se le dicte sentencia dentro de los cuatro meses, cuando el delito que se le imputa sea menor a los dos años, y antes de un año, cuando la pena exceda de dos años, y
- A que un Tribunal superior revise su sentencia, ya sea para anular o reducir la pena, para lo cual incluso cuando una persona ya haya sido sentenciado, tiene la posibilidad de obtener algún beneficio, dependiendo su conducta y avance en su tratamiento, por lo cual es totalmente improbable y violatorio

⁴¹Comisión Nacional de los Derechos Humanos, http://www.cndh.org.mx/Cuales_Son_Derechos_Humanos

de lo estipulado por nuestra Carta Magna en su artículo 22 Constitucional, pensar en la posibilidad de la pena de muerte, como una alternativa para terminar con aquellos sujetos que transgredan el contrato social y alteren la paz y convivencia, sin importar el delito que sea, ya sea por narcotráfico, terrorismo o trata de persona, su calidad de persona mientras estén México, debe ser respetada, artículo que a la letra dice:

“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....”.

Al querer contrarrestar al delincuente y verlo como un enemigo se busca exterminarlo del modo que sea, se violan derechos fundamentales consagrados por el ser humano.

Y quizás nos encontramos envueltos en una situación similar a la que vivió Cuba, teniendo presos talibanes en Guantánamo, en donde se llevo a cabo un traslado de la realidad de una ficción jurídica de los sujetos a los que se veía como “no personas”, a los “enemigos” a los que se les restringe la total aplicación de sus derechos y garantías, estando diez años sin ningún tipo de juicio o proceso, e incluso en algún momento llegar a pensar en su asesinato, por considerarlos peligrosos para la sociedad, sin darles el beneficio de una defensa y protección de sus derechos.

Como se observa en las garantías mencionadas este derecho que se busca implantar, sugiere excepciones a la legislación vigente, en donde se vean flexibilizadas las normas establecidas, llegando incluso a desaparecer por completo las garantías jurídico penales mencionadas con anterioridad que son

parte fundamental del Estado de Derecho, para despojarlos de su calidad de personas y convertirlos en meros enemigos.

Lo que en definitiva va en contra de lo que señala el artículo 13 Constitucional que señala lo siguiente:

“ARTICULO 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.”

Por lo mismo no se puede pensar en un derecho especial, la ley es igualitaria a toda la sociedad, en cuanto a la aplicabilidad de la ley, como se ha ido mencionando todos al ser sujetos de derechos y tener características inherentes al ser humano, se les tiene que tratar como personas y por lo tanto respetar sus garantías, no como lo hace el artículo 11 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, que menciona:

Artículo 11.- *En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta Ley, la investigación también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes.*

No se puede hablar de un igualitaria aplicación de la ley, si se pretende infiltrar agentes en la sociedad, para seguir a ciertas personas, lo que les da una

desventaja hacia con los demás, ya que por sospecha se invade su libertad, privacidad y trato justo e igualitario como a la sociedad, violentando de nueva cuenta sus garantías.

Afectando y teniendo que modificar desde luego también al Derecho Procesal, ya que no se puede hacer una separación de la parte procesal al modificar al Derecho Penal, Hobbes, en su obra señala varias garantías procesales, señalando como estas la inexistencia de un deber de acusarse a sí mismo, al padre, a la esposa o al benefactor, la invalidez de la confesión obtenida mediante tortura, y en cierto modo, la presunción de inocencia, al entender contrario a la ley de naturaleza el castigo de un inocente⁴²; sin embargo no hacia mención especial alguna a la disminución de estas garantías para los “enemigos”, dicha disminución sin duda surgiría como una consecuencia necesaria, al ir ampliamente ligado el Derecho Procesal con el Derecho Penal y las sanciones impuestas, mismo supuesto que se presenta en la actualidad al materializar la teoría del Derecho Penal del Enemigo, se tendrá que dar un cambio en la aplicación del Derecho procesal, ya que como lo dice Pérez del Valle, esto parece ser una consecuencia necesaria, pues el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una pena, sino la venganza, y sería discutible que para una venganza en estado de guerra fueran necesarias garantías”.⁴³

Con la aplicación del Derecho Penal del Enemigo, se dejaría de aplicar el Derecho tal y como se conoce, respetando las garantías y derechos de todo aquel que haya cometido un delito y se encuentre sujeto a un proceso penal, para dar lugar quizás a una era de arbitrariedades por parte de las autoridades, quien al considerar a una persona como peligroso para la sociedad, tenga la competencia para excluirlo de la sociedad.

⁴² Hobbes, Leviatán, Op. Cit. P.263

⁴³ Pérez del Valle, Carlos, Derecho penal de enemigo ¿escarnio o prevención de peligros?, en Cancio Meliá/Gómez-Jara (edic.) Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, 2001, p. 609.

La Organización de las Naciones Unidas para salvaguardar los derechos de los presos incluyó dentro de su legislación las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos, en América, México ha suscrito y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, también denominada Pacto de San José, que incorpora, en líneas generales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos e Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos estos defensores de los derechos de los sentenciados, sobresaliendo el derecho de atención médica, de alimentación adecuada, recreación, dándoles la oportunidad de estudiar, trabajar, aprender un oficio, practicar deportes, estar en un Centro de Readaptación cercano a su domicilio al ser de suma importancia el que la persona que se encuentre recluida pueda seguir conviviendo con su familia y entorno en el que se desarrollaba antes de ser internado.

Debe llevar un tratamiento en que además de cumplir su sanción, se busque un arrepentimiento y quizás una reinserción social, por lo que es importante no alejarlo por completo de su entorno social, para evitar una completa institucionalización.

Y es que no se puede ir suprimiendo los derechos de las personas únicamente por sospechas y malinterpretaciones, no se puede dar esta polarización del derecho, ya que también modificaría el derecho procesal penal, eliminando derechos según de un “modo jurídicamente ordenado”, justificando esta situación en que el derecho automáticamente excluirá de su protección a los considerados como enemigos.

Sin duda el suprimir los derechos de las personas que cometen una conducta considerada como delito, deja abierta la posibilidad de violentar el bien jurídico tutelado máximo, este es la vida, al poner en riesgo el respeto a la vida, la persona se verá totalmente vulnerable ante el abandono de instituciones para protección de sus derechos inherentes.

Entre los derechos humanos más importantes se encuentran la libertad, con la cual se prohíbe la esclavitud y como lo menciona la Constitución, en nuestro país no puede haber esclavos y todo aquel extranjero que llegue a nuestro territorio con esa condición, alcanzará su libertad y la protección de las leyes mexicanas, libertad que al tener un valor trascendental en la vida de una persona al englobar el poder decidir cómo actuar y comportarse, que actividades realizar, etc., es reducida como medio de sanción para aquellos sujetos que infringen la ley, siendo la prisión una de las sanciones de más fuerza para las personas, encontrándose dentro de la ley, este modo de sanción.

La igualdad en México, en nuestra Carta Magna es el derecho que tiene todas las personas a gozar y disfrutar por igual, de los derechos humanos que se consagran en nuestra Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Mencionando de igual forma que sin importar el origen étnico nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra, no pueden ser motivo de ventaja o desventaja legal, administrativa o judicial para los individuos, cada uno de los ciudadanos tendrá los mismos derechos, libertades y obligaciones, dentro de estos derechos humanos a los que toda persona tiene se encuentra uno importantísimo que es la vida, bien jurídico tutelado máximo para toda persona, ya que si este se ve transgredido, es imposible reponer el daño, por lo que se debe tener mucho cuidado en el momento en que se quiera decidir sobre la vida de un sujeto.

La vida es uno de los Derechos Humanos Universales recogido y aceptado en todas las Constituciones Políticas y demás normas legales de los diferentes países del mundo, así como en los Instrumentos Internacionales que libre y voluntariamente algunos países han integrado a sus respectivas legislaciones, con el fin de brindar una protección a los ciudadanos ante aquellos abusos de los que pudieran ser víctimas ya sea por parte de la autoridad o bien entre los propios

particulares, garantizando el derecho a la vida, como un derecho fundamental autónomo, el Derecho Internacional obliga a proteger la vida humana, desde la concepción, es decir, tanto antes como después del nacimiento, protegiendo la vida ante cualquier situación, sin que nadie pueda violentar este derecho por motivo alguno, es justamente el Derecho Internacional es donde se encuentra uno de los mayores respaldos de la defensa de la vida, siendo de los principales promotores de los derechos humanos y de la protección de los individuos. El derecho a la vida constituye un valor supremo cuya titularidad corresponde a todos los individuos de la especie humana y cuya violación es de carácter irreversible, ya que desaparece el titular de dicho derecho, por lo cual se debe tener sumo cuidado al decidir sobre la forma de sancionar a una persona, y si es realmente valido el tomar como una alternativa el despojar de su máximo bien al actor de una conducta delictiva.

Esta privación y negación que se dará a los sujetos considerados como enemigos, en cuanto a su calidad como persona, constituirá un enorme paradigma, en el que se vería este centro de gravedad del Derecho Penal del Enemigo como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo con respecto al Derecho Penal ordinario de la normalidad o lo que algunos han denominado derecho del ciudadano, en donde se ve al delincuente únicamente como una persona que transgredió la vigencia de la norma, pero que puede ser sancionado y corregido para que se reinstaure a la vida social, y no como enemigos, a los que se les debe disminuir sus derechos, al punto de incluso desaparecérselos, como lo quiere hacer el Derecho Penal del Enemigo.

La persona en su naturaleza, en un ente sensorial tal y como se le es visto en el mundo de la experiencia, considerando al ser humano como un animal inteligente, capaz de razonar, conduciéndose por el mundo de la satisfacción e insatisfacción, conforme a sus propias preferencias e intereses, sin embargo su calidad de persona no es algo dado por la naturaleza, sino por una construcción social que bien puede ser atribuible o no a los demás sujetos, pero lo que si es

seguro es que al tratar a un sujeto como persona y atribuirle derechos inherentes a él, resultado de expectativas normativas correspondientes a roles, esto es que represente un papel ante la sociedad, en donde todos sus integrantes deben apegarse al respeto de las libertades de los demás, evitando agredir los derechos de los demás y logrando con esto una adecuada convivencia social, para de este modo al lograr un orden, se pueda evitar el ser partícipe de una sanción.

En oposición de lo que sucede con los ciudadanos, la relación que tendrá el enemigo con el Derecho Penal será mera coacción física, una lucha constante que seguirá hasta llegar a la guerra.

Guerra que también será combatida por la protección de la vida, tanto por la Constitución, como por tratados internacionales y otras legislaciones que se preocuparan por defender los derechos humanos de cada una de las personas, y hasta que no se vea definido de forma tajante a lo que se le considera terrorismo, no se puede hablar de castigarlos severamente.

Los derechos humanos, no pueden ser desaparecidos para aquellos sujetos, sentenciados o procesados, son derechos inherentes a la persona, se pueden disminuir algunos como lo son la libertad, o bien los derechos políticos, como un medio de corrección ante una conducta delictiva, sin embargo esta no es razón para limitar otros derechos como lo es el de la vida, el de tener un proceso apegado a la ley antes de sentenciarlo, y respetar el principio de presunción de inocencia, no se puede pensar en el adelantamiento de los hechos como medio de prevención de delitos, se tiene que esperar a que suceda un acto delictivo para de este modo tener un caso que estudiar y juzgar a una persona por hechos ciertos, así como no exagerar en la punibilidad de las conductas al punto de llegar a pensar en la pena de muerte, siendo inconstitucional al ir en contra de lo estipulado en el artículo 22 de nuestra Carta Magna, no se puede ir en contra del garantismo defendiendo lo que menciona la ciencia jurídica, adentrando al Estado como un sistema constitucionalmente preordenado a la tutela de los Derechos

Fundamentales, en donde la legalidad no solo tiene un papel condicionante, sino que a la vez también está condicionada por normas jurídicas que crean vínculos tanto formales como sustanciales, siendo de este modo un modelo que se encargara de vigilar y depurar que la sociedad realmente se regule por un Derecho legitimo, en un sistema garantista.

Así en este Estado Legal de Derecho, se presentara un desnivel de las normas, que estarán en la base de la existencia de las normas invalidas, y por otra parte la incorporación de los Derechos Fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre juez y ley, y asignan a la jurisdicción una función de garantía al ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.⁴⁴

México al tener un sistema garantista no puede permitir se vean violentados, los derechos fundamentales de una persona, que se viole lo estipulado en nuestra máxima normatividad, de este modo desde la perspectiva garantista, la estructura normativa de los Estados constitucionales de Derecho se caracteriza por la pertenencia de las normas vigentes a diversos planos jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior, y como factico en relación al superior.⁴⁵

La vigencia de la norma al verse violentada por un sujeto, sin duda ocasiona un conflicto social, y amerita que por medio de un proceso jurídico se le sea sancionado al sujeto transgresor de la norma, lo importante es que esta sanción este apegada a la legalidad de la norma, que sea una sanción totalmente legitima que no vulnere, disminuya o bien transgreda de algún modo los derechos inherentes de la persona, por lo que en el siguiente capítulo profundizare sobre la legitimidad de la teoría del Derecho Penal del Enemigo, para definir si realmente

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, "El derecho como sistema de garantías" en: Derechos y garantías. La ley del más débil, Edit. Trotta, Madrid, 2004, p.19.

⁴⁵ SERRANO, José Luis, Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica, Edit. Trotta, Madrid, 1999, p. 59.

se le puede denominar derecho, o si no es sino una teoría que al basarse en suposiciones y una exageración de las penas, sin encuadrar bien los delitos a los cuales se quiere aplicar, lo único que hace es violentar las garantías y derechos humanos de las personas sujetas a proceso penal alguno.

CAPITULO IV

CRITICA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El Derecho Penal del Enemigo, como se ha ido desarrollando se caracteriza básicamente por presentar un adelantamiento a la punibilidad, ya que se criminalizan actos que aun no se han realizado, esto es se adelanta a hechos futuros y en segundo lugar por el exceso en las penas que se pretenden aplicar, hay una desproporcionalidad en las penas, ocasionado por el supuesto adelantamiento de los hechos.

Se da un carácter previo a la comisión de un hecho delictivo como lo es un acto terrorista, problema que también ocasiona una ambigüedad al no estar concretamente explicada, definida y regulada esta conducta en las diferentes legislaciones que pretenden sancionar la pertenencia a una organización terrorista, así mismo en la desproporcionalidad que se presentara en las penas, esto debido a que la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena fijada para hechos consumados, sin dejar de mencionar la exclusión que se hará a los ciudadanos convertidos en enemigos, y ser “juzgados” por una nueva legislación especial de excepción del Derecho Penal del Enemigo.

En el capítulo anterior mencione aquellos derechos y garantías que viola la teoría del Derecho Penal del Enemigo, señalando el respeto a todos ellos, como un medio de legalidad.

Sobre todo analizar si realmente se trata de un derecho, que puede brindar una seguridad a las personas, ya que no es ninguna novedad que el índice de criminalidad aumenta día con día, por lo que es necesario que se tomen las medidas para combatir estas conductas, políticamente es necesario se apliquen una serie de reformas sustanciales a las leyes penales, sin olvidar que los males sociales no solo se resuelven con reformas, por lo que es importante se analicen

los efectos que produce el derecho penal del enemigo en los ciudadanos y la sociedad, y no solo enfocarse en la causa de estos efectos que ocasiona el delito, sino también analizar lo que puede ocasionar el adelantarse a los hechos y causar una desproporcionalidad, sin tener las bases y criterios validos para llegar a incluso llegar a sancionar con privación de la vida o destierro de la sociedad.

Por lo que en el presente capitulo, al conocer las características del Derecho Penal del Enemigo, así como aquellas garantías y Derechos Humanos, que se ven violados por esta, se hará una crítica sobre este “Derecho”, para ver si realmente puede ser considerado como tal y si cuenta con legitimidad o no.

i. Se le debe denominar Derecho

Un derecho es aquella prerrogativa que se da a una persona, miembro de una sociedad, para lograr una adecuada convivencia social, al regular su conducta por medio de normas, que en caso de no ser cumplidas, impondrán una sanción a quien no las obedezca, brindando de este modo seguridad jurídica a los integrantes de la sociedad.

Para Ulpiano el Derecho es el "arte de lo bueno y lo equitativo"; mientras que para Kant, el Derecho debe ser visto como el "complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el criterio de todos los demás, según una ley universal de libertad", por su parte Marx concibe al Derecho como "la voluntad de la clase dominante, elevada a la categoría de ley."

Entendiendo entonces por Derecho, al conjunto de normas jurídicas, creadas por el estado para regular la conducta externa de los hombres y en caso de incumplimiento esta prevista de una sanción judicial.⁴⁶

En este sentido el derecho, debe servir como un medio de protección hacia los integrantes de una sociedad, regulando su conducta y limitando su comportamiento para salvaguardar bienes jurídicos de los demás integrantes de la sociedad, llevando a cabo lo dicho por Benito Juárez, "el respeto al derecho ajeno es la paz".

Así el Derecho será el encargado de regular y proteger a la sociedad, no se puede contradecir al permitir que con el Derecho Penal del Enemigo se vean disminuidos los derechos y garantías de las personas que cometen una conducta delictiva.

La vida y la integridad de una persona son los derechos más importantes que cada individuo tiene, por lo tanto no se pueden violentar, no importa la situación jurídica en la que se encuentre la persona, son derechos inherentes que

⁴⁶ Flores Gomes González, Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo, Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Editorial Porrúa, Edición 25ª, México, 1986, p. 50

no pueden ser eliminados por ningún motivo, ya que se estaría actuando en contra de lo que señala nuestro máximo ordenamiento jurídico.

Resulta adecuado señalar que en el sistema elaborado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos alrededor de las dos partes de la dignidad, señala en su preámbulo lo siguiente; “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, ratificado en su artículo primero dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, por lo tanto no se les puede desaparecer, ni tratarlos como enemigos que no merecen se les considere.

Un ejemplo de la importancia que tiene la integridad a nivel internacional se encuentran en la Ley Fundamental de Bonn del 23 de mayo de 1949 (Ley Fundamental de la Republica Federal de Alemania), que en su artículo primero menciona, dos cuestiones importantísimas para el respeto de la dignidad humana:

1. La dignidad del hombre es inviolable y su respeto y protección constituyen un deber de todas las autoridades del Estado.
2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

La dignidad es entonces quien da su fundamento de existencia a los derechos humanos, por lo tanto no se puede retirar a ninguna persona su derecho a que se le respete su integridad como ser humano.

Es entonces cuando surge la pregunta si es correcto, disminuir los derechos de una persona, cualquiera que sea, sin importar el acto que haya cometido, si realmente se debe la justicia comportar como el delincuente lo hizo, violando la legalidad del debido proceso e imponiendo penas excesivas y desproporcionales.

Ahora bien las características de un derecho son:

1. Generalidad.- esto es el Derecho se encarga de regular situaciones genéricas, va dirigido a un grupo de sujetos u objetos.
2. Bilateralidad.- se encarga de regular las relaciones sociales, para poder mantener el orden social, dando a todos los sujetos también obligaciones.
3. Obligatoriedad.- nadie puede exceptuarse de su cumplimiento, solo queda acatarlo y obedecer lo que señala la ley.
4. Coactividad.- se refiere a la creación de mecanismos, que en caso de que sea violentada la característica de obligatoriedad, otorguen al que no respete la norma una sanción.

El derecho persigue dos objetivos específicos principalmente, con la única finalidad de resguardar el orden social y la adecuada convivencia regulando sus conductas, estos objetivos son:

- La justicia; viéndola como el dar a cada quien lo que le corresponde, respetando lo marcado por ley y respetando los límites que la misma pone hacia el respeto de derechos fundamentales, intrínsecos e inviolables.
- Ordenar la vida del grupo social; estableciendo lo que se puede hacer o impidiendo hacer lo que no se puede hacer, señalando sanciones para el caso en que una norma no sea respetada.

Cuando una persona comete una conducta contraria a lo que señala la norma como ilícita, será necesario imponer una sanción, sin embargo no podemos aplicar la Ley del Talión (ojo por ojo y diente por diente), lo que ocasionaría un retraso en el derecho, al presentarse por ejemplo estas circunstancias, al que roba se le corta la mano, o bien quien comete un homicidio deberá de morir, porque entonces la ley no serviría de nada, es bien sabido que la vida es el bien jurídico tutelado máximo por excelencia y es defendido por una serie de legislaciones

nacionales e internacionales, al tener un carácter de irreparable, una vez que la vida de una persona es terminada, por ningún motivo se puede reparar el daño.

Ahora bien el Derecho Penal del Enemigo, primeramente no tiene un carácter general ya que busca ser visto como una excepción, al pretender que su aplicación sea para aquellos que considera como enemigos, peligroso para la sociedad, no para toda la sociedad, lo que ya hace que no cumpla con una de las características del Derecho, este debe ser aplicado a todos, debe regular la conducta para cada uno de los individuos, buscando unificar el comportamiento de los individuos, si solo se busca regular a una parte de ella, y peor aun limitar sus verdaderos derechos a ciertos sujetos, no es válido que quiera llamarse como un derecho de excepción, teniendo como característica la excepcionalidad y no estando todos los individuos en el mismo supuesto, al ser dirigido solo para algunos sujetos.

Apegado a la característica de generalidad, encontramos la de obligatoriedad, en donde se ve a la norma como aquella que siempre debe ser cumplida, no cabe lugar a excepciones cada uno de los individuos debe de cumplir con lo que señala la norma, ya que si esto no sucede se ve afectada también la correcta aplicación de los derechos humanos, dando privilegios solo a unos cuantos.

Para que un delito exista es necesario que haya una parte pasiva, a quien se le haya cometido el acto que vulnera de cierto modo su seguridad y le cause un daño, a esto se le llama bilateralidad, necesita haber una parte acusadora y una acusada, si se pretende adelantarse a los hechos, esto no podrá suceder ya que únicamente se supondrá la realización de un hecho futuro el cual se piensa se puede cometer y dañar por ejemplo en el caso del terrorismo a varias personas, pero con esto se violenta sin duda alguna la necesaria presencia de que se efectúe el acto para poder sancionar y bien que haya alguien quien acuse.

Por último se encuentra la coactividad, que se presenta cuando alguien irrumpe la norma, por lo tanto si se adelanta a los hechos y se da la desproporcionalidad de la pena, esta característica tampoco se presenta en su

totalidad, sino con una variante, en necesario tener un hecho cierto para poder determinar en base a como se efectuó y a sus particularidades, la sanción que le corresponde, llevando a cabo la individualización de la pena, si se adelanta a que suceda el delito, esto ya no podrá ser de esta manera.

En base a lo explicado anteriormente no se puede considerar al “derecho penal del enemigo” como tal, no es un derecho, no cumple con las características en su totalidad, además de que no es un medio de regular conducta, sino de crear miedo y violaciones a los derechos y garantías de las personas, disminuyendo la importancia y resguardo de los derechos humanos, este derecho de excepción ha ido tomando relevancia a nivel internacional, un ejemplo de esto es la Ley del 31 de octubre de 2001, No. 718, que se dio en Francia, en relación a la seguridad cotidiana que había incrementado el poder policial de intervención en la esfera de la libertad personal de los ciudadanos, además de la extensión que hizo de la competencia estatal en el control de las comunicaciones entre presuntos terroristas, buscando con la consagración normativa de estas políticas, que haya un desarrollo en la legislación penal especial y así dar un respaldo al derecho penal del enemigo, lo cual se conocerá como una “tercera vía”⁴⁷, como lo ha denominado la doctrina.

Lo que crea un nuevo paradigma, si esta tercera vía es realmente valida, ya que si se habla de una generalidad del derecho, no se puede considerar como una posibilidad de una excepción para la aplicabilidad del derecho, no se puede tener un derecho para juzgar ciertos delitos y un grupo especial de ciudadanos.

Dentro de esta teoría se busca juzgar principalmente los delitos de terrorismo o bien delincuencia organizada, delitos en los que se está respaldando el derecho penal del enemigo para pretender que la disminución de los derechos humanos de los procesados, como método dinámico y ejemplar de combatir la criminalidad organizada.

⁴⁷ SILVA, Sánchez, La expansión del derecho Penal, Edit. Porrúa, México, 2001, p. 166.

Se entenderá por terrorismo, el uso sistemático del pánico, para coaccionar a sociedades o gobiernos, utilizado por una amplia gama de organizaciones políticas en la promoción de sus objetivos, tanto por partidos políticos nacionalistas y no nacionalistas, de derecha como de izquierda, así como también corporaciones, grupos religiosos, racistas, colonialistas, independentistas, revolucionarios, conservadores y gobiernos en el poder.⁴⁸

A nivel internacional, es definido el terrorismo desde diferentes puntos de vistas, en el Código Penal Argentino, se llegó a establecer en el artículo 213 ter (agregado en 2007 por ley 26.268 y derogado en 2011 por ley 26.734), que cometería terrorismo todo aquel que tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional, a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúne las siguientes características:

- a) Tener un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político;
- b) Estar organizado en redes operativas internacionales;
- c) Disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos, o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas.⁴⁹

Por su parte la legislación española, en el artículo 571 de su Código Penal señala que se cometerá terrorismo, en el siguiente supuesto:

“Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los Artículos 346 y 351, respectivamente, serán

⁴⁸ <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/588371/terrorism> , p. 3. Encyclopædia Britannica. Consultado el 26 de diciembre de 2008.

⁴⁹ <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Nuevo/antiterrorista.pdf> , Proyecto de Ley Antiterrorista, Presidencia del Senado de la Nación, Buenos Aires, Argentina, 2007.

castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.”

Se ha ligado al terrorismo con la delincuencia organizada, usando como fundamento del Derecho Penal de enemigo, ya que los defensores de esta teoría, se han interrogado sobre la seguridad que el Estado puede proporcionar ante los peligros de la delincuencia organizada, si realmente el Derecho Penal es capaz de brindar dicha seguridad, llegando a la conclusión de que el Derecho Penal “normal” también conocido como de “ciudadanos”, no puede brindar protección frente a estos peligros, por su déficit crónico de eficacia en la persecución y castigo de sus autores, es aquí donde justifican la necesidad de un nuevo derecho, ya que es necesario que frente a la delincuencia organizada haya un derecho diferenciado (de excepción); cuando se presente una mayor gravedad en el injusto, esto es también mayor peligrosidad objetiva de las acciones encuadradas dentro de la criminalidad organizada.

Sin embargo realmente no existe un encuadramiento específico de estas conductas, ni siquiera existe una definición unánime de lo que se entenderá como terrorismo, es imposible se pretenda entonces crear y aplicar un derecho de excepción que ni siquiera tiene bien definido que tipo de delitos será capaz de regular, y como es que se describen estos tipos penales, cuales deberán de ser sus características y como se determinara el nivel de culpabilidad y peligrosidad para poder otorgar las sanciones, o bien como se justificara el querer castigar hechos futuros, como un mecanismo de protección social.

ii. Dignidad humana y legalidad

Se entiende por dignidad humana, según concepto de González Pérez, el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, y que comparte un tratamiento concorde a todo momento con la naturaleza humana, en este sentido la dignidad humana está dentro del ser de cada persona, surge en el preciso momento en que ésta empieza a existir y se convierte en parte de los valores morales del ser humano, siendo junto con la vida los máximos derechos que tienen una persona, y que están dentro de ella por el simple hecho de existir, teniendo que ser respetados, ya que no pueden ser violentados.

Al convertirse la dignidad en un valor fundamental, no sólo para el individuo sino también para la sociedad, los juristas la han considerado como el pilar principal de toda convivencia gregaria, siendo en el ámbito de la doctrina donde se puede comprender lo que significa ser persona, portadora de dignidad, y merecedora de respeto de su calidad como persona.

Es entonces cuando la dignidad humana se ve en contraposición con el Derecho Penal del Enemigo, ya que este transgrede dicha dignidad de las personas, siendo incompatibles en diferentes aspectos.

Primeramente el Derecho Penal del Enemigo promueve una segmentación de los miembros de la sociedad, ya que busca ser una regulación jurídica de las relaciones sociales, al igual que de las instituciones sociales que tienden a excluir del acceso de ciertos bienes, en particular de los derechos fundamentales de una persona, y más en concreto de aquel sujeto que haya cometido una conducta tipificada por la ley, esto como una medida para promover una aparente seguridad de la sociedad, entonces la privación de los derechos fundamentales de los enemigos, y por lo tanto los enemigos en sí, solo son vistos como un medio para un fin, disminuyendo su calidad de persona a la de un mero factor para que se

presenten las condiciones necesarias para que el derecho penal del enemigo pueda conseguir un correcto fundamento y forma de realizarse.

Además de que, si se aplica este “derecho” se estaría dando un positivismo de la fuente de la dignidad, ya que para este no es la naturaleza humana la que genera aquel atributo invariable, sino que la dignidad dependerá de la existencia de una relación sinalagmática entre el individuo y el Derecho, no existirá como un derecho intrínseco de la persona por el simple hecho de serlo, solo se le otorgaría si el sujeto se manifiesta como fiel al Derecho vigente, y adquiere y conserva el status de ciudadano o persona, por lo tanto la dignidad se convertiría en el resultado de un deber jurídico y perdería su esencia como parte inherente de cada ser humano.

Otra manera en que se afecta a la dignidad, es al verse el derecho penal del enemigo como negación de la vigencia de la norma en cuanto al derecho penal de ciudadanos, como único derecho penal, al querer crear otro, implica la disminución e incluso supresión de todos los límites al ejercicio de la potestad punitiva en donde se encuentran adentrados los derechos fundamentales, para convertirse en un delito de mera coacción, sin respeto a la vida y dignidad de los individuos sujetos a un proceso penal, se crea como un dispositivo de fuerza puesto al servicio de la exclusión, lo que crea una rebaja en la dignidad humana, ya que la instrumentaliza y la convierte solo en una cosa. Y no solo afecta esto a la dignidad humana sino también a todos aquellos principios que de los cuales la dignidad sirve como principio esencial, valores como lo son la autonomía, seguridad, igualdad y de libertad, los cuales dan fundamento a los distintos tipos de derechos humanos, entonces al simplemente verla como un instrumento se afecta su naturaleza y la de otros valores importantes.

Hay que señalar que el concepto de dignidad puede y debe abordarse desde dos ópticas; por un lado, como una determinada forma de comportamiento de la persona, precedida por su gravedad y decoro, en cuanto a cómo en que un sujeto debe llevar a cabo sus conductas y la toma de sus decisiones, mientras que

por otro lado, como la calidad que se predica de toda persona, con independencia de cuál sea su específica forma de comportamiento, pues ni tan siquiera una actuación indigna priva a la persona de su dignidad, ya que viene a ser una parte interna de cada persona, toma su importancia como un derecho intrínseco que al igual que la vida no se puede ser arrebatado, disminuido o denigrado de alguna forma.

Por otro lado mediante el derecho penal de enemigo, como es descrito por Jackobs, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos,⁵⁰ visto de esta forma de nuevo los derechos fundamentales se ven desconocidos para un cierto número de personas a las cuales se les considera como peligrosas entonces están clasificadas en una categoría aparte, entonces son utilizados como un medio de comunicación para remitir de rechazo a los que consideran sujetos probables a convertirse en enemigos.

Además de las ya mencionadas, dentro del derecho penal del enemigo propone la aplicación de estatutos sancionatorios para aquellos que considera como diferentes a la demás parte de la sociedad y que en algún momento intuye pueden cometer alguna infracción a la ley, que ponga en riesgo el orden social, lo que ocasiona una desigualdad tajante ya que mientras defiende a unos, degrada por completo a otros, sin embargo la justificación que interpone para suprimir elementos esenciales de la esfera normativa que protege a la dignidad humana, es que la dignidad pertenece a los seres humanos y requiere que se respete sin duda alguna, por todos y cada uno de los integrantes de la sociedad, pero que esto no es suficiente, ya que lo que el derecho penal del enemigo propone es que la creación de este derecho será únicamente aplicable para las no personas, retirándoles su dignidad, situación que hace que surja una disyuntiva, en qué momento un sujeto deja de ser persona, el Estado realmente está facultado para retirar el estatus de persona a alguien.

Este “derecho”, crea su categoría de no personas a partir de la violación del derecho penal de ciudadanos, aquellos que si deben ser tratados como personas,

⁵⁰ JAKOBS, Günther, La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente”, Estudios de Derecho Judicial, N° 20, 1999, p.139.

por lo tanto su argumento no puede ser tomado como valido, ya que para poder infringir este derecho, es inevitable que el sujeto sea considerado como persona, con derechos y obligaciones, dentro de los cuales se encuentra indudablemente la integridad humana, por lo tanto no hay sujeto alguno al que se le pueda considerar como no persona, siempre será necesario que para que el pueda violar la norma sea una persona con una calidad humana completa y ya después llevar a cabo la transformación a “enemigo” que pretende aplicar esta “nueva forma de derecho”.

Entonces pues, el derecho penal del enemigo, no cuenta con destinatarios reales, para su correcta aplicación, que tengan realmente un carácter empírico, y no que surjan a partir de la aplicación del derecho penal vigente, y no antes.

De este modo es notable que la aplicación del derecho penal del enemigo, se da a ciudadanos cuyo estatus social y condición humana se va degradando en base a una decisión de carácter normativo y por lo tanto no siempre se efectuara esta decisión de disminuir los derechos de las personas, quizá ni siquiera tenga un carácter legal, sino arbitraria en definir quienes deben ser tratados como humanos y quienes como enemigos, creando desigualdad y un ambiente de injusticia, contrario a lo que busca un verdadero Derecho.

En este mismo sentido, para que una sanción pueda ser aplicable a un sujeto este debe ser una persona, un sujeto envuelto de derecho y obligaciones, que este dentro del sistema normativo y que este regulado al igual que todos por leyes que limiten su conducta, que tenga el carácter no solo de persona sino de un ente jurídico, es precisamente el conjunto de estos sujetos quienes dan lugar al Derecho, sino existiera una sociedad, no habría conductas que regular y por lo tanto el Derecho no debería de existir, no habría una razón para ello, entonces el humano crea el Derecho y no al revés, así si el Derecho no se dirige a las fuerzas de la naturaleza ni a los animales, sino al hombre, entonces habrá de ser la estructura ontica del ser humano lo primero que tiene que entrar en consideración. Y es base de aquella esencia, justamente su dignidad, en este

contexto, es negar de paso una de las bases que estructura al propio sistema jurídico.⁵¹

No se puede pretender aplicar un derecho que va en contra de la Constitución, de sus principios, de la legalidad, en fin que por el contrario de lo que busca en Derecho, este pretende romper con sus principales postulados.

Actualmente en Código Penal Federal Mexicano, establece por dar algunos ejemplos una pena para aquel que cometa delitos de asociación delictuosa una prisión de cinco a diez años, y de 100 a 300 días multa, mientras que en cuanto a la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos, el Código establece penas de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa, señalando varios supuestos como lo son;

“Artículo 194.- Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

I.- Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la

Ley General de Salud;

Para los efectos de esta fracción, por producir se entiende: manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico, y por comerciar: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico.

Por suministro se entiende la transmisión material de forma directa o indirecta, por cualquier concepto, de la tenencia de narcóticos.

El comercio y suministro de narcóticos podrán ser investigados, perseguidos y, en su caso sancionados por las autoridades del fuero

⁵¹ NUÑEZ, José Ignacio, Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario, Política Criminal versión On-line ISSN 0718-3399, Polít. crim. Vol. 4, N° 8 (Diciembre 2009), Art. 3, pp. 383-407 (1-25), <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v4n8/art03.pdf> .

común en los términos de la Ley General de Salud, cuando se colmen los supuestos del artículo 474 de dicho ordenamiento.

II.- Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito.

Si la introducción o extracción a que se refiere esta fracción no llegare a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del agente, la pena aplicable será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el presente artículo.

III.- Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo; y

IV.- Realice actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualesquiera de las sustancias comprendidas en el artículo anterior”.

En los delitos mencionados, las penas que se imponen no dan lugar a pena de muerte, si bien son penas que señalan una sanción alta y que podrían conjugarse con otros delitos y aumentar el número de años que se estará en prisión, en lo particular no se observa un exceso en la punibilidad.

Son delitos que si bien conforman parte de la delincuencia organizada, no son considerados como merecedores de ser sancionados por un derecho especial, deben mantener sus status de persona, su orden natural, cumpliendo con el fin de la pena, analizar y comprender que su conducta no fue correcta, y que al haber recibido una sanción, también se merecen poder reincorporarse a la sociedad, y tener la oportunidad de poder integrarse a la sociedad, y comportarse de forma idónea y responsable, respondiéndole a la sociedad al darle otra oportunidad de permanecer en ella sin infringir su orden social.

Por otra parte se encuentra aquella conducta a la que se le ha denominado como terrorismo, pero de la cual no existe un concepto uniforme, para poder encuadrar ciertas conductas dentro del mismo.

Es aquí donde el Derecho Penal del Enemigo, pretende aplicar su novedoso sistema, basado principalmente en un plano que concurriría dentro del ámbito internacional, bajo la tesis de que se está previniendo una guerra, al querer limitar a los ataques “terroristas” como los que se suscitaron el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, donde se vio afectado debido a este ataque donde se afectó la seguridad de este país, por lo que se planea que al aplicar este derecho se evitaría el que se vuelva a vulnerar la seguridad y hegemonía de un país.

Con la aplicación de este Derecho, según Jackobs se estaría anticipando la protección penal, se evitaría en una violación de la norma.

Persona, es un sujeto que tiene derechos y obligaciones, que se le respeta su calidad como tal por el simple hecho de pertenecer a una sociedad, y que sin duda consagra dos características que no se le pueden violentar, su integridad y su vida.

Aunque suene desigual, si una vida fue violentada con la realización de un delito, no se puede aplicar la ley del talión, se debe tratar de corregir de la mejor manera posible el daño causado y sancionar a la persona de acuerdo a lo señalado por la ley, actualmente por ejemplo en el estado de Texas, Estados Unidos, se aplica la pena de muerte, siendo inhumano el estar esperando el momento de su ejecución, es una tortura el modo en que se les trata, con lo cual en lugar de aplicar el derecho, respetando su característica humanitaria, se ve transformando en una forma de violentar los derechos humanos de los ciudadanos, denigrando su integridad humana y la legalidad del derecho.

La legalidad, sencillamente significa conforme a la ley, cumpliendo meramente una función garantista.

La ley debe cumplir con tres características principalmente, la legitimidad, la legalidad y la validez, el principio de legalidad se refiere al fundamento en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya considerado como tal, a lo que Beccaria señalaba; sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y que esta autoridad no puede residir más que

en el legislador que representa aun toda la sociedad agrupada por una contrato social.⁵²

Por su parte la legitimidad, al ser la forma en la sociedad acepta la ley, por medio de sus representantes, busca que las normas que regularan la conducta humana, sean aceptadas por la sociedad y en beneficio de esta, al salvaguardar sus interés, para brindarles una seguridad jurídica.

En cuanto a la validez, será la que ocasione que una norma pueda aplicarse, que se encuentre vigente, y que tenga una aplicabilidad sustentada ya sea en su ámbito temporal y espacial, que exista y que tenga un fundamento, siendo la validez de una norma su existencia efectiva o realidad, por oposición a una regla meramente imaginada o a un mero proyecto.

Kelsen, al respecto señala que la validez de una norma, solo puede fundamentarse en otra norma, y se había preguntado que fundamentaba a la primera norma que existio, por lo que se creía en la existencia de una norma fundamental, diciendo que la norma fundamental habrá de ser necesariamente arbitraria desde un punto de vista estrictamente jurídico, pero que no por ello ha de serlo desde otro punto de vista,⁵³ al respecto Ross menciona que la validez de una norma, que permite que esta sea considerada como vigente, se basa básicamente en dos aspectos:

1) Impulsos fundados en necesidades que se originan en mecanismos biológicos y que son vividos como “intereses”, e;

2) Impulsos incubados en el individuo por el medio social, que son vividos como un imperativo categórico que lo “obliga”, sin referencia a sus “intereses” o incluso en conflicto directo con éstos.⁵⁴

Entonces para que una norma exista, es necesario que se cree con el fin de ayudar a la sociedad, y que otra norma la pueda fundamentar, por lo tanto si estas

⁵² Beccaria, Cesare, De los delitos y de las Penas, Bogotá, Colombia: Temis, 3ra, 2005, p. 74

⁵³ Alf Ross, Teorías de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999, p. 323.

⁵⁴ Ross, Alf, Sobre el derecho y la justicia, Eudeba. Madrid 1963, p.81.

normas regulan la conducta humana, es necesario que los sujetos sean considerados como tal y no como enemigos o bien sujetos fuera del derecho, necesariamente para llegar a este supuesto de ser juzgados por un derecho excepcional deben conservar su calidad de personas, lo que trae como consecuencia que sigan conservando sus derechos inherentes, estos son la vida y la dignidad humana, principalmente, siendo juzgados por medio de un proceso legítimo, en que se respetan cada una de sus garantías procesales, sin actos de autoridad que transgredan no solo su dignidad humana, sino también su integridad como personas, sujetos de derechos y obligaciones, que merecen ser sancionados, pero no sobre su calidad humana.

El artículo 16 de nuestra Carta Magna a la letra dice:

“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.

... No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren 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.”.

Es necesario que exista un hecho fehaciente, que sea materia de estudio, no se puede juzgar a una persona por meras suposiciones, sería como sancionar a una persona por su aspecto y no por sus acciones, sencillamente porque se presume que puede cometer un hecho delictivo; de igual forma tiene que mantener su característica de bilateralidad, una parte que acuse y que se vea afectada ya sea en su patrimonio, persona, libertad, etc.; pero en ningún caso se podrá iniciar un procedimiento sin un hecho real.

En cuanto a los delitos de delincuencia organizada, el mismo precepto en su párrafo octavo y noveno señala:

“...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 inculcado 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...”.

El también mencionado principio de presunción de inocencia, no puede dejar de ser tomado en cuenta, al ser la máxima garantía del imputado, siendo uno de los pilares del proceso penal acusatorio, que permite a toda persona conservar un estado de no autor mientras no se expida una resolución judicial firme. La afirmación que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad, es una de las más importantes conquistas de los últimos tiempos en materia procesal penal, no se puede suponer peligrosa a una persona e imponerle una sanción sino no ha cometido un hecho delictivo real y comprobable, teniendo como principales características; que nadie tiene que construir su inocencia; segundo, que solo una sentencia declarara esa culpabilidad jurídicamente construida, que implica la adquisición de un grado de certeza, tercero, que nadie puede ser tratado como culpable, mientras no exista esa

declaración judicial y cuarto; que no puede haber ficciones de culpabilidad; la sentencia absolverá o condenará, no existe otra posibilidad.⁵⁵

No hay suposiciones, ni adelantamiento de los hechos, sino un proceso penal legítimo, y apegado a derecho, el proceso penal está para determinar la responsabilidad del imputado sobre la comisión de tal acto delictivo afirmado en su contra, no para determinar la peligrosidad, toda vez que en el proceso se examinan las imputaciones sobre la base de hechos cometidos y no sobre hechos probables que pudieran producirse, ya que en el proceso se afirma el postulado “no hay pena sin acto realizado”.

Referente a esto la jurisprudencia de la Corte señala:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO ESTÁ CONSIGNADO EXPRESAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008. *La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado en diversos asuntos que el principio de presunción de inocencia es un derecho universal que se traduce en que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, lo que significa que la presunción de inocencia la conserva el inculpaado durante la secuela procesal hasta que se dicte sentencia definitiva con base en el material probatorio existente en los autos. Por otra parte, el Tribunal en Pleno sustentó la tesis aislada P. XXXV/2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, con el rubro: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA*

⁵⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, El Proceso Penal Teoría y Jurisprudencia Constitucional, Editorial Palestra, Año 2006, Pág. 45

IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, en la que estableció que en la Ley Suprema, vigente en ese entonces, no estaba expresamente establecido el principio de presunción de inocencia, pero de la interpretación armónica y sistemática de sus artículos 14, segundo párrafo, 16, primer párrafo, 19, primer párrafo, 21, primer párrafo, y 102, apartado A, segundo párrafo, se advertía que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardaban implícitamente el diverso de presunción de inocencia. De ahí que el perfeccionamiento de la justicia penal en nuestro país ha incidido en que este principio se eleve expresamente a rango constitucional a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, para quedar ahora contenido en el artículo 20, apartado B, denominado: “De los derechos de toda persona imputada”, que en su fracción I, establece: “I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Amparo directo en revisión 2087/2011. 26 de octubre de 2011. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona.

LICENCIADO HERIBERTO PÉREZ REYES, SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CERTIFICA: Que el rubro y texto de la anterior tesis aislada fueron aprobados por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión privada de dieciocho de enero de dos mil doce. México, Distrito Federal, diecinueve de enero de dos mil doce. Doy fe.

Tesis Aislada, Primera Sala, Libro VI, Enero 2012, Tomo 3, pagina 2917.

Actualmente nuestro derecho sigue previniendo y otorgando garantías para incluso aquellos delitos en los que el Derecho Penal del Enemigo sustenta su teoría, los considerados dentro de la delincuencia organizada, así como el terrorismo, en el primero de los casos no se considera a los sujetos que se encuentran dentro de la delincuencia como enemigos, se les respeta su calidad de persona y sus derechos humanos; en cuanto al terrorismo aun no existe como se ha mencionado un concepto que regule esta actividad y la encuadre, por lo tanto no se puede pensar en sancionar una conducta que no se encuentra correctamente tipificada, sin embargo esto no quiere decir que haya delitos sin sancionar, simplemente se debe acercar en lo mayor posible la conducta realizada a alguna que se encuentre debidamente tipificada, valiéndose si es necesario y la norma lo establece no solo de legislación nacional sino también internacional , dentro de los delitos como lo son el homicidio, delitos contra la salud, violaciones, contra la libertad y aquellos denominados de trata de blancas, se podría suscitar que por una conjugación de delitos y sanciones, un sujeto pueda estar de por vida dentro de un Centro de Readaptación, dentro del cual seguirá teniendo derechos como lo son la recreación siendo preferentemente como parte del tratamiento penitenciario el practicar un deporte o bien si el sentenciado así lo decide estudiar, teniendo indudablemente un derecho a la salud, alimento, a un trabajo, siendo estas las bases para en su momento lograr una adecuada readaptación social.

No se puede hablar de derecho, sino se considera su parte jurídica y su parte humana, las leyes se hicieron para regular la conducta humana, brindar seguridad jurídica, pero no sobre la violación de la calidad humana de cada sujeto, el derecho se ha encargado de proteger y otorgar a los ciudadanos derechos humanos y garantías que los protejan y de la misma manera de otorgar obligaciones y formas de comportamiento, donde la norma señala aquellas conductas que no se deben cometer, en caso de hacerlo la sanción penal que les corresponderá, un derecho igualitario que se aplica a todas las personas por igual, que no discrimina y mucho menos brinda privilegios a ninguna persona.

No se puede pretender de este ámbito, círculo o bien esquema social a nadie, todo ciudadano por el simple hecho de nacer adquiere su derecho a la vida

y a que se le respete su dignidad humana, siendo protegido y sancionado por las leyes.

Entonces, no se puede hablar de un nuevo y excepcional Derecho Penal del Enemigo, que se encargue de violentar los esquemas establecidos, transgrediendo derechos fundamentales, que no sea capaz de delimitar bien sus “nuevas áreas de aplicación” y que mucho menos reconozca la calidad humana de cada sujeto, que arbitrariamente quiera castigar y “predecir hechos futuros” para evitar la alteración del orden social, que no respete los principios de derechos establecidos jurídica y consuetudinariamente y que no solo vaya en contra del Derecho Penal, sino también del Procesal, no se puede denominar derecho a una teoría que si bien pretende proteger a la sociedad, consigue todo lo contrario al violentar las garantías y derechos de las personas, segregando a la sociedad, por considerar y suponer que ciertos sujetos son dañinos para ellos, y se merece les sea retirada su calidad de personas, se debe seguir buscando la disminución de delitos, y la protección de los bienes jurídicos titulados, pero no acosta de la transgresión de los derechos fundamentales, que si bien cometieron un delito, siguen siendo entes sociales, con derechos humanos.

CONCLUSIONES

1. El Derecho Penal del Enemigo, será aquel que se encargue de regular la conducta de la sociedad por medio de la intimidación, al considerar como peligroso a todo aquel que se sospeche pueda realizar una conducta que altere el orden social, viéndolo como a un enemigo.
2. Se considera como enemigo a todo aquel que con su actitud, al incorporarse a alguna organización criminal, se considere se ha adentrado a la vida del delito de una manera permanente y no solo de forma incidental, por lo que esto ya no garantiza la mínima seguridad cognitiva de un adecuado comportamiento personal, sino que muestra un déficit al delinquir consuetudinariamente como forma de vida, convirtiéndose en un peligro.
3. Se tienen como características del Derecho Penal del Enemigo principalmente el adelantamiento de la punibilidad, la falta de reducción de la pena proporcional a este adelantamiento lo que conllevaría a un exceso en la punibilidad de los probables delitos y por último el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de la lucha, con el fin de combatir la delincuencia, convirtiéndose básicamente en un derecho de guerra.
4. Con la aplicación de este derecho se da lugar al derecho penal simbólico como una criminalización desproporcionada y oportunista y el punitivismo entendido como la introducción de nuevas normas que regule los procesos penales, teniendo a caer en una regulación conservadora.
5. Los sentenciados al igual que los demás ciudadanos, deben conservar sus derechos inherentes, estando la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para su protección, así como las garantías que marca la Constitución Mexicana.
6. Los Derechos Humanos, son prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada.

7. Al respecto el Derecho Penal del Enemigo va en contra de estas prerrogativas inherentes, ya que al buscar desaparecer la calidad de persona a aquellos sujetos considerados como delitos transgrede totalmente su dignidad e integridad humana.
8. Al no respetar la legalidad en el proceso, cumpliendo con los procedimientos señalados en la ley se violan las garantías de una persona, al buscar el adelantamiento de los hechos, se va en contra de lo establecido por la ley de juzgar a una persona por un hecho cierto y comprobable y no por suposiciones.
9. La dignidad humana, está dentro de cada persona como valor moral e intrínseco de cada persona, considerada como el pilar principal de toda convivencia, mereciendo un respeto a su calidad humana.
10. La vida como el bien jurídico tutelado de mayor jerarquía es inviolable por la ley, ya que aunque una persona haya cometido el delito de homicidio, nuestro máximo ordenamiento legal prohíbe la pena muerte, dando la oportunidad de una reinserción social.
11. La legalidad es un principio básico del derecho, el cual no se puede transgredir al querer aplicar la justicia por fuera de los procedimientos normativos, al violar los derechos procesales y garantías que la ley señala para todo sujeto en proceso penal o bien sentenciado, lo mismo pasa con la generalidad del derecho, no se puede segregarse para que el Derecho Penal del Enemigo, se aplique solo a una parte de la sociedad, como medio de prevención de la sociedad y disminuir la peligrosidad.
12. Por lo tanto el Derecho Penal del Enemigo, no debe ser concebido como un derecho ya que no brinda la protección debida a la sociedad, y no busca regular conductas como medio de orden social, sino causar un temor a la sociedad en donde castiga desapareciendo los derechos fundamentales de las personas incluso con la muerte o destierro, no argumentando su aplicabilidad ya que no logra encuadrar al tipo de delitos a los que se dirigiría este "nuevo derecho", solo restringe derechos humanos y garantías sin importarle la dignidad humana, lo cual va en

contra de la legalidad de nuestro país, por lo que no es una opción para el mejoramiento social y al disminución de las conductas ilícitas.

BIBLIOGRAFIA

1. Beccaria, Cesare, De los delitos y de las Penas, Bogotá, Colombia: Temis, 3ra, 2005.
2. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, tomo I, 5ª ed., Editorial. Antigua Librería, México, 1958.
3. CUBAS VILLANUEVA, Víctor, El Proceso Penal Teoría y Jurisprudencia Constitucional, Editorial Palestra, Año 2006.
4. DURKHEIM, Émile, El Suicidio, Grupo Editorial Tomo, Buenos Aires, 1998.
5. FERRAJOLI, Luigi, “El derecho como sistema de garantías” en: Derechos y garantías. La ley del más débil, Edit. Trotta, Madrid, 2004.
6. FLORES GOMES González, Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo, Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Editorial Porrúa, Edición 25ª , México, 1986.
7. GÜNTHER JAKOBS, CANCIO Manuel, Derecho Penal del Enemigo, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios N°35, Colombia, 2005.
8. GÜNTHER, Jakobs, La ciencia del derecho ante las exigencias de presente, (traducción Manso), En escuela de verano del Poder Judicial, Galicia, 1990, p. 139: “El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”.
9. GÜNTHER, Jakobs, Miguel Polaino-Orts, Terrorismo y Estado de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios N° 38, Colombia, 2009,
10. HOBBS, Thomas, Leviatán I, Edición Sarpe., Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
11. KANT, Manuel, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Editorial Porrúa, México, 1977.
12. LOPEZ, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, Editorial. Porrúa, México, 2007.

13. LORENZO, Rossmery Elvira y otros, Derecho Penal del Enemigo, Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2006.
14. Pérez del Valle, Carlos, Derecho penal de enemigo ¿escarnio o prevención de peligros?, en Cancio Meliá/Gómez-Jara (edic.) Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, 2001.
15. PORTE, Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 8ª ed. Editorial. Porrúa, México, 1983.
16. Ross, Alf, Sobre el derecho y la justicia, Eudeba. Madrid, 1963.
17. Ross, Alf, Teorías de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999.
18. ROUSSEAU, Jean-Jacques, El contrato social, Estudio Preliminar y Traducción de María José Villaverde, 3ª ed., Colección Clásicos del Pensamiento, Tecnos, Madrid, 1995.
19. SANCHEZ, Silvia, La expansión del Derecho Penal, 2ª edición, Edit. Civitas, Madrid, España, 2001.
20. SERRANO, José Luis, Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica, Edit. Trotta, Madrid, 1999.
21. SILVA, Sánchez, La expansión del derecho Penal, Edit. Porrúa, México, 2001.
22. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, 2ª ed., Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991.

LEGISLACION

1. Código Penal del Distrito Federal
2. Código Penal Federal
3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

ARTICULOS DE REVISTAS:

1. Juárez, Lidia Teresa, Derecho Penal del Enemigo, Organismo Judicial de Guatemala, Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial, Revista Jurídica, 2007-2008.
2. PORTILLA, Guillermo, "*Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del Enemigo*", Revista Jueces para la Democracia, Año 2004, Núm. 49.

PAGINAS DE INTERNET:

1. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, [http://www.cndh.org.mx/Que Son Derechos Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos).
2. GRACIA, Luis, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del Enemigo", Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), 2005, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.
3. Iberofórum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana. Año IV, No 8. Julio-Diciembre 2009. María del Pilar López Fernández, pp. 130-147. Universidad Iberoamericana A.C., Ciudad de México. www.uia/iberoforum.
4. NUÑEZ, José Ignacio, Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario, Política Criminal versión On-line ISSN 0718-3399, Polít. crim. Vol. 4, N° 8 (Diciembre 2009), Art. 3, pp. 383-407 (1-25), <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v4n8/art03.pdf>.
5. <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/588371/terrorism>, P.3 Encyclopædia Britannica. Consultado el 26 de diciembre de 2008.
6. <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Nuevo/antiterrorista.pdf>, Proyecto de Ley Antiterrorista, Presidencia del Senado de la Nación, Buenos Aires, Argentina, 2007.