



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LOS
ALCANCES DE SU APLICACIÓN"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A:
ISABEL CLAUDIA MARTINEZ ALVAREZ

DIRECTOR DE TESIS:
DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GOMEZ

MÉXICO, D.F.

2009.





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Universidad Nacional Autónoma de México
Con sangre azul y piel dorada.

Facultad de Derecho
Un hogar.

A mi familia, en especial a

Mi padre y a mi madre

Porque su ejemplo me ha ayudado
a recorrer este camino;

Mi hermana Abril

Por la amistad que nos une
más allá de la sangre.

Carlos Daza Gómez
Estimado maestro y asesor,
por todas sus enseñanzas.

María Eloísa Quintero
Por su invaluable guía
en mi formación académica.

Miguel Polaino-Orts
Por su interés constante en
la realización de este trabajo.

Investigadores de INACIPE
En especial a

**Alberto Enrique Nava Garcés y
Eduardo Noriega Hurtado,**
por su apoyo y confianza en mí.

Jorge Islas López,
Claudia Leticia Ortega Medina,
Jorge Alfredo Domínguez Martínez,
Jaime Cicourel Solano,
y Luis Antonio Osorio Estrada,
Por su aleccionadora calidad humana y académica.

Elba Anaí Cortés León,
Carlos Armando Padilla de la Cruz,
Selene Guadalupe Ramos Flores
Elisa Cervantes Hernández,
y Edith López Hernández.
Con todas las palabras y en todos los silencios.

Más allá de los nombres
y siempre en los recuerdos

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LOS ALCANCES DE SU APLICACIÓN

Introducción

I

I. Marco referencial

1

1.1 El Derecho penal mínimo y la expansión del Derecho penal	3
1.1.1 Derecho penal mínimo y garantismo	6
1.1.2 Expansión del Derecho penal	8
1.1.2.1 Sociedad de riesgo	9
1.1.2.2 Percepción del riesgo	11
1.1.2.3 Globalización y expansión del Derecho penal	13
1.1.3 ¿Derecho penal mínimo vs. expansión del Derecho penal?	13
1.2 El Derecho penal del enemigo a debate	15
1.3 Tendencias del sistema jurídico penal mexicano	19

II. Marco histórico-filosófico del concepto de enemigo

25

1.1 Rousseau y el Contrato Social	28
1.2 Hobbes y el Leviatán	32
1.3 Schmitt y el decisionismo	35
1.4 Fichte	36
1.5 Kant	38
1.6 Diferencias generales respecto del concepto de enemigo en Jakobs	39

III. Derecho penal del enemigo: Función y características	45
3.1 El Derecho penal del enemigo como parte del Derecho Penal	48
3.1.1 El Derecho penal como subsistema social	48
3.1.2 El Derecho penal del enemigo como subsistema del Derecho penal	51
3.2 La función del Derecho penal del enemigo	54
3.3 Algunas particularidades del Derecho penal del enemigo	58
3.3.1 La pena y la medida de aseguramiento	58
3.3.1.1 Finalidad de la pena	58
3.3.1.2 Protección de normas	61
3.3.1.3 Pena – medida de aseguramiento	64
3.3.2 Definición del enemigo	69
3.3.2.1 El enemigo como no persona o la exclusión parcial del enemigo	69
3.3.2.2 Quién define al enemigo	73
3.3.2.3 La temporalidad del <i>status</i> de enemigo	74
3.4 Críticas desde la postura personal	74
3.4.1 La complicación conceptual derivada de la identificación del enemigo como no persona	74
3.4.2 Cuestionamientos sobre la medida de aseguramiento en el Derecho penal del enemigo	76
3.5 Conclusiones Parciales	78
IV. Elementos del Derecho penal del enemigo	81
4.1 Anticipación de la punibilidad	84
4.2 Ausencia de una reducción proporcional con relación a la anticipación	

de la punibilidad	89
4.2.1 Proporcionalidad de la pena	90
4.2.1.1 Análisis de proporcionalidad con relación al bien jurídico tutelado	91
4.2.1.2 Análisis de proporcionalidad con relación a la gravedad de la conducta	93
4.2.2 Desproporcionalidad de la pena	94
4.2.3 Ausencia de reducción proporcional de la pena con relación a la anticipación de la punibilidad como elemento del Derecho penal del enemigo	95
4.3 Restricción de garantías	100
4.3.1 La restricción de garantías y el principio de proporcionalidad	100
4.3.2 Algunas normas restrictivas de garantías en el sistema jurídico-penal mexicano	101
4.3.3 Restricción de garantías en el Derecho penal del enemigo	102
4.4 Conclusiones parciales	103

V. Derecho penal del enemigo en normas mexicanas federales

109

5.1 Normas sustantivas de Derecho penal del enemigo	111
5.1.1 Terrorismo internacional	113
5.1.2 Delincuencia organizada	115
5.1.2.1 El reproche penal a asociaciones delictuosas en términos generales	115
5.1.2.2 Una ley de combate: Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	117
5.1.2.3 ¿Cómo se define normativamente a la delincuencia organizada?	118
5.2 Normas procesales de Derecho penal del enemigo	122
5.2.1 Normas de Derecho penal del enemigo en la Constitución	

Política de los Estados Unidos Mexicanos	123
5.2.2 Normas procesales constitucionales de Derecho penal del enemigo	125
5.2.2.1 Duplicidad del plazo en la retención ministerial	127
5.2.2.2 Arraigo	127
5.2.2.3 Reserva de datos del acusador	133
5.3 ¿La reinclusión del enemigo como ciudadano?	134
5.4 Conclusiones parciales	136

Conclusiones

139

Propuesta

151

Bibliografía

Legislación

*"Un vínculo jurídico si se pretende que
concurra no sólo conceptualmente sino en
realidad, ha de confirmar la configuración
social; no basta con el mero postulado de
que tal conformación debe ser."*

Günther Jakobs

Introducción

A partir de que el debate sobre el Derecho penal del enemigo surgió con mayor fuerza, se ha denominado como tal a una multiplicidad de situaciones. Pero tales afirmaciones, en no pocas ocasiones desnaturalizan o eliminan por completo el sentido que el concepto tiene.

Dicho concepto descriptivo fue acuñado dentro de la perspectiva del funcionalismo-normativo, y por ello el análisis doctrinal parte de las bases de una teoría sistémica, que a la vez cuenta con características específicas, desde el concepto de persona hasta el de fin de la pena.

Así, el Derecho penal del enemigo es ubicado como una parte del Derecho penal, diferente del Derecho penal del ciudadano, con características y elementos específicos. Pero, dado que el concepto de “*enemigo*” genera un rechazo inicial por la palabra en si misma, parte de la doctrina ha asumido, sólo por ello, que el *Derecho Penal del Enemigo* carece de toda legitimidad.

Por lo anterior, este trabajo intenta estudiar el concepto desde su perspectiva originaria, a fin de entender primero qué es el Derecho penal del enemigo, tratando de evitar una opinión basada únicamente en un rechazo primario.

De este modo, inicialmente se plantea desde el marco referencial una visión general de la expansión del Derecho penal y la coetánea pugna por un Derecho penal mínimo; el debate que se ha centrado sobre el Derecho penal del enemigo; y las tendencias de nuestro jurídico-penal.

Una vez planteado el marco referencial, se aborda directamente el concepto de enemigo partiendo de un marco histórico-filosófico: algunos precedentes del concepto “*enemigo*”, particularmente en el marco de la filosofía política y la teoría del Estado, analizando autores como ROUSSEAU, HOBBS, SCHMITT, KANT y FICHTE. Al mismo tiempo, se precisan las diferencias entre el concepto indicado por JAKOBS con relación a éstos.

Hecho lo anterior, se ingresa al análisis directo de las características teóricas del Derecho penal del enemigo, con base primordial en los trabajos realizados por JAKOBS, además del análisis de escritos de varios autores que se pronuncian tanto a favor como en contra de ese subsistema de Derecho. Con ello, intentamos describir la naturaleza de éste Derecho desde el contexto en el cual surgió.

Así, la atención se centra particularmente en las diferencias asumidas entre el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo: el estatus de persona, el de ciudadano y el de enemigo; la pena como reafirmadora de la vigencia de la norma o como medida de aseguramiento; la definición de enemigo, etc.

A la vez, quien suscribe este trabajo se permitió realizar algunas críticas respecto de algunas cuestiones relativas al aspecto dogmático.

Como cuarto punto, se analizan los elementos del Derecho penal del enemigo: la anticipación de la punibilidad; la ausencia de una reducción proporcional de la pena con relación a ésta; y la restricción de garantías, con especial enfoque a normas del sistema jurídico-penal mexicano.

En este tema, planteo las restricciones generales que toda norma jurídica-penal tiene, atendiendo primordialmente el principio de proporcionalidad -general- y el de proporcionalidad de la pena. Mediante lo anterior, se procura revisar el rango de legitimidad de los elementos de éste otro subtipo de Derecho penal y los alcances de su aplicación.

Una vez establecidos los parámetros generales de este concepto, resulta posible analizar en lo particular normas del sistema jurídico-penal mexicano que pueden ser señaladas como Derecho penal del enemigo, para conocer la legitimidad de las mismas.

Debido a que el actual trabajo fue desarrollado durante una importante modificación a nuestro sistema de justicia penal, en el mismo se analizan elementos de ésta, así como de la legislación de transición, que se relacionan con nuestro tema de estudio.

En el mismo orden de ideas y con la intención de acotar el campo de estudio, tomo como ejemplos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Penal Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Lo anterior en razón de que 1. Nuestro país está organizado como una Federación, y cuenta con una multiplicidad de códigos penales (sustantivos y adjetivos) tanto locales como federales, además de contener preceptos penales dispersos en diversas leyes; y 2. Las normas federales suelen ser utilizados como marcos referenciales de leyes locales.

Finalmente, una vez realizado este análisis, y arribado a las conclusiones respecto del Derecho penal del enemigo y los alcances de su aplicación, planteo mi propuesta final basada en el presente estudio.

Capítulo I
Marco Referencial

I. MARCO REFERENCIAL

La finalidad del presente capítulo es proporcionar una perspectiva del contexto en el que se desarrolla el Derecho penal del enemigo, partiendo de los siguientes puntos:

- a) Las doctrinas jurídico-penales que se presentan en términos generales como contrapuestas, agrupadas en dos corrientes principales: el Derecho penal mínimo y la expansión del Derecho penal;
- b) El debate que se ha suscitado específicamente sobre el Derecho penal del enemigo; y,
- c) Las tendencias actuales del sistema jurídico-penal mexicano (como sistema jurídico concreto a tratar).

1.1 El Derecho penal mínimo y la expansión del Derecho penal

Para poder entender el ámbito genérico en que se desarrolla el Derecho penal del enemigo, bien vale preguntarse previamente el marco histórico-doctrinal en que éste se ha manifestado. Por ello, antes de estudiar específicamente ese tema, trataré de mostrar en términos generales algunas características que el Derecho penal actual muestra, corrientes que lo han definido y analizado, así como soluciones que se han propuesto en consecuencia.

En este orden de ideas me ha parecido adecuado iniciar con una afirmación generalizada: el Derecho penal debe constituir la última *ratio*, el último recurso del Estado ante las violaciones más graves de derechos.

La existencia del Derecho penal permite garantizar el ejercicio de derechos de los gobernados sin injerencia nociva de otros particulares. Pero además de lo anterior, el Derecho penal –al igual que el Derecho en general- se constituye como una forma de control de las actuaciones estatales ya que, a la vez, limita la injerencia del Estado.

En palabras de FERRAJOLI *“Debe añadirse que el Derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se le justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo.”*¹

El contenido de este Derecho penal, va siendo modificado en tanto el marco social en que se aplica varía, de esta forma, si en la sociedad se modifica el alcance del reconocimiento de derechos; la cantidad y formas de riesgo para estos; y los factores que con ellos se relacionan, el Derecho penal deberá irse adaptando.

Así tenemos que durante la evolución del Derecho penal, éste ha sido valorado y justificado bajo diversas premisas, que van desde las teorías clásicas, o Derecho penal clásico -que conforme a HASSEMER *“se desarrolló después de la ‘muerte del derecho natural’ a consecuencia de la ‘epistemología de la filosofía idealista alemana’ y sobre la base de la idea del contrato social en la filosofía política de la Ilustración”*²- hasta la definición de lo que ha sido conocido como “Moderno Derecho penal”.

Pero, ¿cuáles son las características de este Moderno Derecho penal? Si bien es cierto, durante la última década el discurso de “Derecho penal mínimo” es recurrente, a la vez se ha dado una constante expansión del Derecho penal.

HASSEMER describe como característica del Derecho penal moderno la protección de bienes jurídicos universales vagamente definidos mediante la creación de nuevos tipos penales, lo que lo convierte en una herramienta habitual, agregando que existe la necesidad de reducir el Derecho penal a un ámbito nuclear basado en una teoría personal del bien jurídico. Bajo esta óptica los bienes jurídicos individuales deberían estar en un primer plano, y la protección de

¹ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 21.

² SCHÜNEMANN, Bernd, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996, p. 16.

bienes jurídicos universales debería ser realizada mediante herramientas administrativas.³

Pero, frente a sociedades tan complejas como las actuales, no es de extrañar la contraposición de objetivos y su difícil armonización. La pérdida de esta armonía representa parte del caos social como resultado del caos jurídico. Para decirlo en diferentes términos: un aumento de criminalización de conductas con tipos penales excesivamente abiertos tiene como resultado el desequilibrio del sistema penal, a grado tal que puede volver reglas las excepciones.⁴

En nuestro ámbito, este caos dentro del ámbito jurídico se observa en la cantidad de delitos cometidos, los números y casos de las detenciones, la cantidad de personas privadas de su libertad de manera cautelar, las sentencias emitidas, y las consecuencias para las víctimas. Lo anterior, en términos reales y estadísticos puede verse como la sintomatología de un Derecho penal ineficiente: las pruebas del fracaso del sistema penal.

Así pues, en una sociedad afectada gravemente por la delincuencia, el discurso político se ampara en el Derecho penal como la solución última de sus problemas. Pero si ese discurso no muestra su operatividad,⁵ entonces falla tanto el discurso como el sistema jurídico penal.

A grandes rasgos: mientras que la corriente garantista procura el reconocimiento de los derechos del indiciado y la limitación de la esfera de aplicación del Derecho penal; paralelamente -como lo menciona SILVA SÁNCHEZ- se introducen nuevos tipos penales, se agravan los que ya existen, se crean –o reconocen- nuevos bienes jurídicos-penales, se amplían los espacios de

³ Cfr. *Ibid.*, pp. 18-19

⁴ En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La revisión del delito político: islamismo y otros problemas”, pp. 687-712, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, Coord., **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**, volumen 2, Euros Editores, Argentina, 2006, p. 688: “también hoy podemos temer que la obsesión defensiva que nos invade pueda acabar o deteriorar nuestra idea y realidad de lo que son las libertades públicas”

⁵ Así, en ZAFFARONI, Raúl Eugenio, **En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal**, 2ª ed., Temis, Colombia, 1990, p. 7, la legitimidad del Derecho penal se relaciona con su racionalidad, entendiendo esta como “coherencia interna del discurso jurídico-penal” y como “valor de verdad en cuanto a su operatividad social”.

bienes jurídico-penalmente relevantes, se flexibilizan las reglas de imputación y se relativizan los principios político-criminales, en una tendencia expansiva.⁶

Uno de los cuestionamientos constantes en nuestra época se refiere a los alcances en que debe funcionar el Derecho penal mínimo, así como a los límites que debe plantearse como objetivo frente a una constante expansión del Derecho penal.⁷ Es decir, hasta dónde puede reducirse el Derecho penal mínimo para permitir la efectiva protección de bienes y cómo esta delimitación evita un exceso en la expansión de normas de Derecho penal de cuestionable legitimidad.⁸

Para mostrar estas dos vertientes que parecen contraponerse, realizaré una pequeña exposición de los rasgos que caracterizan tanto al Derecho penal mínimo como a la expansión del Derecho penal.

Iniciaré con el aspecto del Derecho penal mínimo y su relación con el garantismo penal, el cual no suele ser confrontado como teoría en tanto que sus premisas son acordes con la protección del ciudadano frente a la injerencia estatal, además de fundarse en una pretensión de objetividad. Otra de las situaciones que favorece la aceptación teórica del Derecho penal mínimo es la pretensión de que los ámbitos de libertad del individuo se vean maximizados.

1.1.1 Derecho penal mínimo y garantismo.

Uno de los mayores representantes de la pugna por un Derecho penal mínimo es FERRAJOLI como icono del garantismo penal.

Para FERRAJOLI, el protagonismo sin precedente que el Derecho penal ha asumido en las democracias modernas se debe, entre otras, a dos razones

⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 17-18.

⁷ En similar sentido, NAVA GARCÉS, Alberto E., El error en el Derecho penal, 1ª ed., Porrúa, México, 2007, p. 78: “es tiempo de someter a juicio nuestras leyes, para saber su contenido y alcance”.

⁸ En este sentido expresa PASTOR, Daniel R., “*El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*”, pp. 475-522, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, pp.486-487: “(...) en los últimos años, han sido borrados muchos de los límites previstos por un Derecho penal organizado para garantizar los derechos fundamentales del individuo enfrentado al poder penal. (...) por ejemplo, se han introducido figuras incompatibles con la cultura penal liberal, tales como las penas desproporcionadas, los delatores, agentes encubiertos, personas de confianza, informantes, arrepentidos, agentes provocadores, el encarcelamiento preventivo duradero con fines sustantivos, la inaplicabilidad de casi todas las manifestaciones del principio *nullum crimen, etc.*”.

aparentemente opuestas: a) La expansión de la ilegalidad en la vida pública; y b) la fuerte demanda social de legalidad.⁹

En los siglos XVII y XVIII, los valores de la cultura jurídica moderna fueron definiéndose en oposición al despotismo punitivo. De esta forma, valores tales como respeto a los seres humanos, la vida, la libertad personal, la legalidad, la separación entre derecho y moral, la tolerancia, la libertad de conciencia se impusieron como límites a la actuación del Estado.¹⁰

Lo anterior significó una lectura inversa de valores. Esto es, fue necesario establecer limitaciones a un poder punitivo desbordado que no reconocía inicialmente tales derechos fundamentados en la filosofía política.

Pero en la segunda mitad del siglo XX, ya en el Estado liberal consolidado, se rompe la unión entre filosofía política y Derecho penal pues se utiliza a éste último como un sistema de control social bajo orientaciones de corte autoritario.¹¹

Bajo esta forma, el modelo garantista del Derecho penal se funda en principios tales como la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y la presunción de inocencia.¹²

De hecho, los diez axiomas del garantismo penal son: 1. principio de retribución (*nullum poena sine crimine*); 2. principio de legalidad (*nullum crime sine lege*); 3. principio de necesidad (*nullum lex (poenalis) sine necessitate*); 4. principio de lesividad (*nulla necessitatis sine iniuria*); 5. Principio de materialidad (*nulla iniuriasine actione*); 6. principio de culpabilidad (*nulla actio sine culpa*); 7. principio de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*); 8. principio acusatorio (*nullum iudicium sine accusatione*); 9. principio de la carga de la prueba (*nulla accusatio sine probatione*); y 10. principio de contradicción (*nulla probatio sine defensione*).¹³

⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Ed. Trotta, 2ª ed., Madrid, 1997, p. 9.

¹⁰ Cfr. *Ibid.*, 24.

¹¹ *Idem*.

¹² Cfr. *Ibid.*, p. 33.

¹³ Cfr. *Ibid.*, p. 93.

Conforme al principio de estricta legalidad, se excluyen las normas de carácter constitutivo no regulativo, normas que no son referidas a hechos, sino a personas. Bajo este principio se protegen entre otras la esfera de libertad asegurada por la ley con la única limitación de no realizar conductas prohibidas previamente, así como la igualdad entre los ciudadanos ante la ley.¹⁴

En contraposición directa al garantismo aparece una concepción sustancialista –antigarantista- cuyo objeto de conocimiento penal es la desviación criminal inmoral o antisocial, en la cual no se persigue por lo que se ha hecho sino por lo que se es. El sustancialismo penal se basa en la confusión entre derecho y moral o derecho y naturaleza, bajo tales preceptos implica discriminaciones subjetivas e invasiones no controladas de las esferas de libertad.¹⁵

Dentro del antigarantismo se da un decisionismo penal de carácter sustancialista y un subjetivismo inquisitivo que se manifiesta en un juicio subjetivo en lo procesal –basados más en condiciones personales que en hechos determinados- así como una ausencia de referencias fácticas determinadas de modo exacto, las cuales son sustituidas por una valoración subjetiva, lo que suprime la verdad empírica por un convencimiento subjetivo e irrefutable del juzgador.¹⁶

En todo caso, al igual que el Derecho penal mínimo, la expansión del Derecho penal debe ser puesta en contexto a fin de entender las razones de su imposición en una sociedad como la nuestra.

1.1.2 Expansión del Derecho penal

Entre las causas que SILVA SÁNCHEZ establece se encuentran: la efectiva aparición de nuevos riesgos; la sensación social de inseguridad; la configuración de una sociedad de sujetos pasivos; la identificación de la mayoría social como víctima del delito; el descrédito de otras instancias de protección; los gestores

¹⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 34-36.

¹⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 40-42.

¹⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 42-43.

atípicos de la moral; la actitud de la izquierda política; el desprecio por las formas en la búsqueda de eficacia en la obtención de objetivos.¹⁷

De entre las mencionadas causas, y por su relación con el ámbito estrictamente penal, hago especial referencia sobre las cuestiones específicas del riesgo y el aspecto victimal.

1.1.2.1. Sociedad de riesgo

Nuestra sociedad es una sociedad de riesgos, algunos de ellos son permitidos, otros ni son permitidos ni pueden ser aceptados.

Pensemos por ejemplo en los riesgos aceptados como una situación común: la conducción de automóviles, la existencia de gasolineras en las ciudades, las conexiones eléctricas dentro de las casas, el uso de cuchillos dentro de una cocina, en fin, todos aquellos que hemos aceptado y entendido como inherentes a nuestra condición de entes civilizados.

A estos riesgos permitidos se les da una connotación de necesarios e inseparables de nuestras circunstancias, pero se le imponen controles para evitar que produzcan un resultado lesivo.

Por otra parte, existen riesgos que las sociedades no pueden aceptar como inherentes al sistema social, ni como tolerables dentro del mismo, puesto que su existencia supone no ya un costo necesario para la vida del sistema sino un atentado contra la existencia de éste.

Dado que la sociedad no es estática, van modificándose los factores de riesgo que en ella existen, el avance tecnológico plantea posibilidades nuevas, pero éstas posibilidades no necesariamente son explotadas dentro del rango de lo permitido.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, pp. 21-57.

Cuando la sociedad adquiere nuevos instrumentos, al mismo tiempo acepta ciertos riesgos que estos presuponen. Lo cierto es que surgen a la vez riesgos que no son aceptados como permisibles.

Estos riesgos no permitidos a los que aludo se hallan ampliamente relacionados con los medios comisivos de delitos. En este sentido, cuando como sociedad aceptamos la existencia de un explosivo que ayude a derrumbar edificios en precario estado, asumimos la posibilidad de que exista algún accidente, pero solicitamos que se controle el lugar en que el explosivo se guardara, que se capacite a quienes manejaran el explosivo, que su comercio y distribución sean vigilados, etc. Siguiendo con el ejemplo, este explosivo no es sólo útil para el objeto que socialmente es tolerado. Así, si alguien pretende ignorar los riesgos que conlleva y lo almacena inadecuadamente excede los límites socialmente aceptados, por lo que esto debe ser prevenido. Al mismo tiempo, existe la posibilidad de que un individuo pretenda utilizar el explosivo como medio para derrumbar una casa habitada; o lo coloque en una maleta y amenace con explotar un banco si no le entregan el dinero existente en cajas, etc.

Para BECK, *“lo novedoso en la sociedad del riesgo mundial es que nuestras decisiones como civilización desatan unos problemas y peligros globales que contradicen radicalmente el lenguaje institucionalizado del control.”*¹⁸

La idea del aumento de tecnologías es –o debe ser- el beneficio de los individuos, pero ello en realidad es una valoración sobre el uso que se le debe dar a las mismas, no una acotación descriptiva de lo que con ella puede realizarse.

Como el uso que se le da a las tecnologías no es indefectiblemente el que fue previsto, el sistema debe estar preparado para las otras posibilidades no tolerables. Así, si se reconoce un riesgo, se debe plantear al mismo tiempo su control.

¹⁸ BECK, Ulrich, **Sobre el terrorismo y la guerra**, 1ª ed., Paidós, España, 2003, p.17.

Esta es una de las razones de la expansión del Derecho penal: ante riesgos nuevos, nuevos controles. Pero a tal justificación se le opone un llamado a la limitación de sus excesos. Para ZAFFARONNI la *“sociedad de riesgo alude a un nuevo marco represivo que se da en el contexto de una grave crisis de lo que fue el Estado social o Estado de bienestar, es decir, una regresión colectiva en términos de equidad social con una magnitud sin precedentes.”*¹⁹

En todo caso, el análisis que ZAFFARONI realiza respecto de los excesos amparados bajo la justificación de *“sociedad de riesgo”*, indica más un déficit de carácter político que jurídico, puesto que establece que uno de los problemas que lleva a esta crisis del Estado social es la reducción del espacio de negociación política por un apoderamiento de los grupos de interés que toman decisiones directas al margen de toda mediación política. Bajo esta premisa indica que la respuesta no corresponde al Derecho penal, sino a la ciencia o teoría política.²⁰

Por lo anterior, considero que efectivamente un aumento de riesgos puede legitimar la injerencia estatal, pero los controles de ésta van más allá del Derecho penal. Sobre esto, un comentario que retomaré en lo subsecuente: existen conflictos que van más allá del Derecho penal y se encuadran desde la conflictiva del sistema en general, pero no le pueden ser atribuidos como característicos, específicos y exclusivos a una parte del sistema.

1.1.2.2. La percepción del riesgo

Una vez planteado el punto relativo a un objetivo aumento de riesgos, existe el otro lado de la moneda: cómo perciben los integrantes de una sociedad esos riesgos.

Tratándose de una sociedad en acelerada y constante modificación –como lo son las sociedades post-industriales- los cambios que aparecen presuponen la necesidad de respuesta inmediata, pues en ese mismo grado hacen aparición los

¹⁹ ZAFFARONI, Raúl E., “La cultura del riesgo” pp. 3-12, en DOBÓN, Juan et Iñaki Rivera Beiras, Comp., La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis, Editores del puerto, Argentina, 2006, p. 3.

²⁰ *Ibid.*, pp. 4-12.

conflictos derivados. Pero no sólo existe una afectación de carácter objetivo, sino también subjetivo, lo que la sociedad percibe como peligroso.

Para poner un ejemplo de las posibilidades mediáticas: el narcomenudeo es una actividad no permitida, efectivamente preexistente, que la sociedad consideraba dañosa. Se realizó una campaña publicitaria al respecto, pero el manejo de la información presentada creó una sensación de inseguridad mayor a la que previamente existía. Es decir, ya existía ese riesgo, un riesgo objetivo con resultados comprobables, pero la percepción de riesgo fue aumentada.

La norma desde el inicio debía poder controlar esos riesgos, otorgando seguridad a los individuos, pero si los individuos no consideran que ésta es efectiva, su reacción es también modificada.

Para SILVA SÁNCHEZ *“en un mundo en el que las dificultades de orientación cognitiva son cada vez mayores resulta razonable que la búsqueda de elementos de orientación normativa –y dentro de éstos, el Derecho penal ocupa un lugar significado [sic]- se convierta casi en obsesiva.”*²¹

Así, existen diferentes factores que crean inseguridad cognitiva de los individuos, pero sean cuales sean estos factores inciden en el contenido de la exigencia social, lo que se refleja en las tendencias legislativas.

Dado que la percepción de inseguridad incide en la exigencia social, ésta debe ser atendida en ese sentido, pero no puede quedarse en el rango de lo netamente simbólico.

Además de las anteriores razones para el fenómeno expansivo del Derecho penal, se establece una referencia a la identificación de la sociedad con la víctima del delito. Siendo la criminalidad organizada; la criminalidad de las empresas; la corrupción; el abuso de poder; la violencia familiar y el acoso, los delitos establecidos en la parte central de la discusión de una política criminológica

²¹ SILVA SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, p. 26.

intervencionista, la sociedad se identifica más como víctima potencial que como autor potencial.²²

1.1.2.3. Globalización y expansión del Derecho penal

El poder político exige respuestas concretas en el plano de la criminalidad transnacional, pero éstas respuestas no siempre resultan coincidentes con la necesaria armonía del sistema jurídico –y no sólo del sistema jurídico-penal-, ya que en múltiples ocasiones la normatividad impulsada obedece más a la búsqueda de respuestas de carácter superficial que solucionen de manera inmediata los conflictos que van presentándose en la sociedad, que en respuestas debidamente adecuadas a los sistemas sociales-económicos-culturales y jurídicos en donde se presentan tales demandas.²³

Por otra parte, la misma globalización facilita factores que favorecen la criminalidad transnacional. Ello no resulta de extrañar si consideramos que en el plano de lo lícito, las empresas encuentran mayores beneficios mediante conexiones internacionales; facilidades en la movilidad de capitales; multiplicidad de colaboradores; etc.. Dichas facilidades no sólo se han encontrado en el plano de lo lícito sino también para su contraparte de riesgo: como parte de las organizaciones ilícitas de criminalidad transnacional.

Aunado a lo anterior, se presentan dificultades para la investigación, procesamiento y en su caso sanción de los delitos cometidos mediante la criminalidad transnacional. Y si ello pasa en delitos ya cometidos, hay que percibir la afectación que ocurre también con relación a la prevención del delito.

1.1.3 ¿Derecho penal mínimo vs. expansión del Derecho penal?

Vistos los anteriores puntos con relación al Derecho penal mínimo y la expansión al Derecho penal, me centraré en el siguiente punto: la presunta

²² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, p. 40-41.

²³ En este mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, p. 64: “La globalización dirige al Derecho penal demandas fundamentalmente prácticas, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad. Expresado de otro modo, en este punto la reflexión científica no surge como producto de una aspiración intelectual de unidad o de perfección teórica”.

contradicción entre el Derecho penal mínimo con relación al moderno Derecho penal y la expansión del Derecho penal.

Retomando lo anterior, se han establecido como características del moderno Derecho penal las siguientes: la protección de bienes jurídicos; la prevención; y la orientación a las consecuencias.²⁴ Eventualmente se señala que prescinde de los conceptos metafísicos y se fundamenta con metodología empírica, la cual está orientada a las consecuencias, y al mismo tiempo se trata de vincular al legislador penal con principios como el relativo a la protección de bienes jurídicos.²⁵

Por su parte, se establece que el Derecho penal mínimo presenta una reticencia al abandono de sus principios; el principio de intervención mínima y la correcta interpretación de las leyes como medio de una adecuada aplicación de las mismas.²⁶

Uno de los principales puntos en los que se considera una clara contraposición entre el Derecho penal clásico (garantista) respecto del moderno Derecho penal es que el garantismo plantea una mínima intervención, mientras que el moderno Derecho penal amplía el rango de protección penal.

Pero creo que resulta compatible una mínima intervención con la ampliación de rangos de protección: ante la existencia de nuevos riesgos y la *creación-reconocimiento* de nuevos bienes jurídicos el Derecho penal debe intervenir.

Si pudiésemos encontrar la manera de reducir la influencia del discurso político en la aplicación científica del derecho resultaría posible compatibilizar tal situación: establecer límites reducidos de aplicación del Derecho penal sin por ello eliminar la protección jurídico-penal mínima necesaria.

²⁴ En este sentido MILANESE, Pablo, “*El moderno Derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*” en Revista electrónica Derecho penal online, agosto, 2007 [en línea] <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,119,0,0,1,0>> [consulta 4 de noviembre de 2008]

²⁵ Cfr. RODRÍGUEZ, Cristian, “*Actuales tendencias del Derecho penal: del garantismo al moderno Derecho penal*” en Revista electrónica Derecho penal online, agosto, 2007 [en línea] <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,407,0,0,1,0>> [consulta 30 de diciembre de 2008]

²⁶ *Idem.*

Ello, por supuesto, implicaría eliminar los errores que conocemos de manera elemental: el aumento de criminalización de conductas que no deberían ser propias del Derecho penal; el disparatado aumento de penas –particularmente en delitos de baja escala-, etc.

En todo caso, algunas de las razones de la expansión del Derecho penal no tienen fundamento práctico real, ni tampoco filosófico político. Lo anterior se prueba con la reacción expansiva ante una percepción del riesgo manipulada por las tendencias mediáticas, o la respuesta a las demandas políticas de sectores de control no necesariamente representativos. Dada tal situación, más que la falla de una corriente filosófica-doctrinal, la deficiencia se halla en una política criminológica no controlada y aplicada en términos de corto plazo.

Pero más allá de lo anteriormente expuesto, la confrontación ideológica inicialmente estudiada, ha sido resaltada por la inclusión de una teoría específica en el ámbito del Derecho penal: el Derecho penal del enemigo.²⁷

1.2 El Derecho penal del enemigo a debate

Como una de las teorías analizadas dentro del marco del Derecho penal moderno, se establece el Derecho penal del enemigo.

En 1985,²⁸ con la ponencia “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” JAKOBS hace pública una concepción de la existencia de dos tipos de autores para el Derecho penal: los enemigos y los ciudadanos. En esta ponencia se expresa que al autor-enemigo se le combate desde los más tempranos signos de peligro, señalándose además que desde el *status* de ciudadano pueden derivarse límites para las anticipaciones de la punibilidad.²⁹

²⁷ En este sentido LASCANO, Carlos Julio, “La demonización del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor”, pp. 203-232, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 205: “La confrontación de ideas se ha acentuado con la categoría del denominado Derecho penal del enemigo”.

²⁸ Fecha señalada, por varios autores incluyendo VÍQUEZ, Karolina, “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?” [en línea] *Política Criminal* nº 3, 2007, A2, p. 2 <<http://www.politicacriminal.cl>> [consulta 15 de junio de 2008]; YACOBUCCI, Guillermo Jorge, “Los desafíos de un nuevo Derecho penal”, pp. 7-31 en *Revista Jurídica Logos*, São Paulo, n. 1, 2005, p. 23.

²⁹ Cfr. GÜNTHER, Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, 1ª ed., UAM-Civitas, España 1997, pp. 295.

Pese a ello, en ese trabajo JAKOBS formuló una crítica a las anticipaciones de la punibilidad, estableciendo que no solamente la esfera del pensamiento debiera ser protegido, ya que el ámbito interno de un sujeto abarca todo el ámbito privado, y no únicamente el pensamiento.³⁰

Posteriormente, el debate con respecto al Derecho penal del enemigo se suscita, con mayor efecto, en 1999, en el congreso *“La ciencia alemana del Derecho penal ante el fin de milenio. Retrospectiva y perspectiva.”*³¹

Entre ambos trabajos aparece una modificación en el posicionamiento de JAKOBS, siendo que en el segundo planteó que tanto el Derecho penal del enemigo como el del ciudadano tenían en determinados ámbitos su lugar legítimo, pero al mismo tiempo propuso que el Derecho penal del enemigo fuera delimitado para reducir la peligrosidad de su aplicación.³²

Ahora bien, a raíz de dichas intervenciones se le señaló a JAKOBS como el autor del Derecho penal del enemigo, como defensor de los estados de excepción³³ o por lo menos, como el autor que justifica y sostiene un Derecho penal y procesal sin garantías individuales,³⁴ cuando, en realidad no realizó una defensa de dicho subsistema jurídico, sino que se enfocó al análisis de su función y características.

Más allá de lo anterior, el uso mismo de la palabra enemigo³⁵ causó de inmediato una postura defensiva ya que esta palabra se vio como un ataque

³⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 313.

³¹ En este sentido ESER Albin, en el prólogo a APONTE CARDONA, Alejandro, **Guerra y Derecho penal del enemigo . Reflexión crítica sobre el eficientismo penal del enemigo**, s/e, Ibáñez, Colombia, 2006, p. 15.

³² Cfr. REYES Alvarado, Yesid, *“Normativismo y Derecho penal del enemigo”* en *Revista Internacional Derecho penal Contemporáneo*, abril-junio, Colombia, 2007, p. 154.

³³ Remitir a nota 36.

³⁴ RIQUERT, Fabián, et Leonardo Palacios, *“El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes”* [en línea] La Ley, Revista Universitaria, Año V, No. 3, junio de 2003 < <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf>> [consulta 16 de junio de 2008]: *“El Derecho penal del enemigo surge como una postura teórica en la dogmática penal que justifica la existencia de un Derecho penal y procesal penal sin las mencionadas garantías. Uno de sus sostenedores es el pensador alemán Günther Jakobs, quien a los fines de construir su teoría del delito se basa en el estructuralismo-funcional de Luhmann.”*

³⁵ En el mismo sentido ORCE, Guillermo, *“Derecho penal del enemigo. Influencia de una idea negativamente cargada en la solución de casos límite”*, pp. 411-436, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, pp. 435-436: *“Las discusiones sobre casos difíciles están todavía dominadas por el peso de las palabras que intervienen en ellas y por la negativa a asumir la tarea de pensar qué debe hacerse cuando los hechos nos enfrentan a decisiones trágicas”*; y GRACIA MARTÍN, Luis, *“Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”*”, [en línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, < <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>> [consulta

directo a la corriente garantista y de respeto a los derechos humanos.³⁶ Así, se iniciaron una serie de críticas no necesariamente fundamentadas. Algunas de estas críticas, que desnaturalizan el concepto presentado por JAKOBS, argumentan entre otras cosas que:

1. El Derecho penal del enemigo elimina todas las garantías del sujeto considerado enemigo.³⁷
2. Los sujetos considerados enemigos son castigados solamente por su pertinencia a un grupo diferente, en un ejercicio discriminatorio.³⁸
3. Los individuos considerados como enemigos del Estado pueden ser torturados bajo el amparo del Derecho penal del enemigo.³⁹
4. El Derecho penal del enemigo ignora o excluye los principios básicos del sistema jurídico penal.⁴⁰

25 de septiembre de 2008]: “No creo que me aleje demasiado de la realidad si digo que la expresión “Derecho penal del enemigo” suscita ya en cuanto se pronuncia determinados prejuicios motivados por la indudable carga ideológica y emocional del término “enemigo”. Este término, al menos bajo el prisma de determinadas concepciones del mundo (democráticas y, sobre todo, progresistas), induce ya desde el principio a un rechazo emocional de un pretendido Derecho penal del enemigo, y no sin razón, cuando volvemos la mirada a la experiencia histórica y actual, y desde ella contemplamos el uso que se ha hecho y que aún se hace actualmente del Derecho penal en determinados lugares”.

³⁶ En tal sentido señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “Alternativas al Derecho penal del enemigo desde el Derecho penal del ciudadano”, pp. 845-892, en CANCIO MELIÀ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 855-856: [El Derecho penal del enemigo] “(...) defiende la legitimidad del sistema para despojar de su condición de persona y de los derechos inherentes a su dignidad a quienes se sitúan deliberadamente fuera de sus márgenes delinquiendo de modo reiterado”

³⁷ Cfr. VAN DEN DOREN, Sebastián, “¿Pena o control? Una reflexión sobre el castigo estatal”, [en línea] Revista electrónica Derecho penal Online, abril 2007, < <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,374,0,0,1,0> > [consulta 25 de septiembre de 2008]: “Cierta corriente de la dogmática penal contemporánea, cuya tutoría recae sobre el alemán Günther Jakobs, legítima, desde el discurso, la realidad más cruel de las prácticas punitivas del Estado. El emblema es “Derecho penal del enemigo”. Su significado sería algo así: el Estado posee sobre toda persona que haya cometido un delito (al menos los más graves) la potestad de declararlos sujetos sin garantías, colocándolas en una esfera de no-derecho (según terminología de Giorgio Agamben)”; RIQUERT L., *Op. Cit.*, p.1, “El Derecho penal del enemigo surge como una postura teórica en la dogmática penal que justifica la existencia de un Derecho penal y procesal penal sin las mencionadas garantías”

³⁸ Así en VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “El Derecho penal del enemigo y la Criminalización del Pueblo Mapuche” [en línea] Foro norte para el estudio de los derechos y los derechos de los pueblos originarios, 2007 < <http://www.esnips.com/doc/1c244b32-99a1-4cdd-af54-6dffada4adb7/Villegas,-Myrna---El-Derecho-Penal-del-Enemigo-y-la-Criminalizaci%C3%B3n-del-Pueblo-Mapuche> > [consulta 25 de septiembre de 2008]: “Enemigo, en opinión de JAKOBS, es un ciudadano que por su posición, forma de vida, raza, religión o pertinencia a una organización ha huido de manera duradera del derecho. Siendo así, no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta, y por ende, al encontrarse fuera del sistema no tiene derecho a gozar los beneficios de este sistema”.

³⁹ En tal sentido FELLINI, Zulita, “Límites dogmáticos-criminales frente a la delincuencia organizada”, pp. 71-75, en MORA ICAZA, Eduardo, Coord., Uso legítimo de la fuerza, 1ª. ed., INACIPE, México, 2008, p. 74: “Esto enfrenta modernas tendencias respecto de la suspensión o debilitamiento de las garantías individuales como forma de contrarrestar el fenómeno, que ha servido de base, por ejemplo, para la aplicación del “Derecho penal del enemigo”. Por tal motivo, muchas prácticas de otros tiempos adquieren desafortunada notoriedad, como la tortura, estrechamente unida al terrorismo por haberse consolidado como instrumento de poder de tiempos no lejanos”.

⁴⁰ En tal sentido SANZ MULAS, Nieves, “El protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Una firme apuesta internacional por los derechos”, pp. 157-163, en MORA ICAZA, *Op. Cit.*, p. 159: “Es el tan traído Derecho penal del enemigo. Un “nuevo” derecho que categoriza y clasifica a las personas; que adelanta su barrera de intervención considerando peligroso todo lo diferente, que incrementa la dureza de las penas; que ya no respeta principios tan básicos como la presunción de inocencia; que, en definitiva, considera en pos del tan loable objetivo de la seguridad todo, o casi todo, está permitido. Todo, hasta la tortura de detenidos, presos y condenados”; SÁNCHEZ –OSTIZ, Pablo, “La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo”, pp. 893-

En esta aproximación introductoria consideró dichas críticas como no fundamentadas por lo siguiente:

1. El Derecho penal del enemigo no puede eliminar todas las garantías de un individuo pues con ello dejaría de ser derecho;
2. La excepcionalidad del trato a los sujetos considerados enemigos no está basada en su pertinencia a un grupo diferente, y no es una exclusión que realice el sistema, sino que es voluntariamente realizada por el mismo sujeto –sin que, por cierto, esté basada en religión, raza, condición social, etc-;
3. Un individuo considerado enemigo –bajo los términos de la descripción funcionalista- no puede ser sometido a tortura porque dicha conducta es ilícita y no tendría ninguna justificación jurídica;
4. Es una parte del sistema jurídico penal, por ello debe apegarse a los principios del mismo sistema.

Las presentes afirmaciones serán desarrolladas y justificadas con mayor detenimiento en capítulos subsecuentes del presente trabajo.

Más allá de las críticas que fueron presentadas, cabe hacer desde este momento la aclaración de que el análisis presentado por JAKOBS fue inicialmente descriptivo, lo que supone que las normas de Derecho penal del enemigo eran preexistentes en la normatividad. Surgió con el análisis de algunos preceptos legales vigentes en Alemania.⁴¹

En atención a que el análisis presentado estaba basado en un sistema jurídico distinto, pero que se considera aplicable como teoría general, es necesario entender su funcionamiento en nuestra propia sociedad, por ello este estudio se centrará en el contexto del sistema jurídico-penal mexicano.

916, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 916: “Pero si la reacción no se somete a los límites materiales del Estado de derecho, nos jugamos también aquí que éste pueda hacer frente al “Derecho” penal del enemigo”.

⁴¹ Sobre esto, en su momento ROXIN, Claus, ¿Puede llegar a justificarse la tortura?, INACIPE, México, 2005, p. 18, planteó una ausencia de necesidad del Derecho penal del enemigo en Alemania, debido a que ésta no se encontraba amenazada, y por ello se encontraba “obligada a un Derecho penal del ciudadano que defienda ilimitadamente los derechos humanos.”

Dando por cierto que el Derecho penal del enemigo preexiste a su conceptualización y no surge a partir de que es denominado como tal -y dado que existe una multiplicidad de normas de carácter penal en nuestra República- me enfocaré particularmente a la normatividad en el ámbito federal con especial atención a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Penal Federal y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

1.3 Tendencias del sistema jurídico penal mexicano

En México, las reformas de los últimos años, han levantado una serie de dudas respecto de la dirección que está llevando nuestro sistema penal. Se realiza una constante elevación en las sanciones impuestas a diversos delitos, se ha aumentado considerablemente el número de tipos penales dispersos en leyes especiales, el alcance de las medidas preventivas ha variado, y entre los años 2006-2007 fueron presentadas por lo menos tres diferentes propuestas de reforma constitucional del sistema jurídico-penal⁴² fuertemente controvertidas.

Previo a ello, en 1993, el artículo 16 constitucional fue reformado⁴³ con la finalidad de aumentar el tiempo que un indiciado puede ser retenido por el Ministerio Público en los casos de delincuencia organizada. Así, en términos generales, el indiciado sólo puede ser retenido durante 48 horas por la mencionada autoridad, pero tratándose de casos previstos como delincuencia organizada, este plazo puede ser duplicado.

En 1996, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada⁴⁴ entró en vigor. Diversos preceptos en ella incluidos son atacados por la amplitud de sus supuestos y es considerada un ejemplo de Derecho penal del enemigo. Su inicio

⁴² Las tres principales reformas al sistema de justicia penal que fueron presentadas fueron a) *"Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del diputado César Camacho Quiroz, del grupo parlamentario del PRI"*, 19 de diciembre de 2006; b) *"Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por diputados de los grupos parlamentarios de los partidos de Convergencia, de la Revolución Democrática y del Trabajo"*, 23 de abril de 2007; y c) *"Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por el Presidente de la República"*, 9 de marzo de 2007.

⁴³ *"Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"*, Diario Oficial de la Federación, 3 de septiembre de 1993. <www.dof.gob.mx>

⁴⁴ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, Diario Oficial de la Federación, 7 de noviembre de 1996. <www.dof.gob.mx>

es determinante, ya en el primer artículo especifica que dicha ley sería aplicable únicamente “*por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada*”. Es decir, por la pertenencia a un grupo de delincuencia organizada no sólo se sancionaría por los delitos cometidos conforme al mismo código que para el resto de autores por las mismas conductas, sino que se trataría de una ley concretamente realizada y aplicable para miembros de la delincuencia organizada en la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas.

Agregado a lo anterior, no se sancionaría únicamente la comisión de los delitos enlistados en dicha ley, pues ya su artículo dos establecía que el acordar organizarse o el organizarse para cometerlos, eran, por si mismos, objeto de sanción.

Por su parte, el artículo 22 fue modificado en 1996⁴⁵ con la finalidad de hacer una distinción entre lo que es la confiscación y aquello que no se considera como tal. Posteriormente, en 1999,⁴⁶ la modificación de este precepto se enfocó hacia miembros de la delincuencia organizada pues se establecía, en un tipo de excepción normativa a la prohibición constitucional, que la *aplicación de bienes a favor del Estado* de bienes asegurados en la investigación o proceso seguidos por delitos de delincuencia organizada tampoco constituía confiscación.

Pero dichos cambios no sólo se encaminaron en materia de delincuencia organizada, sino también para otro tipo de delitos. En el 2000,⁴⁷ en atención a la protección de las víctimas u ofendidos del delito, se modificó el artículo 20 constitucional, con lo que el derecho al careo constitucional se limitó para el inculpado, señalando que en los casos de delitos de violación y secuestro, las víctimas u ofendidos menores de edad, no están obligados a carearse.

⁴⁵ “Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 16, 20 fracción I y penúltimo párrafo, 21, 22 y 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 3 de Julio de 1996. <www.dof.gob.mx>

⁴⁶ “Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 16, 19, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 3 de Julio de 1996. <www.dof.gob.mx>

⁴⁷ “Decreto mediante el cual se declaran reformados, adicionados y derogadas diversas disposiciones del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 21 de septiembre de 2000. <www.dof.gob.mx>

Por otro lado, el Código Penal Federal, ha sido modificado en más de veinte ocasiones desde 1999 hasta 2009.⁴⁸ Dichas modificaciones incluyen la adición de tipos penales que sancionan tentativas materiales como delitos consumados, modificaciones en las sanciones a diversos delitos (aumentando las mismas), etc.

Esto no es sólo una tendencia legislativa, también los órganos jurisdiccionales han modificado criterios restringiendo, con su interpretación, garantías del inculpado –nótese que en ningún momento he declarado que dichas restricciones carezcan de legitimidad-. En tal vertiente basten dos ejemplos:

En 2001, la Corte consideraba que la prisión vitalicia constituía una de las penas inusitadas de las prohibidas en el artículo 22 constitucional. Pero para 2005, modificó su criterio determinando que la prisión no tenía como única y necesaria consecuencia la readaptación social del sentenciado.⁴⁹

En 2007, también por jurisprudencia del pleno, se modifica otro criterio y se señala que no es necesaria la orden de cateo para ingresar a un domicilio tratándose de delito flagrante, y que los medios probatorios obtenidos bajo esas circunstancias tienen valor probatorio.⁵⁰

Lo anteriormente señalado ilustra la tendencia general que México ha observado en materia penal, pero además, nos encontramos con la más reciente modificación constitucional al sistema de justicia penal,⁵¹ en la cual existen varios puntos relacionados con lo señalado *ut supra*.

⁴⁸ Sumario de reformas a las leyes federales vigentes actualizado al 26 de julio de 2008. Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, Centro de Documentación, Información y Análisis. [en línea] <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>> [consulta 19 de enero de 2009].

⁴⁹ Tesis jurisprudencial 1/2006, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "**Prisión vitalicia. No constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**" <www.scjn.gob.mx>

⁵⁰ Tesis jurisprudencial 21/2007, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, "**Intromisión de la autoridad en un domicilio sin orden judicial. Eficacia de las actuaciones realizadas y de las pruebas obtenidas, cuando es motivada por la comisión de un delito en flagrancia**" <www.scjn.gob.mx>

⁵¹ "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008. <www.dof.gob.mx>

Cuando la iniciativa fue presentada por el Ejecutivo Federal en marzo de 2007, su exposición de motivos señalaba una distinción relacionada con el tipo de delitos que se cometen, así especificó:

“Es de advertir que la presente iniciativa parte de un tratamiento diferenciado entre los delitos graves y aquellos considerados como de delincuencia organizada. En estos últimos, se propone conceder al Ministerio Público mayores herramientas de investigación que puedan ser implementadas con la premura que estos casos requieren. El gobierno de México es enfático en reiterar su compromiso de enfrentar al crimen organizado con todas las fortalezas del Estado, con permanencia y efectividad. Esta reforma es fundamental para lograr ese objetivo.”⁵²

La reforma busca implementar diversas medidas cautelares de orden penal, tales como son el arraigo, la prohibición de salir de una demarcación territorial, la prohibición de acercarse a una o varias personas, la restitución provisional de los derechos de las víctimas u ofendidos, la vigilancia a cargo de determinadas personas o instituciones, el aseguramiento de instrumentos, objetos y productos del delito, la protección de la integridad física y moral de las víctimas u ofendidos, etc..

Además, en lo relativo al artículo 18 constitucional, también se hace distinción en materia penitenciaria para establecer seguridad especial contra los sentenciados por delincuencia organizada (como excepción constitucional a la regla general). Con relación al artículo 20, se aumenta la restricción a la garantía de información sobre datos y nombre del acusador en los casos de delincuencia organizada.

⁵² “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, presentada por el Presidente de la República, 9 de marzo de 2007.

También se realiza una modificación al artículo 22 con la finalidad de incluir la figura de la extinción de dominio, para *“perseguir los bienes de la delincuencia organizada”*

Así, por una parte, se ha emprendido una discusión sobre la teoría de Derecho penal del enemigo, pero por otra, se han implementado normas que, en primer momento, parecen pertenecer al mismo.

Ese es sólo el panorama general. Una vez descrito éste, he de revisar de manera más específica la función del Derecho penal del enemigo, sus características, algunas de las normas que pueden denominarse como tal, así como la posible coherencia del mismo en nuestro sistema jurídico-penal, para arribar a conclusiones respecto de cómo ha sido aplicado el Derecho penal del enemigo en México.

La base teórica de la que partiré para este estudio es el funcionalismo normativo y la teoría del Derecho penal del enemigo presentada por GÜNTHER JAKOBS, examinando también otras posturas académicas referentes a este tema.

Capítulo II

Marco histórico-filosófico del concepto de enemigo

II. Marco histórico-filosófico del concepto de enemigo

La raíz etimológica de la palabra enemigo proviene del latín *inimicus* (prefijo negativo in) y como tal se entiende como el “no amigo”. Bajo esta concepción, en realidad el concepto de enemigo no conllevaba una implicación de carácter bélico sino solamente una percepción de ajenidad.

En el derecho antiguo, esta palabra era utilizada para referirse al hombre que había dado muerte al padre, a la madre o a alguno de los parientes dentro del cuarto grado, o al cual se le había acusado de un delito grave, etc..⁵³

Para los romanos *inimicus* designaba la enemistad de carácter personal y privado, mientras que *hostis* era la palabra que calificaba al enemigo público. Como podemos ver, la palabra enemigo ha tenido diversas acepciones y enfoques. Incluso ZAFFARONI afirma que “El Derecho penal del enemigo existió siempre y se racionalizó incluso rutinariamente”⁵⁴ haciendo referencia a autores como GAROFALO⁵⁵ –el delincuente como enemigo interno del Estado-; HEGEL – la contención de aquel que no es autoconciente-; o FURTSITFER Y STLOOR – medidas de seguridad como formas de eliminación-.⁵⁶

Por lo anterior, y en vista del amplio margen que resulta posible estudiar, es necesario acotar el tema, razón por la cual haré particular referencia a algunos autores que analizaron el concepto de *enemigo* con relación a los integrantes de la sociedad que renunciaron a dicho *status*.

Durante el estudio de estos autores, estableceré a la vez diferencias con relación al concepto establecido por JAKOBS partiendo de una definición inicial - que analizaré con mayor detalle en el siguiente capítulo-: el enemigo es quien por principio no ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento

⁵³ Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, 22ª ed., Madrid, 2001. p. 909

⁵⁴ ZAFFARONI, Raúl E., “La cultura del riesgo”, *Op. Cit.*, p. 7.

⁵⁵ Asimismo, como lo refiere RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminología*, Porrúa, 20ª edición, México, 2005, p. 225: GAROFALO planteó un cierto modelo de Derecho penal de autor, pues, “hace el primer esquema de las penas de acuerdo no al delito, sino a la clasificación de los delincuentes.”

⁵⁶ Cfr. ZAFFARONI, Raúl E., “La cultura del riesgo”, *Op. Cit.*, pp. 7-8.

personal.⁵⁷ Al recibir trato de enemigo se le depersonaliza, pero su *status* de enemigo es parcial –limitado al ámbito del Derecho penal- y temporal.

2.1 ROUSSEAU y el Contrato Social

Para ROUSSEAU el derecho al orden social no viene de la naturaleza sino que se funda en convenciones.

El pacto social surge como un medio de conservación, una suma de fuerzas, una forma de asociación que defiende y protege la persona y los bienes de cada uno de los asociados. De esta manera, el asociado pierde su libertad primitiva y la intercambia por una convencional, mientras no violente el pacto social.

Bajo este pacto cada asociado pone su persona y todo su poder bajo la *voluntad general*, aceptándola como su suprema dirección y recibiendo a los otros asociados como parte indivisible del todo.

De esta forma, al aceptar el contrato social, el asociado pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo lo que puede intentar y/o alcanzar; y gana la libertad civil y su derecho de propiedad.

Los hombres por si mismos, en un estado de naturaleza no pueden constituir un Estado de paz ni de guerra. Bajo este argumento, no son enemigos por naturaleza.

Debido a tal situación en un estado de la naturaleza la guerra de particulares no puede darse, como tampoco puede darse en un estado social en el que todo se encuentra sometido a la autoridad de las leyes.⁵⁸

⁵⁷ Hago tal afirmación bajo la siguiente aclaración: JAKOBS afirmó -en JAKOBS, Günther et Manuel Cancio Meliá, **Derecho penal del enemigo**, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2003, p.51-, que “sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal”. En ese momento JAKOBS hacía referencia de los enemigos como no personas, lo que eventualmente constituye, a mi parecer, una contradicción con el discurso posterior de depersonalización.

⁵⁸ Véase ROUSSEAU, Jean Jacques, **El contrato social**, 1a ed., Gernika, México, 1993, p. 24.

Cabe hacer la aclaración que para este autor, la guerra sólo era factible de llevarse entre Estados puesto que un Estado no puede tener una guerra contra los hombres por si mismos, en atención a que son de diferente naturaleza.

Sólo eventualmente se combate a los súbditos de un Estado enemigo, cuando se trata de defensores del Estado enemigo, pero si dejan las armas dejan de ser “*enemigos o instrumentos del enemigo.*”⁵⁹

Pese a lo anterior, ROUSSEAU afirma que cualquier malhechor que ataca el derecho social y viola sus leyes deja de ser miembro del pacto social y puede decirse que se le hace la guerra. Estos sujetos se consideran rebeldes y traidores a la patria.

La razón de esto es también una cuestión de autoconservación: la existencia del *enemigo interno* (distinto del súbdito de un Estado extranjero) no es compatible con la existencia del Estado.

Pese a que para este autor todo el que viola el pacto social se convierte en una especie de enemigo,⁶⁰ declararlo como tal no es una situación de hecho, sino jurídica. El enemigo sólo es enemigo declarado cuando el proceso y la sentencia constituyen la prueba y declaración del rompimiento con el pacto social.

Esto significaría que un miembro del pacto sólo puede convertirse en esta especie de enemigo cuando se ha seguido todo un proceso y se le ha declarado culpable. Antes de ello, sigue teniendo los derechos que su adhesión al contrato social le otorgó.

Una vez que se declaró el rompimiento del pacto existen dos posibles soluciones: el destierro, tratándose de un simple infractor del pacto; o la muerte

⁵⁹ Cfr. *Ibid*, pp. 25.26.

⁶⁰ Sobre las distintas interpretaciones de este punto, POLAINO-ORTS, Miguel, “*Un paseo de varios siglos por el devenir histórico-filosófico del Derecho penal del enemigo*”, pp.651-685, MONTEALEGRE Lynett, Eduardo et José Antonio Caro John, **El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario**, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp.656-657, refiere: “*Algunos autores como el mismo JAKOBS, interpretan formalistamente las opiniones de ROUSSEAU, sosteniendo que, para él, todo delincuente es enemigo. Otros autores como PÉREZ DEL VALLE y, adhiriéndose implícitamente a él, GRACIA MARTÍN, además de ZAFFARONI, limitan la apreciación, sosteniendo que solamente lo son algunos de ellos, como los traidores a la patria*”

como *enemigo público*. De hecho, la muerte del *enemigo público* es tratada como un derecho de guerra: matar al vencido.⁶¹

En cualquier caso, cuando un Estado plantea la posibilidad de matar al infractor del pacto considerado enemigo público, lo hace menos como ciudadano que como enemigo.

En este orden de ideas, no existe derecho para hacer morir a alguien por regla general, ni siquiera para escarmiento, sino únicamente para matar a quien no se puede conservar sin peligro.⁶²

Bajo estos términos, el enemigo en ROUSSEAU contaría con las siguientes características:

1. Ya que en el Estado de la naturaleza no puede darse un estado de guerra o de paz por falta de relación continua, la enemistad tampoco puede darse en un estado de la naturaleza, puesto que en ese ámbito existe una libertad primitiva y un derecho ilimitado para los hombres. Al mismo tiempo, el estado de guerra tampoco puede darse dentro del estado civil, ya que en un estado social todo está sometido a las leyes.

2. Generalmente el enemigo puede ser un Estado extranjero y los defensores de éste en un estado de guerra, pero los defensores del Estado enemigo pueden dejar de ser enemigos cuando deponen las armas.

3. Pese a que por regla general el Estado no puede ser enemigo de los hombres *per se*, puede tratar a todo infractor del derecho social y sus leyes, rebeldes o traidores a la patria, más como enemigos que como ciudadanos. Pero en el caso del enemigo interno, a diferencia del defensor del Estado extranjero, no existe posibilidad de dejar de ser enemigo.

⁶¹ Cfr. *Ibid*, p. 58.

⁶² Cfr. *Idem*.

4. Aunque ROUSSEAU señala que todo infractor del derecho social y sus leyes se hace por eso rebelde o traidor del Estado, y por ello debe perecer, esta muerte es manejada en dos diferentes sentidos, la muerte civil (a causa de destierro) o muerte física (matando al infractor). En este segundo caso, la muerte del infractor es un castigo como *enemigo público*, basado en un derecho de guerra.

5. En todo caso, la muerte de un *enemigo público* sólo se justifica cuando existe imposibilidad de conservarlo sin peligro.

6. Uno de las ideas que puede derivar de los argumentos de ROUSSEAU, es que ningún miembro del pacto social puede ser tratado como enemigo sino hasta que haya sido declarado como tal mediante un proceso y sentencia. Mientras tanto tiene los mismos derechos que cualquier otro asociado.

Algunas diferencias respecto del concepto de enemigo en ROUSSEAU con relación al indicado por JAKOBS

a) Para ROUSSEAU, el enemigo debe ser declarado enemigo mediante un proceso y sentencia. Sólo hasta entonces se considera un enemigo declarado contra el que se puede hacer la guerra. En el concepto de Derecho penal del enemigo, no existe la necesidad de esta declaración judicial, puede ser tratado como enemigo en cuanto actualice los supuestos normativos, y sus garantías pueden ser restringidas de manera excepcional previo a que se le declare culpable.

b) Para ROUSSEAU todo infractor del pacto social es enemigo, en el Derecho penal del enemigo sólo aquellos que no prestan garantía mínima de apego a la norma.

c) Si la solución de ROUSSEAU para los enemigos es que estos perezcan (muerte civil o física) no existe posibilidad de que se reintegren al pacto. En el

caso del Derecho penal del enemigo, el enemigo puede serlo de manera temporal –o por lo menos eso se maneja como una de sus características-.

2.2 HOBBS y el Leviatán

Para HOBBS, los enemigos se definían como quienes: *“habiendo sido súbditos por sus propios actos, al rebelarse niegan el poder soberano.”*⁶³

En todo caso, al enemigo no se le puede imponer una pena debido a, por lo menos, dos causas: a) quien no está sujeto a la ley no puede violarla; b) quien estando sujeto a la ley declara que no quiere estarlo, niega por ese hecho, su posibilidad de trasgredirla.⁶⁴

Pero el hecho de no imponer una pena como tal al enemigo no implica que no se le pueda infligir un mal de forma legal, ya que existe una hostilidad declarada.

Así, quien niega la condición de súbdito, rechaza la pena y padece el daño como enemigo del Estado, conforme a la voluntad del representante del Estado.

Dado que las penas establecidas en la ley son para los súbditos, estos no son para los enemigos.

Cabe aclarar que, en su misma línea de pensamiento, la pena debe estar determinada y prescrita en la ley, por lo que si el castigo se excede de estos parámetros, entonces ese exceso no se considera como pena, sino como acto de hostilidad.⁶⁵

En ese sentido, ya que el daño que se le inflige al enemigo es voluntad del representante del Estado, no tiene los límites de la pena (preexistencia de la prescripción y determinación de la misma), y puede ser aplicado como un acto de

⁶³ HOBBS, Thomas, Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 257

⁶⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 256

⁶⁵ *Idem.*

hostilidad ante quien *“de hecho o de palabra, con conocimiento y deliberadamente, niega la autoridad del representante del Estado.”*⁶⁶

Más aun, los daños causados incluso a un inocente que no fuese súbdito podrían ser considerados como acordes a la ley de la naturaleza si fuesen realizados para beneficio del Estado, ya que quienes no fueran súbditos habrían cesado de serlo por algún pacto previo o serían enemigos.

Siguiendo esta dirección, la venganza contra los enemigos podría ser legítimamente extendida a los padres e incluso hasta la cuarta generación del enemigo (pese a su inocencia respecto del hecho que generó el daño ocasionado por el Estado) puesto que se da una recaída a la guerra en atención a que la rebelión se considera una guerra renovada.⁶⁷

De lo anterior se sigue que en HOBBS, la situación del enemigo cuenta con las siguientes características:

1. Los súbditos que niegan el poder soberano son enemigos. Pese a ello, podrían ser parte de la definición de enemigo todos aquellos que no son súbditos.

2. La negación o rechazo que el súbdito hace del poder soberano puede ser de hecho o de palabra. Lo que significaría que no necesariamente debería existir una modificación del mundo fáctico para considerar a alguien enemigo, puesto que su rechazo puede ser declarado verbalmente por el mismo.

3. Para que la negación del poder soberano convierta al súbdito en enemigo, esta negación debe ser con conocimiento y deliberada, lo que implicaría que el enemigo ha de saber que está negando dicho poder y aun así hacerlo.

4. Los enemigos no son sujetos de pena porque, en realidad, no pueden violar la ley ya sea porque de inicio no estaban sujetos a ella o porque, en algún momento, negaron su sujeción.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 257.

⁶⁷ *Ctr. Ibid.*, p. 260.

5. El enemigo no es tratado con las limitaciones de la pena, por lo que puede ser castigado con mayor severidad, a voluntad del representante del Estado. De hecho, el castigo que recibe el enemigo es un acto de hostilidad.

Por lo mismo, el castigo para el enemigo puede ser extendido sobre sus familiares ascendentes o descendentes incluso hasta la cuarta generación, ya que su inocencia no resulta relevante porque no se trata de una pena.

Todo ello derivado de que la rebelión constituye una forma de guerra.

6. El daño causado a un enemigo en beneficio del Estado no atenta contra la ley de la naturaleza.

Algunas diferencias respecto del concepto de enemigo en HOBBS con relación al indicado por JAKOBS

1. JAKOBS sólo desarrolla el concepto de enemigo con relación al enemigo interno por su falta de apego al Derecho penal, mientras que HOBBS se refiere al enemigo interno y externo.

2. Para HOBBS el establecimiento de la hostilidad al enemigo depende de la voluntad del representante del Estado, por lo que no necesariamente debe ceñirse a los lineamientos preestablecidos. Para JAKOBS, la medida de seguridad impuesta al enemigo obedece a las reglas generales del Derecho penal.

3. Debido a que la hostilidad hacia el enemigo se declara más allá de los límites de derecho en HOBBS, ésta puede ser aplicada también a los familiares del enemigo. Para JAKOBS, la medida aplicada al enemigo se estudia como imposición exclusiva al autor.

4. En HOBBS se hace referencia a la ley de la naturaleza, situación que no es contemplada en JAKOBS en momento alguno.

2.3 SCHMITT y el decisionismo

SCHMITT, en seguimiento a la obra de HOBBS, señaló que el Estado era una negación de la guerra.

En el pensamiento de SCHMITT, el enemigo es calificado con una acepción originaria como aquel contra quien se dirigen las hostilidades o simplemente como el no amigo.⁶⁸

Para este autor, ante casos extremos, lo único válido es la decisión tomada por voluntad del soberano, pues es quien puede negar el caos. Esto básicamente por dos razones: a) No hay normas que puedan aplicarse sobre el caos; b) para que exista orden jurídico debe preexistir un orden.

Pero lo radical de la anterior afirmación es el planteamiento de que la voluntad de la autoridad es la que otorga fuerza para negar el caos, más allá de la razón en la decisión, más allá del sentido jurídico.

Así, en los estados de excepción lo relevante es *“la autoridad que declara el estado de excepción y que dicta las medidas que lo desarrollan: no importa cómo se toma la decisión, importa quién se encuentra en ese momento en capacidad para tomarla.”*⁶⁹

Por lo anterior, cuando ingresa un estado de excepción, el Estado prevalece y el derecho retrocede.

La base sigue siendo la misma, el caos no es jurídico, por tanto, las normas y su contenido no pueden enfrentar algo que es de naturaleza diversa. Ante tal situación, el Estado se auto-protege mediante un uso de autoridad que no está obligado a guiarse mediante normas jurídicas.

⁶⁸ Cfr. KALECK, Wolfgang, *“Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho penal del enemigo”*, pp.117-136, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 128.

⁶⁹ APONTE, *Op. Cit.*, p. 131.

De lo anterior se implica que el derecho sólo funciona en un rango de normalidad: si existe un orden jurídico las normas realizan un papel, si existe un estado de excepción, estas normas se exceptúan, para que mediante el retroceso del derecho siga funcionando la ley.⁷⁰

Bajo estas mismas premisas, la decisión se vuelve absoluta, pues no tiene limitación legal. Se le da toda la fuerza a la decisión de la autoridad que puede tomarla.

Algunas diferencias respecto del concepto de enemigo en SCHMITT con relación al indicado por JAKOBS

1. En SCHMITT la decisión del soberano es lo más relevante, pues existiendo el caos no puede aplicarse el derecho, ya que lo jurídico no es aplicable al caos. Para JAKOBS el enemigo sigue estando del control jurídico pese a que éste actúe con determinadas diferencias respecto del subsistema específico de Derecho penal.

2. Para SCHMITT, la decisión se convierte en una situación absoluta sin limitaciones jurídicas, lo cual no podría suceder en la concepción de enemigo de JAKOBS, pues al enemigo se le aplica un sector particular del Derecho penal

2.4 FICHTE

En el pensamiento de este autor, se indica una pérdida de derechos para todo aquel que abandona el contrato ciudadano. De hecho, este abandono puede ser voluntario o simplemente imprudente y tiene como consecuencia la ausencia total de derechos.⁷¹ Tal situación deriva de la situación jurídica del sujeto –que halla a su vez fundamento en la interrelación social-.⁷²

⁷⁰ *Ibid.*, p. 133

⁷¹ Cfr. JAKOBS, Günther et Manuel Cancio Meliá, *Op. Cit.*, p.26.

⁷² Cfr. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal y procesal penal del “enemigo”, pp. 657-686, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 663 quien agrega *Idem* que tal argumento “es precedente de la tesis de Luhmann basada en la persona como construcción socio-normativa.”

En él, “*el quebrantamiento de una norma equivale a la rescisión del contrato social, y el autor de la infracción para a ser considerado un objeto peligroso que amenaza con destruir la seguridad de los bienes.*”⁷³

Pese a lo anterior, señala que para no sufrir muerte civil, quien abandona el mencionado contrato ciudadano, puede estar en un contrato de penitencia salvo en caso de “*asesinato intencionado y premeditado*”,⁷⁴ caso en el que persiste la privación de derechos.

Para FICHTE esta ausencia de personalidad jurídica se corresponde con un instrumento de seguridad.⁷⁵

Algunas diferencias respecto del concepto de enemigo en FICHTE con relación al indicado por JAKOBS

1. En FICHTE son enemigos todos los que violentan el contrato ciudadano, para JAKOBS, sólo es enemigo quien no concede una garantía mínima de su apego a la norma.

2. Para FICHTE el enemigo puede convertirse en tal de manera voluntaria o imprudente. En JAKOBS, la conversión a enemigo depende de la voluntad del autor, pues la autoexclusión del mismo es voluntaria.

3. En FICHTE la pérdida de derechos es de carácter absoluto, en JAKOBS sólo hay un restricción de algunos derechos para el enemigo, pero no la totalidad de estos.

4. Mientras que FICHTE habla del contrato de penitencia para evitar la pérdida total de derechos como enemigo, JAKOBS no contempla tal salvedad pues, al contrario de FICHTE, en JAKOBS el enemigo es un grupo dentro de los

⁷³ PALERMO, Omar, “*La legítima defensa: ¿reacción contra un enemigo o protección frente a un ciudadano*”, pp. 437-475, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 466.

⁷⁴ Esta cita de FICHTE se contiene en JAKOBS, Günther et Manuel Cancio Meliá, *Op. Cit.*, p.27.

⁷⁵ Cfr. *Idem*.

que violentan la norma, mientras que para FICHTE lo son todos los que violentan el contrato ciudadano.

2.5 KANT

Para KANT mediante el contrato primitivo todos los hombres se desprenden de su libertad exterior para recobrar esa libertad como integrantes de una república, así abandona una libertad salvaje e ilimitada para tener una libertad legal.⁷⁶

En su mismo estudio sobre derecho público indica la facultad del soberano de castigar y lo admite como una afectación dolorosa a aquel súbdito que ha trasgredido la ley.

Toda trasgresión a la ley pública convierte al súbdito en alguien indigno de ser ciudadano por la comisión de un crimen.⁷⁷

Al mismo tiempo, realiza una división respecto de los crímenes que pueden existir, señalando una diferencia entre los crímenes civiles y públicos, entendiendo que los crímenes públicos deben ser castigados mediante la justicia criminal.

En atención a que, para KANT, la paz entre los hombres es un estado que requiere previo contrato y el estado natural es el de la guerra, la paz tiene que ser instaurada *“y si los que viven juntos no se han dado mutuas seguridades -cosa que sólo en el Estado «civil» puede acontecer, cabrá que cada uno de ellos, habiendo previamente requerido al otro, lo considere y trate, si se niega, como a un enemigo.”*⁷⁸

⁷⁶ Cfr. KANT, Emmanuel, Principios metafísicos del derecho, 1ª. ed., Cajica, México, 1962, p. 165.

⁷⁷ Cfr. *Ibid.*, 184-185.

⁷⁸ KANT, Emmanuel, La paz perpetua, citado en JAKOBS, Günther, et Mauel CANCIO MELIÁ, *Op. Cit.*, p.31.

Algunas diferencias respecto del concepto de enemigo en KANT con relación al indicado por JAKOBS

1. El análisis que KANT realiza sobre el enemigo se refiere primordialmente a enemigos externos, pero evalúa también la existencia de enemigos internos. En JAKOBS, el enemigo se analiza sólo dentro del subsistema de Derecho penal.

2. Mientras que para JAKOBS sólo un grupo de trasgresores de la norma es enemigo, para KANT lo son todos los trasgresores de la ley pública son enemigos.

2.6 Diferencias generales respecto del concepto de enemigo en JAKOBS

He utilizado este capítulo para referir los antecedentes del concepto enemigo distinguiéndolos del concepto que maneja JAKOBS por varias razones:

a) Los conceptos mencionados por los autores tratados pertenecen a la Teoría del Estado y no a la dogmática penal, pero nos sirven de referente.

b) Tal referencia resulta útil para que el término enemigo no sea desechado de plano.⁷⁹

c) El planteamiento de JAKOBS tiene claras diferencias con estos autores, entre otras cosas, por las implicaciones que conllevan las características del Estado moderno.

1. Pacto social-contrato social vs. subsistema penal

a) La perspectiva de JAKOBS no se funda en la concepción de contrato social, ya que el estudio que éste realiza se basa en un concepto sistémico de la sociedad, lo cual tiene entre sus características que la sociedad no es la suma de

⁷⁹ En ese sentido expresa ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *“El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico”*, pp.1-52, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 1, p. 7: *“Jakobs solamente se apoya en estas citas de filósofos conocidos para dar a entender que ni el término ni su contenido deben ser rechazados de antemano.”*

sus integrantes, sino un sistema con características diferentes de las de sus integrantes. Para asumir ésta teoría no se parte de un punto de vista netamente colectivista, pero tampoco se establece la importancia pura del sujeto como una conciencia individual que por si misma logre establecer, explicar y determinar los márgenes de regulación a los que el mismo sujeto debe estar sometido. Inicialmente, el funcionalismo normativo no se preocupa por establecer cuál es el orden psíquico ni de los individuos ni del sistema, puesto que, la intencionalidad pasa a un plano delegado en el orden de la comunicación. Esto, por lo menos en primer momento, es algo que resulta bastante lógico si atendemos a que el derecho, *per se*, no se dedica a la punición de aspectos internos del ser humano, sino que regula conductas, exteriorizaciones que constituyen procesos comunicativos.

b) El estudio que JAKOBS realiza se enfoca en el aspecto del enemigo dentro del Derecho penal.

Para casi todos los autores analizados, el enemigo es un infractor del contrato o pacto social, pero no establecen literalmente la limitación al ámbito de la justicia criminal –salvo en el caso de KANT-.

Cuando se hace referencia al sistema penal estamos tratando necesariamente con un subsistema no sólo en el orden jurídico sino también en el orden social.⁸⁰ Se trata de un sistema parcial que tendrá una dependencia recíproca con el sistema social general. Las modificaciones que el subsistema penal tiene dependen de los contenidos valorativos que establece la sociedad y eventualmente sus consecuencias modifican a la sociedad general conforme a las directrices que originalmente se le dieron. Esto implica una retroalimentación entendible en el plano de la indefectible interacción del sistema con sus subsistemas.

⁸⁰ Cfr. JAKOBS, Günther, **Moderna Dogmática Penal (estudios compilados)**, 1ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 6: “la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad.”

Valga realizar una aclaración sobre lo anterior: aunque el concepto de enemigo se estudia sólo desde el ámbito del Derecho penal, en el sentido de una teoría sistémica, cada una de las partes tiene coherencia con el resto de los elementos, por tanto, cada uno de estos elementos muestra la organización general del sistema. El sistema penal es así, una muestra de la sociedad en general. La estructura de cada sociedad será coherente con sus subsistemas porque estos tendrán las características del sistema del cual provienen. De este modo, también se determinan las facultades que el Estado tendrá en el uso de las atribuciones soberanas para el mantenimiento y protección de su orden normativo en el ámbito de su *ius puniendi*.

En todo caso, el concepto de enemigo no es entendido de una manera absoluta, ni conlleva la eliminación social del mismo.

2. La pérdida total de la personalidad vs. la pérdida parcial de la personalidad

Para ROUSSEAU se pierde completamente la personalidad desde que se es infractor del pacto, mediante la *muerte civil* implicada en el destierro o con la muerte física que se aplica al enemigo público; para FICHTE la eliminación de la personalidad procede en los mismos términos –una ausencia total de derechos-, para KANT el enemigo es indigno de ser ciudadano por la comisión de un crimen.

Bajo los términos anteriores –y ligado con la argumentación de que el estudio de JAKOBS se enfoca únicamente al aspecto de Derecho penal- la diferencia radica esencialmente en que para JAKOBS el enemigo no pierde de manera absoluta su personalidad. Conserva derechos y obligaciones en otros ámbitos del derecho. No se le excluye de manera total.

3. El enemigo como elemento fuera del sistema vs. el enemigo tratado dentro del marco del Derecho penal.

En el mismo orden de ideas, y atentos a la completa pérdida de personalidad que varios autores establecen para el enemigo se da esta diferencia.

Para HOBBS el castigo al enemigo no está sometido a la ley sino a la voluntad del soberano –lo que en su concepción filosófica no implicaba necesariamente una falta de legitimidad; para SCHMITT dada la situación de caos, lo relevante es también la voluntad del soberano puesto que las normas no pueden aplicarse dentro del caos; y en KANT puede desprenderse la misma situación, en tanto que el enemigo existe en un estado de guerra, un estado natural y no normativo.

En JAKOBS, contrario a esto, al enemigo se le trata conforme al Derecho penal. No se trata únicamente de decisiones del soberano, o de un estado natural, sino de una situación que debe existir dentro de la regulación jurídica. Por ello se mantiene el cumplimiento de las normas jurídicas en los casos en que se trate a un enemigo.

4. El enemigo como infractor general vs. el enemigo como una especie específica de infractor.

Para ROUSSEAU es enemigo todo el que ataca el derecho social; para FICHTE lo es todo aquel que abandona el contrato ciudadano; para KANT todo el que realiza una trasgresión a la ley pública.

Estos conceptos de enemigo son sumamente amplios puesto que bajo los anteriores parámetros, cualquier persona que comete un delito es enemigo.

Para JAKOBS en cambio, sólo una parte de quienes cometen delitos son enemigos: aquellos que no prestan una garantía mínima de apego a la norma.

Así, por ejemplo, en la concepción de pacto social o contrato ciudadano, una persona que cometiera un robo simple sería enemigo, mientras que para JAKOBS no lo sería.

5. Exclusión genérica del enemigo vs. exclusión voluntaria del enemigo.

Esta diferencia se establece en términos generales en tanto que: para FICHTE la exclusión del enemigo se establece sin determinar que ésta sea efectivamente voluntaria, dado que establece la posibilidad de la imprudencia como forma de trasgresión; en el caso de ROUSSEAU y KANT el punto de la exclusión voluntaria se obvia— lo que ligado a que son enemigos todos los que violan el pacto o contrato social podría interpretarse como que el enemigo puede convertirse en tal bajo cualquier forma de trasgresión-.

Pero en HOBBS el enemigo se convierte en tal con conocimiento y deliberadamente. En este punto coincide la teoría de JAKOBS en tanto que el enemigo se auto-excluye del sistema de manera voluntaria.

Un punto común: la sanción al enemigo como eliminación de riesgos

La sanción que se le impone al enemigo no es una pena en su sentido material, sino que su esencia es la eliminación de un peligro.

En el sentido formal, existe diferencias ya planteadas entre FICHTE, HOBBS, SCHMITT y KANT con relación a las premisas de JAKOBS respecto de las limitaciones de la sanción que el enemigo recibe, en tanto para los primeros la sanción se basa en el decisionismo, el estado natural de guerra, etc. y para el segundo la sanción debe regirse por el marco jurídico-penal preestablecido.

En cambio, en el sentido material existe una similitud esencial: la sanción que se le impone al enemigo es una forma de eliminación de riesgos.

Así, en ROUSSEAU la muerte del *enemigo público* sólo es justificable en tanto que no exista la posibilidad de conservarlo sin peligro; en HOBBS el enemigo no es sujeto de pena en tanto que al haber negado la ley, no puede —por ello— trasgredirla; en SCHMITT la sanción es una forma de conservación del Estado dentro de un estado de excepción; en FICHTE la ausencia de personalidad

como sanción se utiliza como un instrumento de seguridad; y en KANT el trato específico del enemigo es una forma de instauración de la paz.

En resumen

El concepto de enemigo ha sido estudiado por múltiples autores, de los cuales he señalado algunos. De este análisis puede concluirse que el enemigo ha sido –históricamente- aquel considerado como peligroso para la existencia real de una sociedad; razón por la cual ha sido establecido como sujeto merecedor de un trato excepcional.

Otro de los factores comunes en esta definición del enemigo es que la misma es resultado de una valoración social. El enemigo no se define por características propias del autor sino por sus conductas frente a la sociedad.

Por otra parte, es necesario señalar que el concepto de enemigo manejado por JAKOBS es más restringido que el definido por los autores estudiados: se trata de un enemigo analizado sólo desde el ámbito penal, al cual no se le anula la personalidad, y cuyo *status* es temporal.

Capítulo III

Derecho penal del enemigo: función y características

III. Derecho penal del enemigo: función y características

El análisis del Derecho penal del enemigo que JAKOBS presenta es de carácter descriptivo, analítico,⁸¹ no prescriptivo, define una situación que ya existía en el sistema jurídico-penal.

Pese a ello, una de las polémicas que se ha generado con relación a ésta teoría es que no se trata de una teoría netamente descriptiva puesto que se mueve tanto en el rango de la pura descripción como en el ámbito de la justificación.⁸² También se aduce que se trata de una serie de afirmaciones normativas⁸³ y que el referido autor aboga por la consolidación de dicho tipo de derecho.⁸⁴

Pero, si de afirmaciones normativas se tratara, tendría que encontrarse establecido que las sociedades deben utilizar Derecho penal del enemigo, cuando en realidad lo que estableció JAKOBS –particularmente en 2003- fue la necesidad de establecer una limitación para este tipo de Derecho penal. Por otra parte, más que justificar la situación explicó sus antecedentes filosóficos y la posibilidad de su coherencia en la teoría funcionalista.

Esta situación preexistente en el sistema jurídico-penal fue vista por muchos autores, que describían una tendencia particular de reacción ante conductas delictivas calificadas como particularmente graves. Estas reacciones eran de carácter sectorial,⁸⁵ lo que suponía reglas de aplicación diferentes para un grupo de casos: medidas particularmente restrictivas para un sector dentro del

⁸¹ Cfr. JAKOBS, Günther, *“El terrorismo se puede combatir con el Derecho penal del enemigo”*, pp. 613-617, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales no. 7, Perú, 2006, p. 615.

⁸² Así se afirma, sobre la postura de JAKOBS a partir de 1999 en GROSSO García, Manuel Salvador, *“¿Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo”?. Una aproximación crítica al concepto”*, pp. 1-50, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 26: *“No obstante, en 1999, abandona esta postura y refunde en uno solo el nivel descriptivo con el crítico y se mueve indistintamente entre la descripción y la justificación, para finalmente, en 2003, pasar del todo a la justificación a partir de la descripción, con lo cual se desdibuja por completo la perspectiva.”*

⁸³ Cfr. al opinar del análisis de JAKOBS sobre el Derecho penal del enemigo HÖRNLE, Tatiana, *“Dimensiones descriptivas y normativas del concepto “Derecho penal del enemigo”*, pp. 51-76, en *Ibid.*, p. 67: *“Sus afirmaciones generan polémica, por el contrario, en la medida en que no son descripción, sino afirmaciones normativas”*

⁸⁴ Así lo señaló LUISI, Luiz, *“Un Derecho penal del enemigo: el Derecho penal soviético”*, pp. 233-256 en *Ibid.*, p. 233: [sobre la postura de JAKOBS respecto del DPE] *“En un trabajo menor, más denso, publicado en 2003, aboga por la necesidad de consolidar dicho derecho”*

⁸⁵ En ese sentido CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, [en línea], enero 2006, <<http://www.vlex.com/vid/323910>> [consulta 05 de abril de 2008].

Derecho penal mientras que en lo general la teoría de Derechos Humanos iba avanzando también. Formas de actuación que *a priori* parecerían contrarias: la ampliación de los marcos de protección de los ciudadanos en general vs. las medidas particulares de protección hacia otro grupo específico de ciudadanos.

Por una parte, el reconocimiento de múltiples derechos inherentes a la condición de ser humano; por otra la aplicación de normas especializadas a un sector de esos seres humanos.

Antes de avanzar nos resulta importante hacer una aclaración a lo anterior: la contrariedad que en primer momento podría suponerse no es obligatoria. No existe una contraposición entre derechos humanos y tratamiento especializado. Suponer tal situación sería lo mismo que decir que toda prisión preventiva atenta contra los derechos humanos.

Regreso al punto: ¿Por qué razón aplicar normas diferentes?

En inicio se podría acudir al propio sistema social para responder ello. La complejidad del sistema ha variado. De hecho, varios autores coinciden en la opinión de que el Derecho penal del enemigo ha surgido como respuesta al aumento del terrorismo nacional e internacional, delincuencia organizada, el narcotráfico, etc.⁸⁶

3.1 El Derecho penal del enemigo como parte del Derecho penal

3.1.1 El Derecho penal como subsistema social.⁸⁷

Cuando nos referimos al sistema penal estamos tratando necesariamente con un subsistema no sólo en el orden jurídico sino también en el orden social.⁸⁸

⁸⁶ Entre ellos: APONTE, *Op. Cit.*, p.222; MUÑOZ CONDE, Francisco, “*El Nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado “Derecho penal del enemigo”*”, pp. 117-126, en ONTIVEROS Alonso, Miguel, et Mercedes Peláez Ferrusca, Coord., **Libro en homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica**, tomo I, 1ª ed., INACIPE, México, 2003; GARCÍA Cavero, Percy, “*¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?*”, pp. 253-275 en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, No. 7, Perú, 2006.

⁸⁷ Los puntos 3.1.1 y 3.1.2 pretende fundamentarse en lo expresado en JAKOBS, Günther, **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**, 1ª ed., CIVITAS, Madrid, 2000, pp. 17-28, respecto de los aspectos relativos a el Derecho penal como parte de la sociedad.

Se trata de un sistema parcial que tendrá una dependencia recíproca con el sistema social general. Las modificaciones que el subsistema penal tiene dependen de los contenidos valorativos que establece la sociedad y eventualmente sus consecuencias modifican a la sociedad general conforme a las directrices que originalmente se le dieron. Esto implica una retroalimentación entendible en el plano de la indefectible interacción del sistema con sus subsistemas.

Es de recordar que el tipo de derecho que caracteriza a una sociedad no sólo depende de una teoría sino del tipo de sociedad de que se trate, es decir, la sociedad describe lo que se denominará delito conforme a su propia estructura.⁸⁹

Por otro lado, la complejidad del sistema define la complejidad del subsistema y la adecuación que de éste se espera.⁹⁰ Por ejemplo, una pequeña ciudad, requerirá solamente juzgados generales para atender todo tipo de materias porque la carga de trabajo podrá ser atendida sin mayores problemas, pero las grandes ciudades deberán contar con especialización de sus juzgados para atender los conflictos derivados del sistema social y aplicar la ley.

El Derecho penal, al igual que el resto del derecho, y por supuesto, al igual que la sociedad, va modificándose, se moderniza para satisfacer las necesidades que surgen como resultado de los cambios históricos.

Todo esto puede reafirmarse si observamos que toda norma jurídica, sea cual sea su fundamento y su finalidad, es una creación humana que determina un sentido mediante la normativización de las conductas. Cada uno de los conceptos simbólicos en una sociedad, adquieren un valor que es posterior al hecho mismo, y que no deriva, ni puede derivar del hecho en sí, sino de lo que comunica.

⁸⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, **Moderna Dogmática Penal**, Op. Cit., p. 6: "la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad."

⁸⁹ Cfr. JAKOBS, Günther, **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**, Op. Cit., p. 18

⁹⁰ Cfr. JAKOBS, Günther, **Moderna Dogmática Penal** Op. Cit., p. 7.

El Derecho penal no defiende bienes jurídicos clásicos de manera directa, sino que protege la identidad normativa, la constitución de ésta y la sociedad mediante la protección a la vigencia de la norma.

Para asumir ésta teoría no se parte de un punto de vista netamente colectivista, pero tampoco se establece la importancia pura del sujeto como una conciencia individual que por si misma logre establecer, explicar y determinar los márgenes de regulación a los que el mismo sujeto debe estar sometido.

Inicialmente, el funcionalismo normativo no se preocupa por establecer cuál es el orden psíquico ni de los individuos ni del sistema, puesto que, la intencionalidad pasa a un plano delegado en el orden de la comunicación. Esto, por lo menos en primer momento, es algo que resulta bastante lógico si atendemos a que el derecho, *per se*, no se dedica a la punición de aspectos internos del ser humano, sino que regula conductas, exteriorizaciones que constituyen procesos comunicativos. Inclusive, en aquellos casos en que parecemos establecer un ánimo específico, nos dedicamos solamente a juzgar lo que se presume de determinada actitud, de estas exteriorizaciones deducimos si existe un ánimo de apoderamiento en el robo genérico para distinguirlo del robo de uso, si existe el propósito de llegar a la cópula para distinguir entre una tentativa de violación y un abuso sexual. Este es un tema que deberé retomar posteriormente al analizar si en materia de delincuencia organizada se sanciona esa intencionalidad antes de que la misma sea demostrada, o se parte de un tipo de comunicación perturbadora por si misma. Pero, por el momento y para regresar a tema: el reproche penal no se dirige a la interacción psíquica de los sujetos, sino a la expresión que estos establecen en un ámbito social.

En el sentido de una teoría sistémica, cada una de las partes tiene coherencia con el resto de los elementos, por tanto, cada uno de estos elementos muestra la organización general del sistema. El sistema penal es así, una muestra de la sociedad en general. La estructura de cada sociedad será coherente con sus subsistemas porque estos tendrán las características del sistema del cual

proviene. De este modo, se determina desde su forma de Estado, su forma de gobierno y su administración pública hasta su clasificación de derecho, el orden de las protecciones en derecho privado, público y social y las permisiones que tendrá en el uso de las atribuciones soberanas para el mantenimiento y protección de su orden normativo (expresado este último como subsistema).

Se ha dicho constantemente que cada sociedad tiene el tipo de gobierno que merece, la policía que merece, el derecho que merece. Y en este orden de ideas, la coordinación entre un sistema general y los subsistemas específicos determina como ciertas tales afirmaciones.

Así, el funcionalismo no trata de explicar sociedades específicas, estudia los sistemas como autorreferenciales,⁹¹ no les otorga valores como universales, sino que analiza a manera de una teoría pura los elementos de estas sociedades para explicarlos en el sentido de una teoría aplicable pero que no prejuzga los contenidos sociales ni el establecimiento de cánones culturales.⁹²

Por tanto, el funcionalismo no entra al análisis de fines y valores perseguidos por el derecho, sino que lo atiende sólo en tanto orden normativo y subsistema social, pero sus contenidos sólo pueden ser establecidos por la sociedad como sistema genérico.

3.1.2 El Derecho penal del enemigo como subsistema del Derecho penal

El Derecho penal del enemigo, en la concepción de JAKOBS no es un derecho independiente y contrapuesto al Derecho penal ni tampoco a los principios que rigen el derecho en general. Antes bien, el Derecho penal que se aplica para todo el conglomerado social y el que se emplea para el enemigo “No

⁹¹ Respecto a este término se establece en LUHMANN, Niklas, **Sistemas Sociales**, Alianza, Madrid, 1991, p. 32: “La teoría de sistemas autorreferenciales sostiene que la diferenciación de los sistemas sólo puede llevarse a cabo mediante autorreferencia; es decir, los sistemas sólo pueden referirse a sí mismos en la constitución de sus elementos y operaciones elementales.”

⁹² Cfr. el fundamento en JAKOBS, Günther, **Sociedad, norma y persona**, Op. Cit., p. 40.

son esferas aisladas sino dos polos de un mundo, de un solo contexto jurídico penal.”⁹³

El Derecho penal del enemigo es Derecho penal, entre otros puntos, porque los tipos penales a los que hace referencia forman parte del catalogo que la sociedad ha establecido como delitos.

Todas las conductas que son atendidas por el Derecho penal del enemigo, se constituyen dentro del catálogo de delitos que la sociedad maneja. Esto es, si hablamos de terrorismo, delitos contra la salud y los delitos que son contenidos en las leyes contra la delincuencia organizada, nos referimos necesariamente a tipos que fueron creados por la sociedad por considerarlos como contrarios al mantenimiento de su propia estructura. Todos estos delitos obedecen a principios generales, no son creados *ex post*, no permiten analogías ni mayoría de razón y son creados mediante el procedimiento establecido por la autoridad competente para dicho fin.

En este sentido, todas estas normas se derivan del proceso de creación de leyes penales en su sentido formal y material.

Por otro lado, no hay contraposición indefectible con la garantía de debido proceso en tanto que al enemigo se le somete a un proceso que –en términos generales- supone directrices determinadas para llevarse a cabo.

No es que se le prive de la posibilidad de ejercer su derecho de audiencia, puesto que no se trata de una ejecución sumaria, una determinación *ex post*, un juicio *ad hoc* para un delito de guerra, ni un uso de autoridad realizado fuera del margen jurídico, sino de restricciones realizadas en atención al riesgo comunicado por el sujeto de que se trata, pero siempre conforme a la normatividad vigente en el orden jurídico que se haya establecido.

A decir del propio JAKOBS :

⁹³ JAKOBS, Günther et Manuel Cancio Meliá, *Op. Cit.*, p.22.

“el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exactamente al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de derecho administrado con inteligencia, una ultima ratio que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente.”⁹⁴

Se ha confundido la noción de Derecho penal del enemigo con un uso indiscriminado de las facultades estatales, como la aplicación **fuera del ámbito jurídico** del *ius puniendi* o como el uso de tortura para obtener la eliminación de un peligro.⁹⁵ Pero si de ello se tratara quedaría hacer algunas notas:

En primer término no puede considerarse válido un uso fuera del ámbito jurídico del *ius puniendi* ya que éste es netamente jurídico, todo aquello que se encuentre fuera del uso permitido del mismo, en realidad es un uso antijurídico, no permitido y por ello sancionable desde diversos ámbitos. Véase para comprobarlo los múltiples tipos de responsabilidades que recaen sobre un servidor público si excede las atribuciones de su competencia, desde la esfera administrativa y la civil hasta la penal.

Tampoco debe entenderse como un uso indiscriminado de las facultades estatales por la misma noción de competencia: El Estado limita la actuación de los particulares en el ámbito de su competencia, pero es a su vez limitado por las normas que lo constituyen conforme al principio de que todo aquello que no le es permitido le está prohibido.

Acaso, la palabra que nos cuesta conciliar es “*enemigo*” porque se trata de un vocablo que en si contiene reminiscencias culturales de estados de violencia,

⁹⁴ JAKOBS, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, pp.7-40, JAKOBS, Günther *et alter*, **El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo**, 1ª ed., Flores editor, México, 2008, pp.27-28. Al respecto, me parece que no solamente vincula a dichos sujetos en cuanto a Derecho, sino también al enemigo, por razones de coherencia del sistema.

⁹⁵ En ese sentido MUÑOZ CONDE, *Op. Cit.*

pero que no son en momento alguno ni la única posible acepción ni mucho menos, el sentido que se quiere dar en la teoría funcionalista.

No son sujetos tratados fuera de un procedimiento, sin derecho a ninguna garantía, ni sometidos a agresiones físicas y psicológicas, sino sujetos considerados como un estado de peligro para el ejercicio de la vida social, a los cuales se les debe enmarcar en un cuadro de particular prevención.

La cuestión que requiero aclarar en primer término es que este subsistema de Derecho penal para los enemigos es un orden que como tal indica un comportamiento que indefectiblemente se basa en reglas.

No puede tratarse de un Estado de excepción, de la supremacía física en un “orden” externo al sistema establecido ni de un estado tiránico que se clasifique *ipso facto* de esa manera por aplicar Derecho penal del enemigo.

3.2 La función del Derecho penal del enemigo

Todos los derechos y las obligaciones que se le imputan a una persona, son resultado del orden jurídico vigente. Al mantener ese orden, el derecho proporciona una seguridad cognitiva⁹⁶ (es su obligación hacerlo). En el caso en que pese a existir un sistema normativo este no proporcione la mínima confianza en cuanto a lo que enuncia, se convierte en algo vacío.⁹⁷

Lo anterior constituye la diferencia entre una normatividad netamente ideal y una real.⁹⁸ Esto es, el derecho debe ser acorde con la realidad social. Tal afirmación no es exclusiva para el Derecho penal. En el ámbito constitucional ya refería LASALLE que la Constitución no es el documento escrito, el papel impreso

⁹⁶ Así en JAKOBS, Günther, ***Estudios de Derecho penal***, Op. Cit., p.315: “La confianza en la norma no existe, al menos por lo que respecta a la protección de bienes jurídicos importantes, sin una base cognitiva”.

⁹⁷ Cfr. JAKOBS, Günther et Manuel Cancio Meliá, Op. Cit., p. 37

⁹⁸ Así afirma JAKOBS, Günther, “Derecho penal del enemigo. Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, pp. 277-298, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 7, Perú, 2006, p. 280: “hay que distinguir entre un derecho postulado –con independencia de que este postulado resulte más o menos convincente- un Derecho-modelo, y la estructura normativa real de una sociedad”

con el nombre de Constitución, sino que se constituía de manera real por los factores reales de poder.

En el Derecho penal se reproduce esta situación: las normas que no tienen sustento en la realidad social carecen de vigencia.⁹⁹ En tal sentido JAKOBS expresó que el Derecho penal tiene como misión garantizar la estructura normativa de la sociedad.¹⁰⁰

Si bien esto opera para el ámbito genérico del Derecho penal, el Derecho penal del enemigo como parte integrante del mismo, asimila dicha función pero en casos más limitados, cuando la conducta del autor no permite una seguridad cognitiva mínima de apego a las normas. En estos casos, incluso la existencia del Estado se ve amenazada por tales conductas.

Por ejemplo, hablando de casos de terrorismo resultaría una quimera señalar que sólo podemos intervenir respecto de la conducta de su autor o de sus autores cuando se encontraran en la tentativa o consumación de daño a un *bien jurídico "clásico"*. La afectación que sufre la expectativa social y la vigencia de la norma ante un caso como el planteado no puede ser reparada en términos reales y absolutos. La consumación de un acto terrorista, así, constituye el resquebrajamiento de la norma a niveles en los que la pena impuesta solamente a casos consumados no puede reafirmar adecuadamente la vigencia de la norma.

Así, en el Derecho penal del enemigo, se realiza un aseguramiento ante hechos futuros, interviniendo de manera previa a que se produzca un daño efectivo al *bien jurídico "clásico"*. Pero ello no significa que la sanción establecida se imponga basada en la posibilidad futura de daño, y no en la conducta propia del autor.¹⁰¹

⁹⁹ Entendida esta en los términos de *vigencia de la norma* de JAKOBS y no en la conocida acepción de la teoría de GARCÍA MAYNEZ.

¹⁰⁰ Cfr. JAKOBS, Günther, "El terrorismo internacional se puede combatir con el Derecho penal del enemigo", *Op. Cit.*, pp. 613-614.

¹⁰¹ En este mismo sentido REYES ALVARADO, *Op. Cit.*, p. 169.

Esto es, en realidad no se sanciona al autor como si ya hubiera cometido el daño al *bien jurídico "clásico"*, tampoco se está sancionando que su finalidad psicológica fuera dirigida a causar ese daño. Pero si se sanciona la comunicación que ya ha expresado de desapego a una norma jurídico-penal esencial en la estructura social.

En todo caso, nos mantenemos hablando de estados de peligro, pero no de cualquier peligro sino de peligros que por su gravedad eliminan la posibilidad de seguridad cognitiva en la sociedad.

Siguiendo con el mismo ejemplo: a una sociedad ya le resulta lesivo el hecho de que un grupo de individuos se reúnan para realizar un ataque terrorista, con independencia de que lleguen o no a realizarlo. Por describirlo en términos más representativos, y llegando incluso hasta el grado de lo absurdo por las características del ejemplo: si encontramos un grupo organizado para realizar un ataque terrorista, en cuyo domicilio se encuentra un mapa con la ubicación de una escuela, un apartado de funciones de cada uno de los integrantes y datos de ese estilo, en términos generales no importaría que se tratara de actos preparatorios – en su sentido material-: se procuraría controlar tal situación, sin permitir la tentativa. Y no se permitiría que llegara siquiera al grado de tentativa porque evitar su consumación resultaría sencillamente poco factible una vez que hubiera llegado a ese punto.

Bajo los anteriores términos, una norma que no considerara la posibilidad de intervenir desde los actos preparatorios no tendría soporte en la realidad. Si la *pena* se aplicara únicamente hasta la consumación del hecho –o la mera tentativa-, entonces ésta no podría cumplir su función, se volvería absolutamente simbólica pero no respondería de manera mínima y suficiente a la expectativa social.¹⁰²

¹⁰² Sobre este punto PIÑA ROQUEFORT, Juan Ignacio, "La construcción del "enemigo" y la reconfiguración de la "persona". Aspectos del proceso de formación de una estructura social, pp. 571-590, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 577: [las] "(...) estructuras sociales están consustancialmente ligadas a la noción de expectativas. Más aún, las estructuras sociales son precisamente estructuras de expectativas."

La motivación para eliminar estados de peligro resulta también de la seguridad vista como una institución jurídica en dos vectores: Por un lado que el Estado está facultado para defenderse, pero al mismo tiempo los ciudadanos tienen el derecho de exigir del Estado que garantice su seguridad¹⁰³ –incluso la reafirmación de la vigencia de la norma contribuye a la reafirmación de la expectativa social y de la seguridad cognitiva-.

En este punto se presenta otro conflicto con relación al derecho a la seguridad, y es básicamente el contenido de dicho derecho, que en no pocas ocasiones nos lleva a conceptos tautológicos dada su complicada definición. Así, por ejemplo, para MOCCIA, *“el bien público de la seguridad se corresponde con la necesidad de ser o de sentirse seguros y garantizados en el ejercicio de todos los derechos propios (...) así como el derecho a controlar e influir realmente sobre las condiciones de las que depende, en concreto, la existencia de cada uno.”*¹⁰⁴

Los argumentos relacionados con el derecho a la seguridad se vuelven polémicos por la misma circunstancia anteriormente descrita. Si bien es reconocido socialmente que la seguridad debe ser parte de la esfera jurídica individual -derivada de una condición colectiva- establecer las afectaciones a tal derecho no es sencillo y puede dar lugar a un amplio margen de discrecionalidad.

En todo caso, el argumento se repite: el exceso o sobrecriminalización fundamentado en una exasperación del concepto de seguridad depende de los controles legislativos de la sociedad. Pero, pese a la complejidad de su descripción, es necesario asumir controles para equilibrio del sistema social, donde se respete y garantice el ejercicio del resto de los derechos protegidos por el mismo Estado para cada uno de los ciudadanos, en un nivel fáctico y no netamente ideal.

¹⁰³ Cfr. JAKOBS, Günther et Manuel Cancio Meliá, *Op. Cit.*, p.32.

¹⁰⁴ MOCCIA, Sergio, *“Seguridad y sistema penal”*, pp. 299-320, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2., pp.300-301.

3.3 Algunas particularidades del DPE

3.3.1 Pena-Medida de aseguramiento

3.3.1.1. Finalidad de la pena

El Derecho penal ha tenido que considerar siempre cuál es la finalidad de la pena, justificar su aplicación y objetivo, definir sus alcances y comprender sus efectos. De este modo, tenemos teorías para definir la pena que parten desde el aspecto religioso hasta las teorías de prevención general positiva y otros muchos fines, que, analizados en sociedades diferentes, son variables.

Por ejemplo, un sistema como el manejado en Estados Unidos -en algunas de sus entidades federativas- que permite la aplicación de la pena de muerte no puede considerarse dentro de la teoría de la prevención especial positiva puesto que, si bien evita posibles reincidencias, la pena que se impone elimina toda posibilidad de readaptación al eliminar tanto jurídica como físicamente a la persona. En otros sistemas jurídicos, donde se admita el destierro de una persona, privándola por tanto de su personalidad jurídica, aunque no de vida física, ésta misma teoría de prevención especial positiva no podría tampoco ser aplicada puesto que se excluye de modo definitivo a la persona, dejando esta de ser parte de esa comunidad, aunque cuente con la posibilidad de incorporarse a una sociedad distinta.

Para el funcionalismo el fin de la pena no es la restitución de un bien jurídico tutelado.¹⁰⁵

Se ha alegado que el Derecho penal, más allá de ser la última *ratio*, era un derecho que llegaba tarde, puesto que los Bienes jurídicos tutelados ya habían sido destruidos, dañados o puestos en riesgo. De este modo, carecería de

¹⁰⁵ Entendido esté bajo la perspectiva de gran parte de la doctrina como se muestra en ROXIN, Claus, **Problemas básicos del Derecho penal**, s/e, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Madrid, 1976, p. 33: “*Si quisiéramos perfilar en una frase el sentido y límites del Derecho penal, podríamos caracterizar su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazado por la culpabilidad individual.*”

importancia imponer una sanción a un individuo que priva de la vida a otro, puesto que el Bien jurídico tutelado vida ya habría sido eliminado de manera permanente y no existía posibilidad alguna de restitución.

Partamos entonces de una perspectiva diferente: en la concepción Hegeliana, los procesos se autoconservan y protegen con medidas de reacción. La teoría básica se entiende en la noción de una tesis a la cual se le presenta una antítesis y cuya confrontación da lugar a la síntesis.¹⁰⁶

En el caso del Derecho penal, el delito es una contradicción a la normatividad social, y el sistema de autoprotección (la pena) es a su vez una reacción que contradiga esa contradicción y que restituya la vigencia de la norma.¹⁰⁷

En mi opinión, la finalidad de la pena no es restituir los bienes jurídicos clásicos porque:

- a) Hay bienes jurídicos que no pueden ser restituidos de manera absoluta.
- b) Aunque hay otros bienes cuya naturaleza puede ser restituida, la afectación sufrida, aunque se presente de manera temporal, constituye una agresión que tendrá efectos sobre la percepción de la seguridad jurídica en términos tanto individuales como colectivos.
- c) El menoscabo a los derechos de los individuos que son afectados por un delito, se da aunque se le restituya posteriormente el bien.
- d) Además de lo anterior, en el caso de que el bien jurídico tutelado de un individuo determinado pueda ser restituido, eso no restituye la afectación que la sociedad completa haya recibido.

¹⁰⁶ Cfr. HEGEL, G.F., **Filosofía del derecho**, 3ª ed., Casa Juan Pablos, México, 2002, p. 106: "La vulneración del Derecho como tal, es ciertamente, una existencia positiva, exterior, que es en sí nula. La manifestación de su nulidad es el anulamiento de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración."

¹⁰⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, "Imputación Jurídico-Penal", pp. 34-55 en JAKOBS, Günther et Eberhard Struensee, **Problemas capitales del Derecho penal moderno**, Hammurabi-Palma, Argentina, 1998, p.34.

Con el rol establecido para la víctima en el nivel procedimental no se considera solamente afectado aquel que fue directamente perjudicado en sus derechos, sino que ingresa la representación social y por tanto la sociedad completa es la que resulta dañada por el delito (En este punto específico, acaso nos encontremos con particularidades referentes a los delitos de querrela y de oficio por la manera en que el Estado les da respuesta, pero en general, la afectación se considera como social).

Retomando, cuando el funcionalismo señala entonces que el delito no se trata de lo puramente cognitivo sino que se atiende como una comunicación contraria a la norma jurídico-penal (una respuesta no adecuada que desestabiliza el sistema y que no tiene lugar en un aparato organizado conforme a las reglas comunes de ese sistema), necesita establecer que esa comunicación es imputable al autor.¹⁰⁸ Con este punto se determina la necesidad de presupuestos para sancionar comunicaciones contrarias a la vigencia de la norma.

Cubiertos dichos presupuestos, el fin de la pena varía de bien jurídico. No se trata de la protección directa de la vida, el patrimonio, etc. sino de la vigencia de la norma. La pena, por si misma, restablece la vigencia perturbada de la norma jurídica. De este modo, la identidad de la sociedad no se modifica.¹⁰⁹

Esto significa que la expectativa social no tiene porque adaptarse conforme a la contradicción que el delito representa. Si un hombre priva de la vida a otro de manera típica, antijurídica, culpable, esto no tiene porque formar parte de la expectativa social. Se le elimina como posibilidad en tanto la norma lo prohíbe y el valor de la vigencia de la norma haya sido confirmado mediante la aplicación de una pena.

¹⁰⁸ Respecto de este término establece JAKOBS, Günther, **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia/ Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2004, p. 20: "Sólo puede ser persona jurídico-penal activa, es decir, autor o partícipe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente el Derecho. Se trata, como resulta evidente, del concepto jurídico-penal de culpabilidad."

¹⁰⁹ Al respecto afirma QUINTERO, María Eloísa, "Acción, comunicación e injusto penal", pp. 147-167, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, Coord., **Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación**, tomo 1, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007, p. 152, que tanto en LUHMANN como en HABERMAS, "la norma tiene una función social la cual no radica en dirigir la conducta de los individuos, sino que representa un mecanismo para la configuración social."

De esta manera, no es la sociedad quien tiene que variar los contenidos en que funda su desarrollo, sino que mantiene sus directrices atenta a que el delito fue una contradicción que fue finalmente eliminada por no expresar un valor comunicativo aceptado y/o tolerado por la sociedad que aplica y determina la pena.

Si se dice que robar está prohibido, pero el robo aumenta al grado de que la persona concibe como parte de la normalidad dicha conducta, entonces el valor de tal norma prohibitiva es puesta en tela de juicio por la total discordancia entre el deber ser y el ser. Aceptando incluso que dicha correspondencia es contingente, tal contingencia debe ser reducida al mínimo: Una excepción controlada, suprimida y confirmadora de la regla. Caso contrario la excepción que es el hecho del autor, se convierte en una regla general que desestabiliza el sistema en su totalidad.

En el plano empírico, se entiende que la confirmación de la vigencia de la norma no es una pura consecuencia de la pena sino el significado de la pena en si. La pena reafirma de modo inmediato la vigencia

3.3.1.2 Protección de normas

Uno de los postulados de JAKOBS es que una sociedad se constituye mediante normas -en un sentido más abierto resulta posible afirmar que una sociedad se constituye mediante procesos comunicativos que conectan a los integrantes del sistema, quienes otorgan valor a dichas comunicaciones-.

El primer cuestionamiento es si la postura asumida por JAKOBS es absolutamente formalista. En este punto, quiero hacer referencia a una nota respecto del positivismo: Cuando KELSEN formuló su teoría pura del derecho, dejó claramente establecido que buscaba un sistema ajeno a valoraciones sociológicas, que sólo atendiera las figuras básicas que existían en todo sistema jurídico, pero que se expresaran sólo como continentes cuyo contenido podía variar de una sociedad a otra. La objeción que se le hizo entonces fue la misma

que se realiza contra el funcionalismo normativo: La ausencia de valoración del contenido justifica sistemas tiránicos. Pero cuando KELSEN habló sobre la norma hipotética fundamental, se consideró ésta también dentro de un marco sociológico. La teoría nunca determinó el contenido de esa norma, pero dejó en claro que tal norma era el resultado de las exigencias sociales, lo que significaba que el contenido y la fundamentación de las leyes devenía de algo prejurídico y que por ello no obstaba para que su contenido tuviera un significado sociológico.

Es por ello que debemos recordar, cuantas veces sea necesario, que tratamos con una teoría abstracta, y que el contenido de las normas está determinado por lo que la sociedad decide, lo que mantiene incluso como símbolos.

Así, no se sancionan hechos naturales (muertes, accidentes, etc.) sino la agresión contra algo que es concebido como un símbolo dentro de la sociedad.

Este simbolismo es un otorgamiento de valor por un conjunto,¹¹⁰ y también es variable. Los procesos de comunicación se interpretan mediante una simbología: la normativización. Por así decirlo, no se castiga la muerte de una persona por la muerte en sí (que es un hecho natural, y que no conlleva valoraciones como tal) pero la sociedad puede decidir (como de hecho deciden la mayor parte de las sociedades) que la muerte ocasionada por un tercero de manera dolosa o culposa es una agresión a su estabilidad y a lo que ésta considera como “bueno”, “justo”, “operativamente correcto” o “funcional”.

Ahora, si la sociedad se construye en atención a un contexto de comunicación, al momento de aplicar la teoría, encontraremos la valoración de la simbología que se utiliza para el proceso de comunicación específico.

Es en esta normativización donde hallamos los bienes jurídicos tutelados clásicos –por supuesto, variables de sociedad a sociedad- existirán bienes, como

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, 5ª ed., Cátedra, España, 2001, p. 27: “La validez de las normas sociales viene asegurada por un reconocimiento intersubjetivo fundado en el entendimiento o en un consenso valorativo.”

la libertad, que no necesariamente tengan el mismo valor en diferentes contextos socio-culturales. Para algunas sociedades no toda privación de libertad se constituirá como delito, para otras no toda forma de muerte será un hecho típico.

Cuando hablo de bienes jurídicos tutelados clásicos, los señalo como contenidos protegidos de forma indirecta. Se refleja una protección a bienes y estados de modo indirecto; para extrapolarlo en una rama distinta del derecho -la civil- cuando hablamos del “objeto del contrato” no estamos hablando del bien mueble o inmueble, sino de las obligaciones y derechos generados en razón de ese contrato –teoría general- y hablaremos sólo del objeto indirecto cuando nos refiramos al contenido de dicho contrato.

En el caso del Derecho penal, haré referencia como fin de la pena a la protección de la vigencia de la norma –en los términos del funcionalismo normativo-, por lo demás, los bienes jurídicos que cada sociedad determine son indirectos y se protegen mediante la obediencia a esta vigencia. Es decir, mientras los individuos que constituyen esa sociedad respetan y confían en la vigencia de la norma, los bienes que protege cada norma concreta, son también asegurados de modo indirecto.

Por otra parte, la competencia del ente que realiza la conducta es la que hace que este merezca o no ser imputado por dicha conducta.¹¹¹ No puede existir una afectación real a la vigencia de la norma por una conducta que no comunique. Esta supresión de la personalidad para el ámbito del Derecho penal no es un atentado contra el derecho de ese individuo, sino que, antes bien, al considerar que no puede afectar la vigencia de la norma, no es considerado como imputable

¹¹¹ Cfr. JAKOBS, Günther, **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**, *Op. Cit.*, p. 78-79: *Si se toma el hecho en su significado comunicativo, entonces sólo puede cometer un hecho delictivo quien es tomado en serio por sus aportaciones, y eso significa: ni los niños, ni los sujetos que padecen enfermedades mentales u otros seres humanos gravemente perturbados. El conflicto provocado por los hechos de este tipo de autores no se refiere a la vigencia de la norma, sino a la seguridad de los bienes.*”

de la conducta ni merecedor de un castigo¹¹² (no hay imputación, ni hay pena, porque no hay afectación en el sentido comunicativo).¹¹³

3.3.1.3 Pena- medida de aseguramiento

La pena es concebida como coacción. En si, las normas jurídicas tienen generalmente el carácter de coactivas, si se incumple lo que la norma prescribe, entonces el Estado está facultado para hacer cumplir la ley.¹¹⁴ Esta coacción señala que existe una validez de la norma en un sentido real y no únicamente en un sentido formal: La norma no es sólo norma porque haya sido creada como tal, es también norma porque existe una obligación de cumplirla y si esta no se cumple, el Estado está legitimado para llevar a cabo las medidas que obliguen al cumplimiento de la misma restaurando así el orden jurídico, pero al mismo tiempo, el ejercicio de tales facultades, afianza su vigencia como parte de la realidad social y no exclusivamente en una forma ideal.

Para el subsistema penal, la coacción también es portadora de un sentido, es una respuesta a la conducta delictiva y el significado que ésta conlleva es que la comunicación del autor del hecho es irrelevante, que la norma sigue vigente sin modificaciones.¹¹⁵ En otras palabras, el autor expresa un sentido en contrario al atentar contra la norma, establece con su actuar que la norma no tiene para él importancia alguna y que su contenido no forma parte de un estándar al que se someta porque la norma no es válida. Con la pena (característica especial del Derecho penal) se usa la coacción estatal para demostrar que la norma si es válida, que la comunicación del autor es un acontecimiento aislado que no resulta

¹¹² JAKOBS, Günther, **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**, Op. Cit., p. 37: "El concepto de persona es relativo a los deberes y derechos atribuidos; la personalidad jurídico-penal activa tiene como presupuesto la capacidad de culpabilidad"

¹¹³ En el mismo sentido POLAINO NAVARRETE, Miguel, "Imputación jurídica y minoridad de edad", pp.575-593, **Homenaje a Ricardo Franco Guzmán. 50 años de vida académica**, 1ª ed., INACIPE, 2008, p.577: "Los individuos, forman parte del ambiente, del entorno, y no participan en la estructura social en un ámbito concreto. Esa exclusión del individuo socialmente operada es parcial, porque no excluye todo el ámbito de personalidad del sujeto. Un inimputable es "individuo" respecto del Derecho penal porque su acción no comunica contrariedad a la norma; esto es: no manifiesta expresiones de sentido comunicativamente relevantes. Pero ello no excluye, por supuesto, que sea titular de bienes jurídicos penalmente protegidos, esto es, que sea una víctima potencial de delitos."

¹¹⁴ Esto aunado a la posibilidad de prevención general. En ese sentido, HABERMAS, Jürgen, **Acción comunicativa y razón sin trascendencia**, 1ª ed., Paidós, España, 2002, p.85-86: "las reglas <<vinculan>> la voluntad de forma que los sujetos que actúan intentan evitar las posibles vulneraciones de la regla; el seguimiento de una regla significa omitir una posible <<infracción>>."

¹¹⁵ Cfr. JAKOBS, Günther et Manuel Cancio Meliá, Op. Cit., p.23.

relevante en el sistema y que en el aspecto simbólico (una comunicación de reacción hacia la comunicación irrelevante del autor) la norma sigue siendo general y conserva su vigencia intacta lo que supone que la norma es real y que su regulación debe seguir siendo atendida por el grupo social.

De esta forma, el hecho y la coacción penal (pena) tienen una interacción simbólica (el aspecto comunicativo) que logra que el hecho sea irrelevante y que la pena tenga la finalidad directa de reafirmar la vigencia de la norma.¹¹⁶

La pena no niega que el hecho (en su sentido fáctico) haya existido, lo que niega es que sea válido el hecho delictivo. Cuando se sanciona penalmente no se niega que existió un delito, ni que éste tuvo consecuencias en el mundo real. Lo que se niega es que el hecho delictivo sea una regla de conducta válida que cualquier otro puede llevar a efecto.¹¹⁷

Si una norma no tuviera la característica de ser coactiva, la reafirmación de su significado no podría realizarse. Si un individuo comete un delito y al actualizar el tipo penal no hay posibilidad alguna de sancionar dicha conducta, entonces el tipo penal aunque sea de carácter prohibitivo no comunica nada, su comunicación es deficiente.

La comunicación de la norma se perfecciona con su posibilidad de coaccionar su cumplimiento: la sociedad determina y acepta la vigencia de la norma, acata su cumplimiento; cuando un individuo contraviene dicha norma percibe como dañada la expresión normativa; para subsanar dicho daño y restaurar el valor original del precepto, se niega que el autor haya realizado un hecho relevante. Es decir, si cometió el delito, si comunicó una negación del valor de la norma, pero lo que él comunicó no fue algo válido.

Pero además de lo anterior, como lo indica CARO JOHN:

¹¹⁶ *Idem*

¹¹⁷ *Ibid*, p.36.

“en determinados contextos las normas requieren además de un aseguramiento cognitivo a fin de cimentar su función de orientación confiable de conductas. Por esta razón la protección de la persona mediante normas requiere necesariamente de una vigencia contrafáctica y de un aseguramiento cognitivo adicional que complete el déficit de protección no alcanzado por la vigencia contrafáctica de la norma.”¹¹⁸

En el Derecho penal del enemigo, conforme a JAKOBS, no se impone una pena con la finalidad de restaurar la vigencia de la norma, sino como una medida de aseguramiento para eliminar estados de peligro futuros.¹¹⁹

Esta afirmación genera al menos tres cuestionamientos:

- a) Si la sanción establecida para el enemigo como eliminación de peligros futuros –no considerada como pena- mantiene el resto de características de una pena en su sentido formal (como la preexistencia legal).
- b) Si al tratarse de peligros futuros se estaría más a un Derecho preventivo y no penal.¹²⁰
- c) Si al carecer de relevancia la vigencia de la norma se implicaría un rompimiento con la misión del Derecho penal en la argumentación funcional-normativista -la garantía de la estructura normativa de la sociedad-.¹²¹

¹¹⁸ CARO JOHN, José Antonio, *“Derecho penal del enemigo: garantía estatal de una <<libertad real>> del ciudadano. Una glosa a Miguel Polaino-Orts”*, pp.263-272, en Cuadernos de política criminal, 2ª época, no. 91, 2007, p.265.

¹¹⁹ En ese sentido MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis, *“El Derecho penal del enemigo: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación”*, pp. 321-338, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 321.

¹²⁰ En ese sentido, argumentando la confusión entre el Derecho penal y el Derecho de policía, KINDHÄUSER, Urs, *“Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de Derecho”*, pp. 137-164, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 157: *“Otra cuestión es que hay que opinar de un Derecho de seguridad que ya no pueda encuadrarse en un Derecho penal de la culpabilidad legítimo. La respuesta evidente podría rezar que hay que aferrarse a la evitación de modificaciones de la clara división de tareas del Derecho penal y del Derecho policial.”*

¹²¹ En sentido crítico propone SCHÜNEMANN, Bernd, *“¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desatención teórica”*, pp. 963-984, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 981: *“(…) que se haga un recorte radical con la navaja de Ockham, y, por eso, reducir la función del Derecho penal a la directa protección de bienes jurídicos, en lugar de que se ocupe de mantener indirectamente la vigencia de la norma. Aquí la norma es, a su vez, sólo el medio para la verdadera finalidad de mantener los bienes jurídicos”*. Crítica que en realidad se dirige a la bases teóricas del normativismo, pero que plantearía los mismos inconvenientes de definición sobre “bien jurídico”

El primer punto puede ser contestado en sentido afirmativo en tanto que el Derecho penal del enemigo es Derecho penal, por lo que debe ser coincidente con las características generales de éste. Así pues, en el marco de principios del Derecho penal, la sanción al enemigo debe contar con las mismas características de una pena formal –más allá de la justificación de aseguramiento de estados de peligro futuros-.

En cuanto al segundo punto, para algunos dicho conflicto surge de la interpretación de la pena como sólo reafirmadora de la vigencia de la norma, pues bajo tal acepción *“remite todas las funciones de la pena (con excepción de la prevención general positiva) fuera del ámbito del Derecho penal defensa (Derecho penal del ciudadano).”*¹²² Pero este aspecto, no surge solamente con relación al Derecho penal del enemigo sino también en otros grupos de anticipación de la punibilidad: se establecen normas de flaqueo de carácter penal ampliamente vinculadas a la protección de un bien jurídico “clásico” principal, sin ser por ello netamente preventivas.

Con relación al punto c), bien puede alegarse que en todo sistema, las características del todo no tienen porque ser idénticas con todas y cada una de las partes que lo componen.

Pese a lo expresado, me parece que la postura de diferenciación entre la medida de aseguramiento ante hechos futuros y la pena como reafirmadora de la vigencia de la norma no es del todo adecuada. En realidad no se renuncia al aspecto comunicativo en el Derecho penal del enemigo: que se implique una medida de aseguramiento no contradice la posibilidad comunicativa. Llevo más lejos mi afirmación: en el Derecho penal del enemigo se mantiene la función de la pena como reafirmadora de la vigencia de la norma. Para afirmar lo anterior expongo los siguientes puntos:

¹²² NEUMAN, Ulfried, *“Derecho penal del enemigo”*, pp. 391-410, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 401, quien *Idem* establece: *“precisamente porque Jakobs reduce la función de la pena en el ámbito del Derecho penal del ciudadano a la de un acto comunicativo y rechaza la instrumentalización del autor con finalidad disuasoria, es que se ve obligado a establecer otro ámbito de Derecho penal ahí donde parezca inevitable la aplicación de técnicas de prevención del delito.”*

1. Interesa en origen el aspecto comunicativo de la conducta del autor-enemigo, porque en origen su comunicación tiene que ser penalmente relevante. Esto es, para que el enemigo pueda ser tal, debe autoexcluirse. Por tanto, en inicio todo enemigo debía ser previamente considerado ciudadano:¹²³ su comunicación de total desapego a una norma estructural es la que lo determina como enemigo.

2. En el aspecto formal, la “*medida de aseguramiento*” a un enemigo es una pena: debe encontrarse establecida en la legislación, y ser acorde con el resto de principios del Derecho penal.

3. En el aspecto material, la “*medida de aseguramiento*” es una pena puesto que permanece protegiendo la vigencia de la norma; aunque se trate de una norma de flaqueo y o de una norma principal.¹²⁴

4. Posiblemente la razón de permanecer atentos a que no se trata de una pena sino de una medida de aseguramiento, es el hecho de fundamentarla en la protección de un *bien jurídico “clásico”*, asumiendo que es aseguramiento ante hechos futuros porque evita directamente la lesión o puesta en riesgo de la vida, el libre desarrollo de la personalidad, etc..

¹²³ Pese a que, en mi opinión sólo quien es “plenamente persona”, “ciudadano” o “persona bajo la variante de contraposición en teoría de sistemas de sujeto-persona”, puede convertirse en enemigo; existen medidas para inimputables -en Derecho de adolescentes en conflicto con la ley penal- con rasgos de Derecho penal del enemigo.

¹²⁴ Sin realizar la distinción entre pena “material” y medida de aseguramiento como parte del Derecho penal del enemigo, MANNA, Adelmo, “*Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo: la privacy*”, 257-298, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 285: “*Para JAKOBS, sería el propio reo (...) el que sancionaría, en el momento en que pone en acto su conducta criminal, su propia exclusión de la comunidad jurídica(...) legitimando así al Estado para adoptar frente a él medidas dirigidas a su segregación y a su inoquización, a la más estricta defensa social, en nombre de la exigencia de restablecer, en la conciencia colectiva, la percepción de la vigencia (a pesar del delito) de la identidad normativa de la sociedad.*”

3.3.2 Definición del enemigo

Otra de las polémicas establecidas frente al análisis del Derecho penal del enemigo es la definición misma del enemigo, así como quién la realiza y cómo lo hace.¹²⁵

3.3.2.1 El enemigo como no-persona o la exclusión parcial del enemigo.

En cuanto a la perspectiva teórica, en la postura de JAKOBS, el enemigo es definido básicamente mediante una interpretación negativa: son enemigos quienes no son personas, pero al mismo tiempo esta contraposición es efectuada también respecto del término ciudadano. Así, en uno de sus más recientes trabajos sobre el tema (2005) JAKOBS establece, literalmente, una equiparación conceptual entre la persona y el ciudadano.¹²⁶

Esto conlleva algunos conflictos teóricos en orden a lo siguiente:

Si partimos de la premisa “es persona el titular de derechos y obligaciones”, la posibilidad de suprimir a cualquier ser humano de esta categoría resulta improbable en la generalidad de los Estados modernos. Y no solamente desde el discurso político, sino desde el ámbito de reconocimiento de personalidad mediante normatividad originada internamente y mediante normatividad aceptada por vía convencional (refiriéndome, para ser más específica, a Derecho internacional de los derechos humanos aceptado por los Estados partes en diversas convenciones). Si, en lugar de ello, partimos de la vertiente en que se señala *“sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un*

¹²⁵ En ese sentido cuestiona MUÑOZ CONDE, Francisco, **El Derecho penal del enemigo**, Conferencias magistrales, s/e, INACIPE, México, 2003, p.31: “¿Quién define al enemigo y cómo se le define?”

¹²⁶ Así en JAKOBS, Günther, “¿Derecho penal del enemigo?. Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, pp. 93-116, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 102: “La agresión jurídica en tanto desencadenante de la facultad de legítima defensa, genera el caso radical de una expectativa normativa que actualmente ya no orienta: la idea de que **el agresor se comportará como persona en derecho, es decir, como ciudadano**, sería una suposición evidentemente errónea, y por ello debe resolverse la situación de modo cognitivo, precisamente a través de la defensa” (el resaltado es nuestro); en el mismo sentido interpreta POLAINO-ORTS, Miguel, “Derecho penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe?”, pp. 47-99, JAKOBS, Günther et alter, **El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo**, *Op. Cit.*, p.62: “Conforme a ella [la terminología de JAKOBS] la “persona en Derecho” representa ciudadanos respetuosos con el Derecho.”

comportamiento personal” para delimitar -nuevamente por una interpretación en sentido contrario- al enemigo, la definición del mismo sólo como no-persona seguiría siendo inadecuada porque a) no hay una identidad indefectible entre ambos; b) existe una falta de concordancia con la premisa de titularidad de derechos y obligaciones.

Ahora, asumiendo que la referencia exacta no es sobre no-personas, sino sobre personas depersonalizadas¹²⁷ (con disminución de derechos y/u obligaciones); y que el término “no-persona” es teóricamente equiparado con una depersonalización y no con una anulación de la personalidad –por lo argumentado en el anterior párrafo-. Aun en ese supuesto, la definición de no-persona no podría ser limitada al caso de lo que se definiría como enemigo.

Bajo la posible equiparación no-persona/persona depersonalizada encuadrarían tanto los casos de inimputables como los casos de enemigos. Un inimputable no es sujeto titular de todos los derechos y todas las obligaciones en el ámbito del Derecho penal: no puede ser penalmente responsable,¹²⁸ así que su depersonalización sería, por así decirlo, positiva. Por su parte, un enemigo estaría, por efecto de su conducta, sometido a una restricción de garantías, pero no se le anularía la personalidad.¹²⁹ Así que, asumiendo la depersonalización como una calificación de no-persona, no sólo serían no-personas los enemigos, sino también los inimputables. Dado lo anterior, el silogismo en que se iguale al enemigo con una no-persona sería falso.

En este sentido, hay que remarcar que no toda depersonalización es negativa, y que incluso puede ser garantista. En palabras de VAN WEEZEL:

¹²⁷ Conforme a lo referido en relación a la “exclusión (parcial) del enemigo” por JAKOBS, Günther, *“Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca los presupuestos de la juridicidad”*, en JAKOBS, Günther, et aliter, **El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo**, Op. Cit., p. 27: “El enemigo, por lo tanto, queda excluido, dicho con mayor exactitud, excluido de alguno de sus derechos”.

¹²⁸ Al respecto ya establecía KAUFFMAN, Armin, **Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna**, s/e, De Palma, Argentina, 1977, p. 213: “(...)la norma se concreta con respecto a aquel que en una situación determinada es capaz de realizar la acción prohibida o mandada.”

¹²⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, *“Derecho penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe?”*, pp. 47-99, JAKOBS, Günther et aliter, **El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo**, Op. Cit., p.63: “enemigos” son aquellos sujetos que, despersonalizándose parcialmente, se apartan de manera duradera del reconocimiento del Derecho, con lo que impiden que las personas en Derecho puedan tener razonable confianza en que el Derecho mantenga su vigencia.”

“Precisamente cuando el Derecho penal no tiene la pretensión de dirigirse al hombre en su totalidad, sino que, por el contrario, se refiere sólo a ciertos aspectos del ser personal, es posible hablar de un Derecho penal no totalitario, ni en la esfera de imputación de conductas (no todo es asunto de todos) ni en el ámbito de la sanción (la pena es siempre privación parcial de derechos).”¹³⁰

En orden a lo anterior, la definición de enemigo como no-persona resulta incompleta. En todo caso, si el enemigo se define por contraposición, ésta debe ser en relación con el ciudadano, y no en relación con el concepto de no-persona.¹³¹

Para SILVA-SÁNCHEZ el planteamiento de JAKOBS con relación a las personas, las no-personas, los ciudadanos y los enemigos conlleva ciertas ambigüedades. Esto en atención a que, en cuanto al contenido de política criminal se distingue entre ciudadanos y enemigos; en cuando al contenido ius-filosófico se distingue entre personas y no-personas. Bajo esos supuestos, se dan los siguientes casos: Derecho penal de ciudadanos para personas; Derecho penal de ciudadanos para no personas; Derecho penal de enemigos para personas; Derecho penal del enemigo para no-personas.¹³²

Como puede verse, las complicaciones que surgen en el ámbito teórico por la inexactitud en los conceptos base tienen incidencia en otros puntos. En mi opinión el *status* de enemigo tendría que ser coincidente con las siguientes premisas:

1. Sólo puede ser enemigo quien en origen es considerado ciudadano.

¹³⁰ VAN WEEZEL, Alex, “Personas como sujetos de imputación y dignidad humana”, pp. 1057- 1072, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 1068.

¹³¹ Dicho aspecto plantea múltiples implicaciones en atención a lo establecido en JAKOBS, Günther, “Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca los presupuestos de la jurisdicción”, en JAKOBS, Günther, et alter, **El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo**, *Op. Cit.*, p. 27: “En la medida en que se le prive de derechos no es tratado por definición como persona en Derecho. Este es el núcleo de mis consideraciones; si se mantiene todo lo demás sólo afecta a cuestiones de detalle, no al principio.”

¹³² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Los indeseados como enemigos: la exclusión de los seres humanos del *status personae*”, pp. 985-1100, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p.985.

2. Si el enemigo ha de establecerse como contraposición debe serlo con relación al ciudadano y no con relación al concepto de persona.

3. Un enemigo sufre una depersonalización en dicho *status*, pero no toda depersonalización implica un *status* de enemistad, dado que no toda depersonalización es negativa.

Más allá de las anteriores anotaciones, una definición más completa del enemigo –derivada de la interpretación de la postura de JAKOBS- la da POLAINO-ORTS:

“Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide motu proprio autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y depersonalizándose a si mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que –precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos (<<personas en derecho>>)- ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el respeto de las demás personas –y en consecuencia- la garantía de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma.”¹³³

Esta definición presenta la ventaja de estructurar de una manera sistemática las características del enemigo. Pero dada la toma de postura que anteriormente establecí, podría resultar más completo señalar únicamente el concepto de persona (*l.s*) y no de ciudadano, en tanto que de equipararlos,

¹³³ POLAINO-ORTS, Miguel, Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto, 1ª ed., Grijley, Perú, 2006, p. 102.

existiría un sector omitido: la actuación del enemigo no sólo afecta el desarrollo integral de los ciudadanos-personas.

3.3.2.2 Quién define al enemigo

Otras de las cuestiones que se han planteado como básicas es quién define al sujeto considerado como enemigo:¹³⁴ ¿es enemigo quien pertenece a un grupo marginal?;¹³⁵ ¿quien se determina como enemigo político?;¹³⁶ ¿se trata de una discriminación basada en el autor y no en la conducta?.¹³⁷ A mi parecer este cuestionamiento puede resolverse bajo los supuestos generales de la normativización. Ocurre lo mismo que con otros conceptos normativos.

Realizar tal pregunta resulta similar a cuestionar quién decide lo que se califica de robo, de homicidio, de violación; cómo se determinan las penas; etc. La definición pragmática de quién es considerado enemigo deviene de un consenso social.

Si la decisión legislativa sobre quien es enemigo no coincide con la realidad social, entonces nos encontraríamos ante una norma que no tiene apoyo contrafáctico -Pero el problema sería acaso una falta de representatividad, lo cual no está directa ni exclusivamente vinculado con el Derecho penal y que tendría que ser resuelto en el mismo sistema de control constitucional-.

¹³⁴ En ese sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, pp. 339-370 en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 362: "¿quién define al enemigo y cómo se le define?"

¹³⁵ Indicando esta crítica y respondiéndola expresa PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *"Derecho penal del enemigo ¿escarnio o prevención de peligros?"*, pp. 549-570, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 561: "En este sentido debe aclararse una cuestión fundamental desde el punto de vista del "Derecho penal del enemigo": no se está pensando en el disidente o en el discrepante, como parece que en ocasiones se entiende, sino simplemente de quien se autoexcluye del Derecho."

¹³⁶ Cfr. al respecto RESTA, Federica, *"Enemigos y criminales. Las lógicas del control"*, pp. 735-780, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, pp. 765 y ss.

¹³⁷ Cfr. en SCHEERER, Sebastián et alter, *"Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo"*, pp. 917-938, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 919: [El Derecho penal del enemigo] "Si es que llega a ser un Derecho penal, en todo caso es un Derecho penal de autor y no un Derecho penal de hecho"

3.3.2.3 La temporalidad del *status* de enemigo

Conforme a POLAINO-ORTS, en tanto que el concepto de enemigo es puntual y eventual, y su auto-exclusión es voluntaria, el enemigo puede decidir dejar de serlo. Por tanto el *status* de enemigo se establece como temporal.¹³⁸

Si bien es cierto, existe en la postura de JAKOBS la afirmación de que el enemigo defrauda de manera duradera la expectativa de un comportamiento personal,¹³⁹ lo duradero no presupone obligatoriamente lo permanente.

Pero ¿cuándo o cómo podría un enemigo teórica y normativamente regresar a su *status* de ciudadano?

El primer caso posible de aceptar es que una vez cumplida la pena-medida de aseguramiento al enemigo, se extinguiría su *status* como tal y podría ser considerado nuevamente ciudadano –supuesto que implica severas complicaciones en tanto coexistan penas altas y las medidas penitenciarias sean también agravadas.

Pero creo que también podría ser considerado otro supuesto: el enemigo que, en tanto miembro de un grupo de enemigos, coopera con el Estado en los términos que éste establezca.

3.4 Críticas desde la postura personal

3.4.1 La complicación conceptual derivada de la identificación del enemigo como no-persona

Si bien es cierto, ya se ha aclarado que los enemigos son sólo considerados no personas en el ámbito del Derecho penal y no en el Derecho en

¹³⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto, *Op. Cit.*, p. 101.

¹³⁹ Cfr. JAKOBS, Günther et Manuel Cancio Meliá, *Op. Cit.*, p.38.

general, debido a que la pérdida de la personalidad es sólo parcial, el calificar a un enemigo como No-persona¹⁴⁰ en Derecho penal carece también de fundamento.

Se trata de personas en Derecho penal bajo el mismo argumento de depersonalización que JAKOBS usa:

Si entendemos a la persona como portadora de derechos y obligaciones: los enemigos siguen siendo portadores de los mismos –aunque los primeros hayan sido restringidos-.

En tal sentido nos parece que utilizar el concepto de enemigo como contraposición a persona no solamente es erróneo políticamente hablando, sino teóricamente insostenible dentro de la misma teoría de JAKOBS y bajo su misma argumentación.

Así, por ejemplo, cuando señala:

“La vigorosa sentencia según la cual al menos hoy todos deben ser tratados como personas en Derecho, (...) necesita de una adición: siempre que aquellos “todos” cumplan a su vez con sus deberes, o en el caso contrario, siempre que se les tenga controlados, es decir, que no puedan resultar peligrosos.”¹⁴¹

Cabe nuevamente remarcar que en la postura de JAKOBS no se habla de despersonalización (absoluta) sino de depersonalización (parcial), pero dado que a los enemigos se les restringe un grupo de garantías que si se otorga a los ciudadanos, en todo caso, la contraposición se debería realizar con respecto al concepto de ciudadano, y no respecto del concepto persona.

¹⁴⁰ En ese sentido SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Los indeseados como enemigos: la exclusión de los seres humanos del *status personae*”, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 986: “se considera no persona a aquel sujeto que ciertamente defrauda expectativas normativas, pero que, además, no ofrece garantía cognitiva alguna de no volver a hacerlo en el futuro: por ejemplo, el imputable peligroso.”

¹⁴¹ JAKOBS, Günther, “¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?”, pp. 1-6, JAKOBS, Günther *et aliter*, **El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo**, *Op. Cit.*, p.11.

Por otra parte, el hecho de que no deba contraponerse el concepto persona al concepto enemigo deriva de una situación más: si por no-persona se entiende a alguien depersonalizado por no contar con todos los derechos y obligaciones, no solamente ingresan los enemigos a tal concepto, también lo hacen los inimputables –por no ser aptos de responsabilidad penal-. La distinción más notoria resulta del hecho de que para con los inimputables la situación es más garantista, mientras que para los enemigos operaría en el sentido restrictivo.

Reitero: la consideración de que un inimputable no sea persona en Derecho penal, no es algo que opere en su contra. Pero lleva a una afirmación más: no toda no-persona sería enemigo, por lo que afirmarlo sería un falso silogismo.

Si bien es cierto, la pertinencia del Derecho penal del enemigo al Derecho penal no se estructura en atención al otorgamiento de garantías para el imputado-enemigo,¹⁴² ello no impide que siga siendo titular de las mismas: por ejemplo, el derecho de defensa no sólo se basa en el derecho de la sociedad a la seguridad jurídica, sino indefectiblemente en el principio de presunción de inocencia para el imputado.

3.4.2 Cuestionamientos sobre la medida de aseguramiento en el Derecho penal del enemigo

Si bien en el concepto de Derecho penal del enemigo de JAKOBS, la sanción no cumple con la misma función de reafirmación de la vigencia de la norma mediante la contradicción comunicativa, a mi parecer, su función no es directamente el aseguramiento o eliminación de peligros futuros por lo siguiente:

1. El aseguramiento prospectivo es materia del ámbito netamente preventivo, y no necesariamente penal. Esencialmente es el ámbito administrativo, policial, etc. el encargado de tal función.

¹⁴² Con relación a esta afirmación, me remito a la nota 94.

2. La sanción no se establece por el hecho en prospectiva, no es posible centrarse bajo el principio de culpabilidad en hechos que aun no se han cometido. Así que la sanción que se impone corresponde a la comunicación que el autor ya ha dado con su conducta.

En otros términos, y hablando de términos genéricos de Derecho penal, cuando se sanciona una tentativa de homicidio no se sanciona por el posible homicidio que pudo cometerse, sino porque el autor ya manifestó con su conducta su desapego a la norma jurídico-penal que establece la prohibición de privar de la vida a otro.

3. Además de lo acotado de por qué no se trata netamente de una medida de aseguramiento ante hechos futuros, la sanción que se establece para los enemigos debe seguir cumpliendo los principios de una pena en su sentido formal: así, debe estar establecida en una norma jurídico-penal que haya seguido el procedimiento legislativo obligatorio y cumplir con los principios relativos – incluyendo el de proporcionalidad del que hablaré más adelante-.

4. Si se atiende a que la misión del Derecho penal es mantener la identidad normativa de una sociedad, una sanción que no cumpliera con tal situación no tendría relación coherente con el grupo al que pertenece¹⁴³ –si bien se asume la posibilidad de características diferentes entre el todo y sus elementos-.

5. La sanción establecida a un enemigo es una pena también en su sentido teórico-material, con relación al funcionalismo, en tanto que efectivamente protege la vigencia de la norma. Ello no sólo porque sea su función genérica, sino porque también resulta factible proteger las normas de flaqueo y no sólo las principales. Esto es, las normas de flaqueo también forman parte de la identidad normativa de una sociedad.

¹⁴³ En ese sentido MÜSSIG, Bernd, “*Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis*”, pp. 371-390, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, pp.386-387: “*Lo decisivo es que una concepción del Derecho penal del enemigo opera al margen de las condiciones y de los fundamentos no sólo del Derecho penal sino del sistema jurídico en su conjunto. El Derecho penal se legitima a través de una autodescripción normativa de la sociedad, de los criterios de identidad y principios de organización fundamentales en cuanto modelo explícitamente normativo de la sociedad y garantiza éste como configuración (básica) de la sociedad a través de la imputación de las infracciones del Derecho.*”

6. Dado que la depersonalización del enemigo no elimina su *status* de persona y la pena se establece como contradicción comunicativa para comunicaciones contrarias a la norma del autor. Es posible seguir aplicándole una pena como tal.

3.5 Conclusiones parciales

1. El análisis del Derecho penal del enemigo presentado por JAKOBS es esencialmente científico-descriptivo.

2. El Derecho penal del enemigo es parte del Derecho penal, y en tal sentido, se debe limitar conforme a los principios de éste en términos generales. Ello supone que toda conducta fuera de los parámetros de respeto mínimo a tales principios no puede ser considerado ni Derecho penal, ni –por lo mismo- Derecho penal del enemigo.

En tal sentido quedan excluidos de la calificación de Derecho penal del enemigo la tortura, los tratos crueles e inhumanos, etc.

3. El Derecho penal del enemigo tiene entre sus funciones sustentar en la realidad social la estructura normativa, así como la seguridad cognitiva del resto de personas (*l.s*) en la norma.

4. Conforme a la postura de JAKOBS, en el Derecho penal del ciudadano se impone una pena como confirmadora de la vigencia de la norma mientras que en el Derecho penal del enemigo se impone una medida de aseguramiento contra hechos futuros.

En mi opinión, la sanción impuesta en el Derecho penal del enemigo también tiene como finalidad la confirmación de la vigencia de la norma – aunque no se trate de normas principales sino de normas de flaqueo-. Y por tanto no se trata de protección ante hechos futuros, sino que existe también en el enemigo una comunicación que por si misma ya resulta lesiva.

5. Al momento de definir al enemigo, JAKOBS establece por igual la contraposición de este con relación tanto a la persona (el enemigo como no-persona), como con relación al ciudadano.

A mi parecer esta situación permite ciertas complicaciones teóricas que podrían eliminarse realizando la contraposición únicamente con relación al ciudadano, y estableciendo que el enemigo, para serlo, indefectiblemente debe tener de manera previa el *status* de ciudadano.

6. El enemigo es depersonalizado, no despersionalizado. Esto es coherente con la idea de que el Derecho penal del enemigo es parte del Derecho penal y del Derecho en general. Y se establece así que la limitación de derechos es de carácter parcial.

7. El enemigo atenta contra normas básicas de la estructura social y contra la seguridad cognitiva del resto de personas (*l.s.*)

8. El análisis del Derecho penal del enemigo es esencialmente abstracto y no prejuzga el contenido valorativo que cada sociedad establecerá para su definición concreta.

9. El enemigo es definido por cada sociedad conforme a las reglas generales que operan para la normativización de cualquier concepto. Esto es, así como una sociedad establece, mediante su sistema jurídico a quién considera imputado, sentenciado, inimputable, etc; puede establecer también las normas que considera básicas en su estructura y en consecuencia, el trato específico que dará a quienes las vulneren.

10. En tanto parte del Derecho en general, el Derecho penal del enemigo también está sujeto a los controles sobre legitimidad y constitucionalidad que operen en el sistema jurídico de que se trate.

11. El *status* de enemigo es de carácter temporal pues, al igual que su auto-exclusión es voluntaria, lo es su reinclusión.

Capítulo IV

Elementos de las normas de Derecho penal del enemigo

IV. Elementos de las normas de Derecho penal del enemigo

Básicamente han sido tres los elementos o rasgos de las normas de Derecho penal del enemigo: adelantamiento de la punibilidad; desproporcionalidad de las penas (o ausencia de una reducción proporcional con relación a la anticipación de la punibilidad) y flexibilización o restricción de determinadas garantías procesales.¹⁴⁴ Añadiéndose en algunos autores un elemento más: el agravamiento de las reglas penitenciarias;¹⁴⁵ elemento que para otros está contenido en la restricción de garantías, abarcando ésta no sólo garantías de carácter procesal sino también sustantivo y penitenciario.¹⁴⁶

Al respecto me adhiero a la afirmación de que el agravamiento de las reglas penitenciarias puede ser, efectivamente, incluido dentro del aspecto de restricción de garantías como un elemento genérico que abarca garantías de orden sustantivo, procesal y penitenciario.

Más allá de lo anterior, existe la discusión en cuánto a si estos elementos o rasgos deben existir de manera conjunta para determinar una norma como Derecho penal del enemigo o si son meramente indicativos.¹⁴⁷ A mi parecer las normas que reúnan todos estos elementos fundamentales podrán ser calificadas como normas de Derecho penal del enemigo; aquéllas que sólo presenten algunos de dichos elementos pueden ser calificadas como normas tendientes al mismo.¹⁴⁸

Partiendo de lo arriba señalado, así como de la afirmación de JAKOBS respecto a que *“las tendencias contrarias en el Derecho material –contradicción*

¹⁴⁴ Cfr. con relación únicamente a estos tres elementos a autores como PIÑA ROQUEFORT, *Op. Cit.*, p. 572.

¹⁴⁵ En tal sentido expone los *“caracteres positivos del Derecho penal del enemigo”*, GRACIA, Martín, **El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo**, 1ª ed., Tirant lo blanch, España, 2005, pp.106-112.

¹⁴⁶ En ese sentido GARCÍA CAVERO, Percy, *“¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”*, pp. 925-948, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 1, p. 930: *“Jakobs, por ejemplo, menciona tres rasgos fundamentales: el amplio adelantamiento de la punibilidad con penas que no se reducen proporcionalmente con dicho adelantamiento, el incremento notable de penas y la relajación o supresión de ciertas garantías individuales en el orden procesal (incluiría también garantías de orden sustantivo y penitenciario)”*

¹⁴⁷ En esa dirección POLAINO-ORTS, Miguel, **Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto**, *Op. Cit.*, p. 156.

¹⁴⁸ En JAKOBS, Günther et Manuel Cancio Meliá, *Op. Cit.*, p.55, JAKOBS establece que los tipos ideales de Derecho penal del enemigo y de Derecho penal del ciudadano *“prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura.”*

versus neutralización de peligros- encuentran situaciones paralelas en el Derecho procesal",¹⁴⁹ presento el siguiente punto:

Aunque el Derecho penal del enemigo *prima facie* puede constituirse exclusivamente en normas sustantivas o materiales, también puede complementarse con normas de Derecho procesal penal y penitenciario. Para que ello ocurra, las restricciones a garantías procesales o penitenciarias deberán estar directamente relacionadas con normas sustantivas de Derecho penal del enemigo .

Lo anterior significa que las normas procesales o penitenciarias particularmente restrictivas que no se relacionen con una norma sustantiva de Derecho penal del enemigo, no constituyen en sentido estricto normas del mismo. Esto en tanto que, por si solas, ninguna puede presentar anticipación de la punibilidad, ni la consecuente ausencia de reducción de la pena relativa, ya que los mencionados ámbitos no prescriben penas en su sentido formal.

Dicho lo anterior, procedo al breve análisis sobre los elementos del Derecho penal del enemigo, basándome para su estudio en normas del sistema jurídico-penal mexicano.

4.1 Anticipación de la punibilidad

En gran parte a la anticipación de la punibilidad -o adelantamiento de la punibilidad- se refirió JAKOBS en su ponencia de 1985, "*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*" –la cual es señalada como el origen del análisis sobre Derecho penal del enemigo-.

¹⁴⁹ JAKOBS, Günther et Manuel Cancio Meliá, *Op. Cit.*, p.56.

En esta ponencia, JAKOBS indicó que el concepto de consumación que la dogmática había tratado tradicionalmente era de carácter formal, esto es, guiado por cómo se encontraba formulado el tipo penal y no por criterios de carácter material.

Más adelante en la misma ponencia planteó:

“el problema de si una conducta, que no puede ser legítimamente criminalizada en su cualidad de acto preparatorio de la lesión de determinados bienes jurídicos, no merece sin embargo su criminalización por la lesión de bienes jurídicos situados delante de aquellos o en sus flancos. En otras palabras, si bien el comportamiento delictivo no se puede anticipar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, quizá resulte posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico. En este punto no se está pensando en rebajar el ataque al bien jurídico de la lesión a la puesta en peligro, sino en un fraccionamiento del bien jurídico(...) En los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de delitos de lesión) sino normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. Para poder enjuiciar la legitimidad de estas normas de flanqueo, es necesario echar un vistazo a las condiciones de vigencia de las normas. Una norma es eficaz si presta lo que ha de prestar: aseguramiento de las expectativas. Para ello es necesario que la norma sea reconocible ex ante como estable por el potencialmente afectado.”¹⁵⁰

Es, precisamente basada en éste argumento, la afirmación que he expresado respecto de que el enemigo también establece un aspecto comunicativo, y la pena es aplicable como tal en tanto que reafirma una norma de flanqueo, con independencia de ésta pena se llegue a constituir también como una medida de aseguramiento.

¹⁵⁰ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Op. Cit., pp.313-314.

El hecho de que una norma de flanqueo asegure condiciones de vigencia de normas principales no elimina el reconocimiento de bienes jurídicos “clásicos” anticipados. Así, en la misma ponencia JAKOBS establece la paz jurídica o paz pública como protegidas por las normas de flanqueo. Estos bienes también son establecidos en normas mexicanas, como podemos observar en tipos penales como el de terrorismo¹⁵¹ y el de amenazas.¹⁵²

Además, en el momento en que se establece que las normas deben asegurar expectativas se determina la necesidad de la seguridad cognitiva. En los casos de las normas de flanqueo, la conducta injusta aumenta drásticamente la percepción del riesgo que tiene el afectado.¹⁵³

Así, cuando se inflinge una norma de flanqueo no solamente se afecta un bien jurídico anticipado, sino que se vulneran, a su vez, las condiciones de vigencia de normas principales.

Por poner un ejemplo: si en un programa de radio se emiten mensajes que inciten a la comisión de genocidio basado en diferencias raciales; esa comunicación es lesiva, por si misma, de un bien jurídico anticipado (paz pública), pero además pone en riesgo condiciones de vigencia de normas establecidas con relación a la vida o la integridad corporal.

Ahora, para asumir un concepto de anticipación de la punibilidad, partiré de la definición que de ésta da QUINTERO:

“La “anticipación de la punibilidad” (o “adelantamiento de la punibilidad”) se da cuando el Estado, en ejercicio del ius puniendi, consagra la sanción de conductas que no representan una puesta en

¹⁵¹ Código Penal Federal, artículo 139. <www.cddhcu.gob.mx>- “Se impondrá pena de prisión de dos a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la **paz pública**, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación(…)” (el resaltado nos corresponde).

¹⁵² Código Penal Federal, artículo 282, (Título decimooctavo. Delitos contra la paz y la seguridad de las personas) <www.cddhcu.gob.mx>.

¹⁵³ Cfr. JAKOBS, Günther, **Estudios de Derecho penal**, Op. Cit., p. 315.

peligro o una lesión efectiva de un bien jurídico, sino más bien, conductas que se encuentran en estadios previos. En otras palabras, el Estado reprocha (pena) conductas que, en principio, pertenecen aún al ámbito de libertades del sujeto (serían meros actos preparatorios), o bien, tiene por consumadas conductas que sólo podrían haberse encuadrado en el ámbito de la tentativa.”¹⁵⁴

En nuestro sistema jurídico un ejemplo de anticipación de la punibilidad – también analizado por la autora antes referida- es el párrafo primero del artículo 138 de la Ley General de Población:

“Se impondrá pena de seis a doce años de prisión y multa de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumir la conducta, a quien por sí o por interpósita persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente (...).”

Como resulta posible observar, tanto la conducta de pretender llevar (materialmente una tentativa) mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente; como la de llevarlos (consumación), se establecen formalmente en el mismo rango: una conducta consumada. Y no solamente eso: la pena para ambos casos se establece en el mismo rango.

En este caso específico no únicamente la anticipación de la punibilidad, sino también se establece una pena de igual magnitud para ambas conductas. Lo que, en consecuencia, pone en duda la legitimidad del precepto.

Un conflicto en la anticipación de la punibilidad radica en que no todas sus aplicaciones resultan legítimas,¹⁵⁵ particularmente si se omiten reglas de

¹⁵⁴ QUINTERO, María Eloísa, “La anticipación de la punibilidad”, [en línea], Instituto Nacional de Ciencias Penales <<http://www.inacipe.gob.mx/htm/QuienEsQuien/Investigacion/Opiniones/Punibilidad.html>> [consulta 4 de enero de 2009].

¹⁵⁵ Mostrando con ejemplos radicales los posibles excesos de la anticipación de la punibilidad ZAFFARONI, Raúl E., “La cultura del riesgo”, *Op. Cit.*, p. 5: “lo primero que hacen los legisladores no es prohibir aquellas conductas que producen el daño, sino aquellas que son peligrosas o que pueden llegar a producir el daño; se comienza a prohibir lo que técnicamente

proporcionalidad tanto en la pena como en la extensión de los límites de protección de los bienes,¹⁵⁶ pero no es una figura que por sí misma resulte ilegítima.

Así, POLAINO-ORTS plantea que en los delitos anticipados, no se infringe el principio de ofensividad o lesividad, pues si bien no se ataca a un bien jurídico individual, es afectada “*la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la vigencia de la norma*”,¹⁵⁷ y MUÑOZ PASTOR indica que algunos supuestos de adelantamiento de la punibilidad, al recoger un hecho por sí mismo perturbador, se justifican bajo dos supuestos básicos: a) por contener un hecho objetivamente peligroso para bienes jurídicos individuales; o b) por contener una manifestación seria de peligrosidad subjetiva del autor (al que considera un supuesto con equivalencia funcional del primero).¹⁵⁸

En resumen:

1. La anticipación de la punibilidad es, en efecto, una injerencia en esferas generalmente reconocidas de libertad, razón por la cual deben tener carácter excepcional.

2. La anticipación de la punibilidad puede establecerse mediante normas de flanqueo –relativas a bienes situados delante o en los flancos de bienes jurídicos tutelados principales- cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales.

llamamos acto preparatorio, no ya la tentativa sino todo aquello que corre el riesgo de poner en riesgo, de producir un daño. Entonces resulta de que no puedo disfrazarme porque corro el riesgo de ser un ladrón disfrazado, no puedo comprar tal o cual cosa en la ferretería para pintar mi casa porque es un precursor para la fabricación de la cocaína, no puedo usar tal o cual abono para la tierra porque un terrorista lo puede comprar para fabricar explosivos, etcétera”

¹⁵⁶ BELLO RENGIFO, Carlos Simón, “Las razones del Derecho penal”, pp. 305-324, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 1, p. 323: “La construcción del Derecho penal del enemigo sobre bases de peligrosidad debe dar cuenta de la factibilidad del reconocimiento social del bien jurídico, a menos, claro está que no forme parte del discurso de Derecho penal”

¹⁵⁷ Veáse POLAINO-ORTS, Miguel, “La anticipación de la punibilidad como Derecho penal del enemigo: los delitos obstáculo”, pp.35-62, CARO JOHN, José Antonio et Miguel Polaino-Orts, **Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales**, 1ª ed., Flores editor, México, 2009, p.61.

¹⁵⁸ Cfr. PASTOR MUÑOZ, Nuria, “El hecho: ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de criminalización del “peligro de peligro””, pp. 523-548, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p.533.

3. La razón de la anticipación de la punibilidad legítima versa en el sentido de que las normas no están únicamente dirigidas a los posibles autores, sino también a los posibles afectados. En razón de ello, si no se aseguran las condiciones de vigencia de la norma, no existe correspondencia de la norma con la expectativa social y ésta se vuelve un concepto vacío.

4. Más allá de un aseguramiento prospectivo, la sanción por infringir una norma de flaqueo debe basarse en que la conducta del autor es por si misma perturbadora.

5. En el caso de establecerse una sanción principalmente dirigida al autor y no a la conducta, está podría llegar a ser legítima en tanto la peligrosidad subjetiva tenga una equivalencia funcional con la peligrosidad objetiva.

6. Para que una norma de flaqueo sea legítima debe considerar al menos dos puntos:

- a) el reconocimiento de los bienes jurídicos anticipados –o de flaqueo-; y
- b) la proporcionalidad entre la conducta y la lesión al bien jurídico (basada ésta en la jerarquía del bien jurídico anticipado o de flaqueo).

4.2 Ausencia de una reducción proporcional con relación a la anticipación de la punibilidad

Como uno de los elementos o rasgos del Derecho penal del enemigo, aparece la ausencia de una reducción de la pena en proporción a la anticipación.¹⁵⁹ Este elemento es también denominado como desproporcionalidad de las penas –con relación a la efectiva lesión del bien jurídico- o no modificación

¹⁵⁹ En tal sentido SCHULZ, Lorenz, *“Fricciones de una ficción-El Derecho penal de JAKOBS para enemigos”*, pp-939-962, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 944.

de la pena, en tanto “a pesar de que se adelanta la barrera de protección a un momento anterior a la consumación, la pena se mantiene inalterada.”¹⁶⁰

Para analizar este punto iniciaré con un acercamiento al principio de proporcionalidad de las penas; así cómo su consagración en el sistema jurídico mexicano. Una vez revisados dichos puntos, ingresaré en el punto específico de la ausencia de una reducción proporcional con relación a la anticipación de la punibilidad en el Derecho penal del enemigo.

4.2.1 Proporcionalidad de la pena

El principio de proporcionalidad de la pena aparece como regulador directo del uso del *ius puniendi* del Estado, a lado de principios básicos como el de legalidad penal y el de dignidad humana.¹⁶¹

En materia penal el principio de proporcionalidad se estudia con particular atención en lo relativo a la proporción entre la gravedad del delito cometido y la pena que le es impuesta.¹⁶² La gravedad del delito se determina basándose, entre otras cosas, en el riesgo o lesión al bien jurídico tutelado.

En este sentido, el análisis versa en dos niveles específicos: el legislativo (la pena establecida para el tipo penal específico), y el judicial (la individualización de la pena establecida por el órgano jurisdiccional).

Atentos a lo anterior, la proporcionalidad de la pena se ve: desde el ámbito abstracto con relación al rango de la pena y la jerarquía del bien jurídico tutelado protegido por el tipo penal; y desde el ámbito concreto basándose en la pena impuesta de modo específico al autor y la gravedad del delito cometido por el

¹⁶⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿más Derecho penal?”; pp.53-120, JAKOBS Günther et Miguel Polaino Navarrete, El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal, Serie pensamiento penal contemporáneo, no. 4, 1ª ed., Grijley, Perú, 2006, p.71.

¹⁶¹ En este sentido RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada et Jan Woischnik, “Principios Constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad”, pp.143-156 en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, No. 2001, IJ-UNAM, México, 2001.

¹⁶² Así también se establece en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 49.3 de la: “La gravedad de las penas no debe ser desproporcionada al delito”

mismo.¹⁶³ Dado que el presente estudio dirige su atención esencialmente a la proporcionalidad de la pena en el ámbito abstracto -las sanciones penales contempladas para ciertos tipos penales-, no profundizaremos en los aspectos relativos a la individualización de la pena.

En nuestro sistema jurídico, el principio de proporcionalidad de la pena fue incluido de manera expresa en la Constitución, en junio de 2008, mediante la adición del siguiente párrafo: “(...) *Toda pena deberá ser proporcional al delito que se sancione y al bien jurídico afectado* (...).”¹⁶⁴

Si bien esto constituye la expresión literal de tal garantía en la normatividad mexicana, su inclusión sólo ratifica un principio básico de Derecho penal que debía ser previamente respetado.

El precepto arriba mencionado es norma vigente, lo que significa que puede ser invocado en el ejercicio de medios de control de constitucionalidad. Se trata de una directriz de carácter general que no contempla marcos de excepción, y debe ser acatada de manera definitiva.

4.2.1.1 Análisis de proporcionalidad con relación al bien jurídico tutelado

Para saber si la proporcionalidad es acorde con el bien jurídico, éste debe ser también evaluado con relación a otros bienes jurídicos tutelados, puesto que, cuando el legislador determina una sanción igual o similar para tipos penales que protegen bienes jurídicos diferentes, establece con ese mero hecho una equivalencia jerárquica formal entre ambos bienes jurídicos.¹⁶⁵ Si hay una

¹⁶³ En el mismo sentido, HERNÁNDEZ OLVERA, María Margarita, “*El principio de proporcionalidad: Breve aproximación. La sujeción del Derecho penal de adolescentes a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad*” [en línea] Poder Judicial del Estado de Guanajuato <<http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/112.pdf>> [consulta: 22 de septiembre de 2008] y RAMOS TAPIA, *Op. Cit.*, p. 147.

¹⁶⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 22, párrafo 1. <www.cddhcu.gob.mx>

¹⁶⁵ Para mayor referencia FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 402 “... Consideradas desde el punto de vista histórico y sociológico, estas opciones sirven para conformar una especie de escala de pena, y por consiguiente de los bienes penalmente protegidos por un determinado ordenamiento. “La tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales”, escribió Rudolf Jhering, de suerte que el sistema de penas señala la escala de valores históricamente determinada de una sociedad dada, además de su grado de autoritarismo, tolerancia, humanidad. Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los

variación en la sanción, la pena constituye un indicador de la jerarquía de los bienes jurídicos a tratar, la cual deberá corresponder con la misma valoración social.

Para mostrar un ejemplo de jerarquía de bienes en nuestra legislación penal federal, basándose en las sanciones veamos lo siguiente –tomando para referencia los tipos básicos o de menor reproche penal para el caso de cada bien jurídico tutelado ejemplificado-: En el caso del homicidio simple intencional (delitos contra la vida) la sanción es de doce a veinticuatro años;¹⁶⁶ en el supuesto de privación ilegal de la libertad¹⁶⁷ (delitos contra la libertad) la sanción es de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa; en la hipótesis relativa a lesiones que tardan en sanar menos de quince días¹⁶⁸ (delitos contra la integridad corporal) la sanción es de tres a ocho meses de prisión.

Si observamos ese grupo de tipos penales, el legislador ubica al bien jurídico tutelado vida como el de mayor jerarquía, seguido por el bien jurídico tutelado libertad, y dándole una jerarquía menor a la integridad corporal.

Pese a lo anterior, no basta con la jerarquía primaria de los bienes jurídicos para que una pena sea proporcional (s.s), pues a ello debe agregarse una diferencia fáctica que haga efectiva la diferencia normativa. Esto es, sanciones que correspondan, en su posibilidad de cumplimiento con dicha jerarquía: si a un delito de menor gravedad se le pone una sanción grave, el siguiente en la escala jerárquica también es elevado, de modo tal que aquellos de mayor reproche penal quedan en sanciones de improbable ejecución fáctica e incluso normativa.

En el grado de la improbable ejecución fáctica baste con mencionar lo siguiente: los sujetos activos en Derecho penal deben ser mayores de 18 años y la

considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.”

¹⁶⁶ Código Penal Federal, artículo 307. <www.cddhcu.gob.mx>

¹⁶⁷ Código Penal Federal, artículo 364, párrafo 1. <www.cddhcu.gob.mx>

¹⁶⁸ Código Penal Federal, artículo 289, párrafo 1. <www.cddhcu.gob.mx>

expectativa de vida en México se ubica entre los 65 y 74 años de edad.¹⁶⁹ Con lo que los años de vida en que una sanción podría ser ejecutada –considerando condiciones de vida adecuadas- abarca un lapso máximo de 47 a 56 años.

Por otra parte la improbable ejecución normativa puede mostrarse conforme a lo siguiente: en la Federación, conforme a su código penal sustantivo, la prisión puede ser de tres días a sesenta años.¹⁷⁰ Pero al mismo tiempo, el libro segundo del mismo Código establece una sanción de hasta setenta años de prisión cuando un secuestrado es privado de la vida por sus secuestradores.¹⁷¹ De este modo, aunque el delito pudiera merecer una sanción de 70 años no podría serle impuesta procesalmente una sanción superior a 60 años. Ello con independencia de las sanciones que puedan darse cuando se presenta concurso de delitos.

Si la ejecución de la sanción no es viable, entonces la jerarquía de los bienes no puede darse por cierta, pues carece de apoyo contrafáctico.

4.2.1.2 Análisis de proporcionalidad con relación a la gravedad de la conducta

Ahora bien, no basta con conocer la jerarquía del bien jurídico que se protege, pues hay que observar también la conducta con que el mismo se afecta. Así, existen diferentes tipos penales de diversa gravedad con relación al mismo bien jurídico tutelado. Si conductas de diferente gravedad que afectan al mismo bien jurídico tutelado se equiparan en la sanción, se rompe el principio de proporcionalidad.

Por ejemplo, el homicidio simple intencional se sanciona en la Federación con pena privativa de libertad de doce a veinticuatro años;¹⁷² pero si el homicidio es calificado –cometido con premeditación, ventaja, alevosía, o traición- la pena es

¹⁶⁹ Cfr. “África tiene el menor promedio de vida” [en línea]. [bbcworld.com](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4891000/4891494.stm). 8 de abril de 2006 <http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4891000/4891494.stm> [consulta: 24 de septiembre de 2008] en el que se señala que en México la expectativa de vida es de 74 años; y datos de la Organización Mundial de la Salud que establecen que el promedio de vida en 2003, en México, era de 65 años, en *World Health Organization Statistical Information System* [en línea] < <http://www.who.int/whosis/data/Search.jsp>> [consulta 24 de septiembre de 2008].

¹⁷⁰ Código Penal Federal, artículo 25, párrafo 1. <www.cddhcu.gob.mx>

¹⁷¹ Código Penal Federal, artículo 366, párrafo penúltimo. <www.cddhcu.gob.mx>

¹⁷² Código Penal Federal, artículo 307. <www.cddhcu.gob.mx>

de treinta a sesenta años de prisión.¹⁷³ En este caso, el bien jurídico es el mismo, la afectación a dicho bien es similar –privación de la vida-, pero si la conducta es de mayor gravedad, la pena debe tomar en cuenta tal circunstancia.

4.2.2 Desproporcionalidad de la pena.

Para determinar una pena como no proporcional se establece la falta de coherencia entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito. Partiendo del supuesto indicado en el párrafo anterior, cuando la pena no es coherente con a) la jerarquía del bien jurídico, ó b) la gravedad de la conducta; nos encontramos con un caso de desproporcionalidad de la misma.

En el caso del supuesto a), se da por sabido que los tipos penales sancionan conductas que afectan bienes jurídicos tutelados basados en valoraciones positivas¹⁷⁴ de expectativas sociales. Esa afectación puede basarse en la lesión o puesta en riesgo del mismo bien. Pero, no todos los tipos penales tienen bienes jurídicos tutelados expresados de manera literal, aunado a que, en varios de ellos es difícil ubicar cuál es ese bien.

Atentos a lo anterior, nuestro juicio de proporcionalidad de la pena será errado si el bien jurídico tutelado no fue establecido –como referente- adecuadamente.¹⁷⁵

En el caso del supuesto b), la desproporcionalidad de la pena se manifiesta si conductas de diferente gravedad son sancionadas con la misma pena. Un ejemplo de esto se da en la Ley General de Población, que en su artículo 138 establece una sanción de seis a doce años de prisión a quien “por sí o por

¹⁷³ Código Penal Federal, artículo 320. <www.cddhcu.gob.mx>

¹⁷⁴ Así, MARQUEZ PIÑERO, **Teoría de la antijuricidad**, IJ-UNAM, México, 2003, p.53, señala: “Dicha valoración positiva crea los denominados bienes jurídicos.”

¹⁷⁵ Bajo este mismo punto, resulta más complicado determinar aspectos de proporcionalidad de la pena si mezclamos los conceptos de medida de aseguramiento y pena, en tanto que como refiere ROXIN, Claus, **Culpabilidad y prevención en Derecho penal**, s/e, Reus, Madrid,1981, p. 53: “el criterio delimitador en la <<culpabilidad>> se vincula retrospectivamente a un hecho antijurídico concreto(...) la <<proporcionalidad>> de las medidas se determina por el contrario, prospectivamente, atendiendo exclusivamente al peligro objetivo que puede esperarse del delinciente en el futuro. Provocaría una enorme confusión mezclar estos dos criterios delimitadores tan diferentes, uniéndolos terminológica y sustancialmente bajo el denominador común de un <<principio de proporcionalidad >> aparentemente unitario”. Realizando similar distinción en los criterios de pena y medida de seguridad DAZA GÓMEZ, Carlos, **Teoría General del Delito**, 2ª ed., Cárdenas Editor, México, 1998, p.413.

interpósita persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente".¹⁷⁶

Caso en el que, como podemos observar, conductas de distinta gravedad son sancionadas con el mismo rango de pena.

4.2.3 Ausencia de reducción proporcional de la pena con relación a la anticipación de la punibilidad como elemento del Derecho penal del enemigo

El concepto de ausencia de reducción proporcional de la pena en tanto elemento de Derecho penal del enemigo está siempre vinculado con el aspecto de anticipación de la punibilidad.

Valga recordar, antes de continuar, que la anticipación de la punibilidad no solamente se da en el caso de tener por consumadas conductas que materialmente son del ámbito de la tentativa (1);¹⁷⁷ sino también cuando el Estado reprocha penalmente conductas dadas en estadios previos, y que normalmente estarían en el ámbito de libertades del sujeto (2).

En el caso del primer supuesto, establecer formalmente como consumada una conducta que pertenece al ámbito de la tentativa, podría ser legítimo en tanto operara una reducción proporcional de la sanción penal.¹⁷⁸ De no ser así, se viola el juicio de proporcionalidad de la pena correspondiente a la afectación del bien jurídico y la gravedad de la conducta. En este casos la ausencia de reducción de la pena con relación a la anticipación de la punibilidad es ilegítima e inconstitucional.

¹⁷⁶ Ley General de Población, artículo 138, párrafo.

¹⁷⁷ Como también puede interpretarse de lo dicho en POLAINO NAVARRETE, Miguel, "El Derecho penal del enemigo en la Reforma de 2005 del Código Penal Español de 1995", pp. 171-206, JAKOBS, Günther et alter, **El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo**, Op. Cit., p. 201: "En el Derecho penal del enemigo, en cambio, se adelanta el momento en el que el Derecho penal entra en acción (...), pero sin embargo no se reducen las penas, sino que **en muchos casos** se sancionan estos tipos de peligro como si fueran realmente consumados" (el resaltado nos pertenece).

¹⁷⁸ En ese sentido, DÍAZ-ARANDA, Enrique, **Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del Derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)**, 2ª ed., Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 82: "No obstante la sanción prevista para la tentativa debe ser **siempre** menor a la del delito consumado."

En este primer grupo de casos, siempre se sabe cuál es la norma principal que está siendo afectada. E indefectiblemente, los juicios de proporcionalidad se deben dirigir a ella.

Pero en el segundo supuesto la situación es más compleja, porque el juicio de proporcionalidad se ha presumido respecto de la norma principal, pues en la definición teórica de JAKOBS, lo que se sanciona no es el hecho cometido (pena establecida en el sentido retrospectivo) sino el hecho que puede llegar a cometerse (pena en un sentido prospectivo).¹⁷⁹

Bajo estos términos una pena en un supuesto de Derecho penal del enemigo, no podría en caso alguno ser proporcional por la afectación a una norma principal –o al bien jurídico protegido por ésta-, puesto que aun no habría sido afectada por la conducta del autor.

Pero si en lugar de asumir que las reglas de proporcionalidad están dirigidas a la norma principal (o al bien principal), la pena se estableciera con relación directa a la afectación de normas de flaqueo (o a los bienes jurídicos anticipados); la vigencia de la norma podría establecerse como lesionada de manera actual y no prospectiva, lo que daría las bases suficientes para el establecimiento de una pena proporcional.

Por otra parte, en diversos casos de anticipación de la punibilidad, las normas principales (o bienes) que las normas de flaqueo están protegiendo son múltiples o de difícil delimitación. Pensemos en lo siguiente: la asociación delictuosa se sanciona en el ámbito federal de cinco a diez años, pero lo que se sanciona en sí es que se forme parte de *“una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir.”*¹⁸⁰ En el momento de actualizar dicha conducta, ni siquiera se encuentra establecido el delito que se pretende cometer, así que el bien jurídico de ese segundo delito (tipificado en la norma principal) nos es desconocido. Bajo estos términos:

¹⁷⁹ GÜNTHER, Jakobs, et Manuel Cancio Meliá, *Op. Cit.*, p.40: *“la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.”*

¹⁸⁰ Código Penal Federal, artículo 164, párrafo 1. <www.cddhcu.gob.mx>

1. O nos estamos adelantando en extremo a la lesión o puesta en riesgo (anticipación de la punibilidad exacerbada) y castigando de 5 a 10 años por un bien jurídico tutelado que no conocemos y cuya conducta ni siquiera ha sido desplegada (desproporción de la pena por no afectación al bien jurídico tutelado); o
2. estamos hablando de un bien jurídico diferente: la vigencia de una norma de flaqueo; con un bien jurídico adelantado (seguridad pública, orden público, etc.), en cuyo caso ya no nos enfrentaríamos a una pena desproporcionada por no afectación al bien jurídico tutelado (la afectación está ahí). Así, todo lo que nos quedaría a evaluar es si la afectación a la norma de flaqueo (por ejemplo, asociación delictuosa) nos merece una pena más grave que la afectación a una norma principal (por ejemplo alguna relativa a la libertad personal). Es decir, en nuestra jerarquía de bienes jurídicos cuán grave es esta afectación. Con lo que ya no estaríamos estudiando la proporcionalidad por sanción prospectiva, sino realizando el mismo estudio de proporcionalidad que debemos hacer en todo el sistema jurídico penal y no sólo en el subsistema de Derecho penal del enemigo.

Bajo ese argumento la pena no sería prospectiva, no se trataría de los hechos que van a cometerse, sino de las conductas que ya se están desplegando.

Un argumento más al respecto, se constituye basado en la posibilidad que existe en nuestro sistema jurídico de sancionar la lesión a una norma de flaqueo, de manera independiente a la lesión de una norma principal, aun cuando éstas coexistan. Esto es, se sanciona tanto la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico anticipado como la coexistente de la del principal, sin aplicar el principio de subsunción.

Así, en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, las sanciones por infringir normas principales son independientes de las impuestas por la mera

organización perturbadora que afecta normas de flanqueo, como se infiere de los siguientes preceptos:

“Artículo 2. 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 (...)”¹⁸¹

“Artículo 4. Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes (...)”¹⁸²

Dicho lo anterior:

- a) Si efectivamente se sancionara de manera prospectiva (por los hechos que se van a cometer) la pena sería necesariamente desproporcionada, y por ello inconstitucional;
- b) Si lo que se sanciona no es prospectivo sino actual, pero con un bien jurídico distinto, su lesión o puesta en riesgo es legítimamente sancionable, y puede ser –como el resto de las normas- eventualmente proporcional en una escala de bienes jurídicamente aceptado y socialmente avalado.

A mi parecer esta segunda perspectiva es aplicable si nos centramos en la legitimación de normas de flanqueo (normas jurídicas que protegen bienes ubicados delante o en los flancos de otros bienes) distinguiéndolas de las normas principales (normas de delitos de lesión).¹⁸³

¹⁸¹ “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, del Código Penal Federal, de la Ley de la Policía Federal Preventiva, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de la Ley Federal de Responsabilidades administrativas de los Servidores Públicos, y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo”, Diario Oficial de la Federación, 23 de enero de 2009, Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 2. <www.dof.gob.mx>

¹⁸² Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

¹⁸³ Cfr. lo relativo estas normas en JAKOBS, Günther, **Estudios de Derecho penal**, op. cit., pp. 313-314.

En todo caso, para que la sanción sea legítima y proporcional, la conducta del autor debe ser perturbadora por si misma, con independencia de las otras afectaciones que prospectivamente se vislumbren.

De cualquier modo, las penas establecidas para estas conductas en las que se anticipa la punibilidad o se prevé adicionalmente un riesgo prospectivo tendrán que regirse por los principios generales de Derecho incluyendo específicamente el de proporcionalidad de la pena. Por decirlo de otra manera, la previsión de eliminación de un riesgo prospectivo es adicional al injusto que la conducta *per se* debe conllevar para ser sancionable.

Por supuesto, existe un riesgo cuando pretendemos hablar de bienes jurídicos anticipados puesto que tendremos que analizar cuáles son los límites de ese bien y cuál es la jerarquía que le daremos en nuestra escala de bienes jurídicos tutelados.

En resumen:

1. Tratándose de los supuestos en que se tiene por consumada una conducta que materialmente es del ámbito de la tentativa, se atiende a la norma principal, la cual resulta conocida y delimitable. Por tal razón, la ausencia de reducción proporcional de la pena –al violar el principio de proporcionalidad por afectación al bien jurídico y gravedad de la conducta- es inconstitucional.

2. Tratándose de supuestos de anticipación de la punibilidad por conductas dadas en estadios previos -que normalmente estarían en el ámbito de libertades del sujeto- la proporcionalidad de la pena debe y puede atenderse esencialmente con relación al bien jurídico anticipado o a la norma de flaqueo. Así, si existe una ausencia de reducción proporcional de la pena con relación a un bien jurídico principal, es porque, en inicio, la proporcionalidad no debería ser referida primariamente a éste (que en muchas ocasiones ni siquiera resulta delimitable).

4.3 Restricción de garantías

4.3.1 La restricción de garantías y el principio de proporcionalidad (*l.s*)

Todo Estado democrático reconoce a los particulares una serie de garantías que, en tanto contienen Derechos subjetivos públicos, resultan oponibles frente al propio Estado. Estas garantías aseguran los límites entre la injerencia del Estado y el ámbito de libertades de los gobernados.

Pese a ello, el Derecho contiene normas específicas que pueden restringir el ejercicio de las garantías. Sin embargo, cada una de esas restricciones debe basarse también en el principio de proporcionalidad (*l.s*).

El principio de proporcionalidad es un principio general de Derecho, ello supone que abarca todo el sistema jurídico en su conjunto, por lo cual debe ser aplicado en cada uno de los diferentes ámbitos del mismo. Se relaciona ampliamente con el concepto de racionalidad.

Dicho principio permite la coherencia del sistema jurídico en el frágil equilibrio entre la injerencia estatal y los derechos de los particulares.

Lo anterior supone un análisis objetivo de la posición estatal tanto en el ámbito legislativo, ejecutivo y judicial, con el cual se reduzcan las posibles arbitrariedades en cada uno de esos niveles.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio, se reconoce como dividido en tres principios integradores, subprincipios del mismo o juicios: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.¹⁸⁴

Para el juicio de idoneidad se estudia la medida con relación al objetivo de la restricción, ello supone conocer la finalidad de la actuación estatal, sea esta

¹⁸⁴ En ese sentido SÁNCHEZ GIL, Rubén, “*El principio de proporcionalidad*”, IJ-UNAM, México, 2007; y BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, “*Diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales*”, pp. 173-196, en CIENFUEGOS SALGADO, David, *et alter*, **Temas de derecho procesal penal de México y de España**, IJ-UNAM, México, 2005.

protección, prevención, sanción, reparación, etcétera. Lo que supone saber si la medida tomada es útil para la consecución del fin.

En el caso del juicio de necesidad se revisa si es la única medida con la cual puede obtenerse la consecución del objetivo –varias medidas podrían ser idóneas para obtener un resultado específico, pero no todas necesarias-.

Para establecer la proporcionalidad en sentido estricto, se realiza una revisión relativa a los bienes ponderados: el interés general y los otros bienes o valores en conflicto, con lo que se establece una jerarquía entre ellos.

Tratándose de restricciones a derechos fundamentales el estudio de proporcionalidad deberá responder a las siguientes preguntas: ¿cuál es el objetivo? ¿qué medidas pueden tomarse para llegar a dicho objetivo? ¿cuál es la medida más eficaz para lograrlo? ¿tal medida es proporcional? ¿se protege con un bien otro valuado con igual o mayor jerarquía?.

4.3.2 Algunas normas restrictivas de garantías en el sistema jurídico-penal mexicano

Las restricciones de garantías pueden ser de carácter legítimo, y asegurar en la ponderación de valores contrapuestos un equilibrio. De hecho, nuestro sistema jurídico contiene normas de carácter restrictivo legítimo. En nuestro sistema jurídico-penal estos son algunos ejemplos:

a) La detención sin orden judicial bajo supuestos de flagrancia:

“Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más

*cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.*¹⁸⁵

b) La retención ministerial (en términos generales):

*“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial(...)*¹⁸⁶

c) La prisión preventiva, así como la extintiva (en términos generales):

*“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.”*¹⁸⁷

Todos y cada uno de los ejemplos referidos, tienen, en primer momento una presunción de legitimidad, pese a que son restricciones de una de las garantías de más alto rango: la libertad. Pero se entiende que su implementación es acorde no sólo con decisiones políticas fundamentales, sino también con los principios que rigen el Derecho, incluyendo el de proporcionalidad.

4.3.3 Restricción de garantías en el Derecho penal del enemigo

Desde el marco referencial, cuando se establecían algunas de las principales críticas al Derecho penal del enemigo, se vio que una de esas críticas se refería a la completa despersonalización del enemigo y su consecuente pérdida absoluta de derechos.¹⁸⁸ En sentido contrario, durante el desarrollo de este

¹⁸⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16, párrafo cuarto <www.cddhcu.gob.mx>-modificado mediante “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008 <www.dof.gob.mx>.

¹⁸⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16, párrafo octavo.

¹⁸⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 18, párrafo primero <www.cddhcu.gob.mx> -modificado mediante “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008 <www.dof.gob.mx>.

¹⁸⁸ También en ese sentido: TERRADILLOS BASOCO, J. Ma., “Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”, pp. 1101-1030, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 1026: “las garantías procesales-y al frente de ellas el derecho a la no auto-inculpación- sólo son atendidas en el caso del inculpado-persona, no en el del enemigo”; URQUIZO OLAECHEA, José, “Derecho penal del enemigo”, pp.

trabajo, se han planteado las razones por las cuales tal crítica no es fundamentada partiendo de diversas premisas -la pertinencia del Derecho penal del enemigo al Derecho penal, la depersonalización, únicamente parcial, al enemigo, etc.-.

Ahora, si bien es cierto la restricción de garantías es un elemento característico de las normas de Derecho penal del enemigo, respecto del enemigo debe seguirse respetando el principio de proporcionalidad. En ese sentido se precisa: *“El elemento enemigo presenta estos elementos definidores: (...) es proporcional, pues en el tratamiento contra el enemigo no todo está permitido: se excluyen las acciones desmedidas o desproporcionadas contra los sujetos.”*¹⁸⁹

Bajo las anteriores consideraciones, las restricciones de garantías –tanto de carácter sustantivo como procesal y penitenciario- en normas de Derecho penal del enemigo pueden ser legítimas y están sujetas a los medios de control del propio sistema-jurídico.

Por lo demás, si se acepta la mera existencia de garantías particularmente flexibilizadas, éstas deberían ser distinguibles, por su excepcionalidad, respecto de las que se aplican en el Derecho penal del ciudadano. Caso contrario, tendríamos que asumir la posibilidad de que, sin fundamento alguno, al ciudadano se le estén aplicando normas de -o con tendencias de- Derecho penal del enemigo.

4.4 Conclusiones parciales

1. Los elementos fundamentales de las normas de Derecho penal del enemigo, reconocidos mayoritariamente por la doctrina, son tres: anticipación de la punibilidad; ausencia de una reducción proporcional con relación a la anticipación de la punibilidad; y flexibilización o restricción de garantías.

1031-1056, en *Ibid.*, p. 1050: *“Sin embargo, respecto del enemigo –pese a que (...) también se concibe destinatario de la norma penal- se aniquilan los mecanismos de protección que tiene el ser humano frente a la arbitrariedad estatal (por ejemplo- restricción de derechos procesales de los imputados, cuestionamiento de la presunción de inocencia. En realidad no se les juzga, se les ajusticia.”*

¹⁸⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel et Miguel Polaino-Orts, *“Derecho penal del enemigo: Desmitificación de un concepto”*, pp. 591-656, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 642-643.

2. Forma parte de la discusión si estos tres elementos son indispensables para considerar una norma como de Derecho penal del enemigo o netamente indicativos. Mi toma de postura es que, en atención a que existen normas que actualizan los tres elementos, éstas son normas de Derecho penal del enemigo; mientras que aquéllas que sólo tengan algunos de los elementos son normas con tendencias de Derecho penal del enemigo, salvo en el caso que complementen normas sustantivas de Derecho penal del enemigo.

3. Normas materiales o sustantivas pueden por si solas actualizar todos los elementos de Derecho penal del enemigo, y ser complementadas con normas procesales-penales y/o penitenciarias directamente relacionadas con ellas.

Por otra parte, si existen normas procesales-penales y/o penitenciarias particularmente restrictivas de garantías pero sin una relación directa con una norma sustantiva de Derecho penal del enemigo, éstas no constituyen parte del mismo, ni deben ser analizadas bajo la misma perspectiva.

4. Con relación a la anticipación de la punibilidad.

a) La anticipación de la punibilidad no es por si misma ilegítima, aunque puede tener injerencia en esferas de libertad generalmente reconocidas. Por esto último su aplicación debe también tener carácter de excepcional.

b) Las normas de flaqueo son un medio de anticipación de la punibilidad. Dichas normas son relativas a bienes jurídicos anticipados –situados delante o en los flancos de bienes jurídicos principales- y deben garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales.

c) Las normas no únicamente se dirigen a los posibles autores, sino que proporcionan a los posibles afectados una seguridad cognitiva respecto de la vigencia de éstas. El asegurar las

condiciones de vigencia mediante normas de flaqueo permite el mantenimiento de esa seguridad.

d) La pena que se establece por infringir una norma de flaqueo no está dirigida primordialmente al aseguramiento prospectivo, su base legítima es que la conducta del autor es por si misma perturbadora.

e) Una anticipación de la punibilidad, aun basándose en la peligrosidad subjetiva, puede ser legítima en tanto tal peligrosidad tenga equivalencia funcional con la peligrosidad objetiva.

f) La legitimidad de una norma de flaqueo también esta condicionada a que: 1. se acepten como legítimos los bienes jurídicos anticipados o de flaqueo; y 2. la pena que establezca sea de carácter proporcional (al respecto remito a la siguiente conclusión).

5. Con relación a la ausencia de reducción proporcional de la pena.

a) El principio de proporcionalidad de la pena toma en cuenta la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados por la normatividad penal. Pero esa jerarquía debe ser armónica con el resto del sistema, por lo que ninguna de las sanciones de los diversos tipos penales debería exceder el límite máximo que nuestro sistema jurídico penal reconoce. Más aún, cualquier sanción que fácticamente sea de improbable ejecución pone en entredicho la efectividad del sistema.

b) El sistema penal mexicano ha reconocido de manera literal la proporcionalidad de las penas como una garantía constitucional. Con lo que, cualquier desproporción de las penas es inconstitucional. Lo anterior debido a que la norma máxima establece dicha garantía genéricamente sin determinar excepciones que puedan justificar el desapego a la misma.

c) Dado que la ausencia de reducción proporcional de la pena se establece con relación a la anticipación de la punibilidad deben reconocerse los siguientes supuestos:

* En el supuesto en que se tiene por consumada una conducta que materialmente es del ámbito de la tentativa, la norma principal es conocida, delimitable, y debe ser la referencia del juicio de proporcionalidad. Por tal razón, la ausencia de reducción proporcional de la pena –al violar el principio de proporcionalidad por afectación al bien jurídico y gravedad de la conducta- es inconstitucional.

* En el supuesto de que el Estado reproche conductas dadas en estadios previos que normalmente se encuentran en el ámbito de libertades del sujeto, la situación es más compleja, pues la ausencia de reducción proporcional de la pena con relación a la lesión del bien jurídico, opera en tanto se considera la conducta del enemigo frente a una norma principal.

Es decir, en estos supuestos no existe una proporcionalidad de la pena con relación a la lesión de un bien jurídico principal, pero ello se debe entre otras cosas a que: 1. el bien jurídico principal no siempre está determinado; 2. las normas sustantivas a que se refiere son de flaqueo. Por lo anterior, la proporcionalidad de la pena debe establecerse con relación esencial a las normas de flaqueo, y no respecto de las principales (las cuáles no siempre se encuentran determinadas).

Atentos a ello, varía el punto desde el que la pena debe ser proporcional. Su proporcionalidad debe atender tanto a los bienes jurídicos tutelados por las normas de flaqueo como a la gravedad de la conducta –que por sí misma debe perturbar la expectativa social para ser sancionadas-.

Indudablemente, partir de la premisa de protección de la vigencia de normas de flaqueo -con bienes jurídicos anticipados-, conlleva varios puntos a definir, entre los que se incluyen los límites a la misma y su jerarquía relativa.

d) No puede existir jurídicamente una pena prospectiva en sentido estricto, pues ésta sería obligatoriamente contraria a los principios jurídicos de la totalidad del sistema jurídico, particularmente con relación al principio de proporcionalidad y al de culpabilidad. No puede castigarse lo que se hará como si se hubiera hecho, porque ello sería lo mismo que castigar *prima facie* nuestras *intenciones*.

6. Con relación a la restricción de garantías:

a) Toda restricción de garantías debe atender al principio de proporcionalidad (*l.s*). Este principio se integra por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad (*s.s*).

b) Las restricciones de garantías en términos generales pueden ser legítimas y permitir un equilibrio en la ponderación de valores que se contraponen.

c) La restricción de garantías que se hace al enemigo es parcial y debe atender al principio de proporcionalidad (*l.s*). Esto, a su vez, coincide con el hecho de que existen determinadas garantías que no se pueden eliminar –como la vida, que en nuestro sistema jurídico-penal se constituye como una garantía absoluta-, y de que ninguna medida debe, ni puede, legítimamente, realizar una excesiva afectación.

d) Las normas de Derecho penal del enemigo que implican restricción de garantías, así como cualquier otra norma del sistema

jurídico, se encuentran sometidas a los medios de control que el mismo sistema establezca tanto para su creación como para su mantenimiento.

e) El elemento de restricción de garantías en el Derecho penal del enemigo contempla no únicamente las garantías de carácter sustantivo sino también las de carácter procesal y penitenciario.

f) Si se asume que existen garantías particularmente flexibilizadas en un sistema jurídico-penal, éstas deberían, por su excepcionalidad, ser claramente distinguibles de las de Derecho penal del ciudadano. De lo contrario, existiría la posibilidad de que una norma de –o con tendencias de- Derecho penal del enemigo sea aplicada como regla general.

Capítulo V

Derecho penal del enemigo en normas federales mexicanas

V. Derecho penal del enemigo en normas federales mexicanas

En los anteriores capítulos me he referido ya a la función del Derecho penal del enemigo, así como a sus características y elementos. Partiendo de ello, en el actual apartado, se verán algunos ejemplos de normas de Derecho penal del enemigo, particularmente relacionadas con delincuencia organizada, con base en los siguientes parámetros:

- a) Los elementos del Derecho penal del enemigo son: 1. la anticipación de la punibilidad; 2. la ausencia de reducción proporcional de la pena con relación a tal anticipación; 3. la particular restricción de garantías;
- b) Las normas que reúnen -por sí solas o complementando una norma sustantiva- los tres elementos mencionados son Derecho penal del enemigo.
- c) Las normas que son particularmente restrictivas de garantías, pero que no corresponden con una norma sustantiva de Derecho penal del enemigo, no constituyen parte de éste y no pueden ser analizadas desde esa perspectiva.

Por lo demás, tal como se adelantó en la introducción del presente trabajo, las normas a las que se hace referencia son de carácter federal: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Código Penal Federal, Código Federal de Procedimientos Penales y Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

5.1 Normas sustantivas de Derecho penal del enemigo

Las normas con las que se inicia este estudio son normas sustantivas, contenidas en algunas leyes secundarias de orden federal por varias razones:

- a) Las normas sustantivas por si mismas pueden constituir Derecho penal del enemigo;
- b) Los elementos tanto de anticipación de la punibilidad como de ausencia de reducción proporcional de la pena con relación a ésta pueden

presentarse únicamente –de manera formal y material- en normas sustantivas.

c) El hecho de iniciar con estas normas obedece a la necesidad metodológica de otorgar marcos de posterior referencia a normas restrictivas del mismo tipo de Derecho penal.

Cabe aclarar que los ejemplos aquí señalados no fueron elegidos arbitrariamente, sino con base en las consideraciones que se han expuesto sobre el Derecho penal del enemigo en diversos sistemas jurídicos.

Así, por ejemplo, en el caso de Perú, se señala que en los delitos de terrorismo, criminalidad organizada -particularmente tráfico ilícito de drogas y secuestro-, abusos sexuales de menores de edad y delitos de corrupción de menores se dan las características constitutivas del Derecho penal del enemigo.¹⁹⁰

En la legislación penal española, se analiza la excepcionalidad en el trato a bandas terroristas, el tráfico ilegal y otras actividades graves, entre otras,¹⁹¹ así como lo relativo a Delincuencia organizada.¹⁹²

En nuestro sistema jurídico, la situación no difiere demasiado, y se encuentran normas relativas a terrorismo y delincuencia organizada, que prueban la existencia de un trato excepcional. Para ser más específicos: en nuestro país existen normas que cuentan con todos los elementos del Derecho penal del enemigo.

¹⁹⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, “¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”, pp. 925-948, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 1, p. 931.

¹⁹¹ DAMIÁN MORENO, Juan, “¿Un Derecho procesal de enemigos?”, pp. 457-472, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 1, pp. 466 y ss.

¹⁹² FARALDO CABANA, Patricia, “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción”, pp. 757-798, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 1, pp. 771 y ss.

5.1.1 Terrorismo Internacional

En junio de 2007, se adicionó al Código Penal Federal el capítulo “Terrorismo internacional”,¹⁹³ dentro del que se encuentra el artículo 148 bis, que a la letra señala:

“Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten:

I) A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes o personas de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para tratar de menoscabar la autoridad de ese estado extranjero, u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación.

II) Al que directa o indirectamente financie, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer actos terroristas internacionales, o en apoyo de personas u organizaciones terroristas que operen en el extranjero, y

III) Al que acuerde o prepare en territorio mexicano un acto terrorista que se pretenda cometer o se haya cometido en el extranjero.”¹⁹⁴

¹⁹³ “Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Penal Federal; del Código Federal de Procedimientos Penales; de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; de la Ley de Instituciones de Crédito; de la Ley de Ahorro y Crédito Popular; de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro; de la Ley de Sociedades de Inversión; de la Ley del Mercado de Valores; de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito”, Diario Oficial de la Federación, 28 de junio de 2007. <www.dof.gob.mx>

¹⁹⁴ Código Penal Federal, artículo 148 bis. <www.cddhcu.gob.mx>

Centraré particularmente la atención en la fracción III de dicho artículo, donde lo que se sanciona es la conducta de “acordar o preparar” un acto terrorista.

Considero esta norma (fracción tercera del artículo 148 bis), Derecho penal del enemigo en tanto:

a) El Estado adelanta el marco de protección del bien jurídico, reprochando una conducta que se encuentra en un estadio previo, que normalmente sería parte del ámbito de libertades del sujeto pues: 1. en términos generales, el acordar es una conducta derivada de las posibilidades de asociación que todos los gobernados tienen, pero en este caso, el acuerdo se refiere a un objeto ilícito, que manifiesta por sí mismo un desapego de carácter duradero a la norma; 2. la preparación del mismo acto se encuentra referida también a un estadio previo, y la conducta aquí estipulada como consumada, pertenece únicamente al ámbito de los actos preparatorios.

b) La sanción establecida para los tres supuestos es de quince a cuarenta años de prisión y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, pese a que la primera fracción es referida a una conducta consumada, y la fracción tercera a meros actos preparatorios, con lo que aparece una ausencia de reducción de la pena con relación al bien jurídico principal. En este caso, dado que no se ha ingresado al ámbito de la tentativa, se trata de una norma de flanqueo que protege condiciones de vigencia de la norma principal, precisamente por ello, se está en el entendido de que la norma principal no ha sufrido una afectación cierta y la proporcionalidad debería atender a la norma de flanqueo.

c) Presentados los dos elementos anteriores, se da la restricción de garantías sustantivas (por la misma flexibilización hecha sobre el principio de proporcionalidad de la pena).

d) La conducta desplegada por el autor (acordar o preparar) representa por sí misma, por su contenido comunicativo, un desapego

duradero a la norma, que pone en riesgo la seguridad cognitiva del resto de gobernados.

En otras palabras: el acordar o preparar un acto terrorista impide que el resto de gobernados tenga seguridad cognitiva en que el acto terrorista no se llevara a cabo. Esto es, posiblemente un sujeto después de haber acordado o preparado un acto terrorista no lo lleve a cabo; pero dada la seriedad de la conducta esa seguridad no es suficiente para asumir que la norma principal - que señala que ni personas, ni bienes, serán atacados mediante sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas, material radioactivo, explosivos, armas de fuego, incendio (conforme a lo prescrito en la fracción primera)- sigue teniendo vigencia.

Lo anterior debido a que:

“En los crímenes terroristas, y en la propia consistencia del “grupo terrorista”, concurren los rasgos definitorios de quien amenaza de forma persistente a la “seguridad cognitiva”. El terrorismo es fundamentalmente una estrategia de comunicación simbólica.”¹⁹⁵

5.1.2 Delincuencia organizada

5.1.2.1 El reproche penal a asociaciones delictivas en términos generales

En términos generales, la pertinencia a una asociación delictuosa, es sancionada conforme al Código Penal Federal, pues se considera que el derecho de asociación no puede ser oponible en tanto tal asociación tenga un fin penalmente reprochable.

Así, en el artículo 164 del mismo Código se establece:

¹⁹⁵ ASUA BATARRITA, Adela, *“El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas”*, pp. 239-276, en CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, *Op. Cit.*, vol. 1, p. 248-249.

“Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa.

Quando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos.”¹⁹⁶

En este caso la mera conducta de pertinencia a un grupo delictivo resulta ya perturbadora, pero la finalidad se establece de modo sumamente amplio, pues el propósito de delinquir no presupone qué delito será cometido. Así, la pena ni siquiera puede relacionar su proporcionalidad con un bien principal pues éste no puede ubicarse -se encuentra en el rango de lo indefinido-. Aun así, el riesgo a la seguridad cognitiva se considera lo suficientemente gravoso para imponer una pena de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa por esa conducta.

Por lo anterior, y debido a la indeterminación de las normas principales, las condiciones de vigencia que pretenden protegerse de la inseguridad cognitiva permanecen difusas.

Pero la situación arriba señalada varía, agravándose, cuando un grupo delictivo tiene como finalidades determinadas el daño a normas sociales estructurales.

¹⁹⁶ Código Penal Federal, artículo 164. <www.cddhcu.gob.mx>

5.1.2.2 Una ley de combate: Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

En México el concepto de Delincuencia organizada, a nivel legislativo, se introdujo en el año de 1993,¹⁹⁷ con la reforma a la duración de la retención ministerial en casos de delincuencia organizada, pero es hasta noviembre de 1996 que fue publicada la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Esta ley, desde su iniciativa se planteaba literalmente como una ley de combate. Asimismo, de ésta se puede desprender la auto-exclusión que los integrantes del crimen organizado manifestaban, en tanto que se definía al crimen organizado *“como una sociedad que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno.”*¹⁹⁸

Por lo demás, la motivación principal de establecer una legislación especializada derivaba del reconocimiento de un particular estado de peligro en los siguientes términos:

*“Este esquema presenta a una delincuencia de mayor peligrosidad que la común, ya que permite el reclutamiento de individuos eficientes, entrenamiento especializado, tecnología de punta, capacidad para el “lavado de dinero”, acceso a información privilegiada, continuidad en sus acciones y capacidad de operación que rebasa en el marco existente, la capacidad de reacción de las instituciones de gobierno.”*¹⁹⁹

En atención a lo anterior, se establecieron medidas particularmente restrictivas para los miembros de la delincuencia organizada.

¹⁹⁷ Cfr. VARGAS CASILLAS, Leticia, *“Reformas en materia de delincuencia organizada y seguridad pública en los últimos cinco años”*, pp. 139-146, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio et Leticia Vargas Casillas, **Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)**, 1ª ed. IJ-UNAM, México, 2001, p.144.

¹⁹⁸ Iniciativa de *“Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”*, Cámara de Senadores, 19 de marzo de 1996, p. 2/27.

¹⁹⁹ *Ibid*, p. 3/27.

5.1.2.3 ¿Cómo se define normativamente a la delincuencia organizada?

Establecer qué se entiende por delincuencia organizada, y en qué delitos se considera que ésta opera ha sido una ardua labor en el sistema jurídico mexicano.

¿Qué se entiende por delincuencia organizada?

A partir de 1996, específicamente en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se establecía:

“Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: (...)”²⁰⁰

En la sanción establecida por “acordar organizarse” puede verse una anticipación de la punibilidad con una extrema injerencia en los estadios previos. Esta prescripción terminó siendo fácticamente derecho netamente simbólico, pues dado su propio extremismo presentaba severas complicaciones en los aspectos probatorios.

Pero en junio de 2008, con la Reforma constitucional al sistema de justicia penal, se adicionó al artículo 16 constitucional el contenido del actual párrafo octavo, en el se indica que:

“Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”²⁰¹

²⁰⁰ “Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”, Diario Oficial de la Federación, 7 de noviembre de 1996. <www.dof.gob.mx>

²⁰¹ “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008, artículo 16, párrafo octavo. <www.dof.gob.mx>

En razón de esta reforma se implementó un paquete legislativo conocido como “Miscelánea penal”, cuya finalidad consiste en ser un modelo de transición. Dentro de este paquete, se aprobaron modificaciones a diversas leyes, entre las que se encontraba la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Así, fue establecido el cambio de texto del referido artículo 2, para quedar como sigue:

“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(...)”²⁰²

En esa redacción permanecen los elementos del Derecho penal del enemigo, pero se reduce el grado de anticipación de la punibilidad con la eliminación del texto “acuerden organizarse”.

a) La anticipación de la punibilidad permanece en tanto el organizarse es materialmente un mero acto preparatorio que no genera lesión ni riesgo para el bien principal.

b) En este caso, a diferencia de la asociación delictuosa, se conoce por referencia del mismo artículo cuáles son las normas principales que se están tutelando, pero la proporcionalidad no está referida a ellas, por lo que, en sentido estricto no opera la ausencia de reducción proporcional de la pena con relación al bien jurídico principal.

c) La restricción de garantías sustantivas se da en los mismos términos que para el terrorismo: existe una flexibilización de los principios de mínima intervención y proporcionalidad de la pena.

²⁰² “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, del Código Penal Federal, de la Ley de la Policía Federal Preventiva, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de la Ley Federal de Responsabilidades administrativas de los Servidores Públicos, y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo”, Diario Oficial de la Federación, 23 de enero de 2009. <www.dof.gob.mx>

d) El riesgo prospectivo se encuentra presente en tanto ya se ha comunicado el desapego duradero a la norma, desde la conducta misma de organizarse para cometer dichos delitos.

e) En este caso, a pesar de que se conocen las normas principales, lo que se sanciona es infringir las normas de flaqueo pues con ello se eliminan las condiciones mínimas necesarias para que las condiciones de vigencia de la norma permanezcan.

Por lo demás, la regulación secundaria referente a delincuencia organizada, deberá ser nuevamente modificada en los términos del artículo 73 constitucional, fracción XXI -que otorga a la Federación la facultad exclusiva de legislar en esta materia- conforme a las condiciones de entrada en vigor que determina el artículo sexto transitorio del Decreto de reforma.

“Las legislaciones en materia de delincuencia organizada de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución. Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados por la entrada en vigor de la legislación federal. Por lo tanto, deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última.”²⁰³

¿En qué delitos se considera que opera la delincuencia organizada?

En delincuencia organizada los delitos cuya comisión se anticipa (normas principales) aparecen como un listado referencial, pero de sanción independiente, de la conducta de organizarse para cometer los mismos.

Tales delitos se consideran de alto impacto o suma gravedad. Se trata pues, de normas estructurales del sistema jurídico-penal y de bienes esenciales para el sistema social.

²⁰³ “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008. <www.dof.gob.mx>

La referencia se encuentra en las fracciones del artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada:

- I. Terrorismo, delitos contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita;*
- II. Acopio y tráfico de armas;*
- III. Tráfico de indocumentados;*
- IV. Tráfico de órganos;*
- 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; 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; 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 tienen capacidad para resistirlo; 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; asalto; secuestro; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho, y robo de vehículos; y*
- VI. Trata de personas.²⁰⁴*

Dos particularidades al respecto son:

1. Los delitos contenidos en la fracción V solamente son investigados, perseguidos, procesados, sancionados y sometidos al régimen de ejecución de penas de delincuencia organizada, en tanto la Federación haga uso de su facultad de atracción;
2. Con relación a la trata de personas, hay un vacío jurídico pues se omite señalar si el delito por sí mismo –la norma principal- será materia de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.²⁰⁵

²⁰⁴ Todos estos delitos están referidos en Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 2. <www.cddhcu.gob.mx>

Todos los delitos anteriormente referidos, se encuentran a la vez en el listado de delitos graves del Código Federal de Procedimientos Penales (art. 194), lo que constituye un indicativo previo de la gravedad del delito.

Pese a lo anterior, es de hacerse notar el aumento de normas principales de referencia, cuestión que a su vez implica la ampliación de normas excepcionales a muchos más casos de los que inicialmente fueron planteados. Al respecto, basta remitirse a la iniciativa de la Ley Federal contra Delincuencia Organizada, en la que se únicamente se contemplaban como delitos referenciales: terrorismo; narcotráfico; falsificación o alteración de moneda; lavado de dinero; acopio y tráfico de armas; tráfico de indocumentados; y secuestro.²⁰⁶

5.2 Normas procesales de Derecho penal del enemigo

En este punto delimitaré el estudio a algunas normas contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por las siguientes razones:

- a) En las normas de carácter sustantivo o material, quedó establecido que el régimen aplicable a delincuencia organizada es de carácter excepcional; y en la Constitución fueron recientemente adicionadas normas específicamente enfocadas a tal régimen;
- b) La Ley Federal contra Delincuencia Organizada, que contiene múltiples normas procesales de Derecho penal del enemigo, se encuentra en etapa de transición por la Reforma constitucional al sistema de justicia penal;
- c) Las tendencias de un sistema jurídico pueden observarse en toda la legislación que éste establece, pero es su norma máxima el reflejo mejor de las mismas.

²⁰⁵ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 3. <www.cddhcu.gob.mx>

²⁰⁶ Véase al respecto Iniciativa de “*Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*”, Cámara de Senadores, 19 de marzo de 1996, p. 17/27.

5.2.1 Normas de Derecho penal del enemigo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En junio de 2008, fue publicada la Reforma constitucional al sistema de justicia penal. Entre las finalidades que se establecieron en la iniciativa respectiva se encontraba particular referencia a la transición del sistema mixto al sistema acusatorio, así como al mayor reconocimiento de garantías del imputado y de la víctima. Pero al mismo tiempo que se percibe una corriente garantista en los términos generales de la reforma, pueden observarse normas de carácter excepcional dirigidas a determinados delitos, entre las que se encuentran primordialmente normas enfocadas a la delincuencia organizada.

Desde el primer dictamen de la iniciativa, se reconoció que el régimen de delincuencia organizada era de carácter especial y que dada tal situación, se autorizaban desde el ámbito constitucional restricciones acordes al mismo. Así fue expresado en la Cámara de diputados:

“En cuanto a delincuencia organizada, dada la complejidad que requiere dicho tema por el daño que causa a la sociedad, se propone un régimen especial desde su legislación, haciendo tal tarea facultad exclusiva del Congreso de la Unión y definiéndola a nivel constitucional como una organización de hecho de tres o más personas, para cometer en forma permanente o reiterada delitos en los términos de la ley de la materia. Para estos casos, se autoriza decretar arraigo a una persona por parte del Juez de Control y a solicitud del Ministerio Público, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, siempre y cuando sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. No podrá exceder de cuarenta días, plazo prorrogable únicamente cuando el ministerio público acredite que

*subsisten las causas que le dieron origen, y en ningún caso podrá exceder los ochenta días.*²⁰⁷

Ahora bien, una de los principales críticas respecto del Derecho penal del enemigo ha sido dirigida a la legitimidad y constitucionalidad del mismo y al respecto se hizo la aclaración de que, debido a que el Derecho penal del enemigo forma parte del Derecho penal, se debe regir por los límites que éste tiene. En el mismo sentido se expresó que las normas de este Derecho excepcional se encuentran, en tanto son Derecho, sometidas al control jurídico que el propio sistema establece, y pueden ser mantenidas si son acordes con el sistema, o eliminadas en caso contrario.

En todo caso, la calificación de constitucionalidad no se agota en valoraciones netamente formales. En la misma línea, realiza una certera aclaración CORNACCHIA:

“(…) el problema de la introducción de un régimen especial –o del Derecho penal del enemigo- no se puede resolver simplemente con la etiqueta de inconstitucional, o “antidemocrática”, en realidad, la cuestión fundamental sería la de establecer si este régimen especial está destinado sustancialmente a proteger las instituciones constitucionales y democráticas de agresiones externas o internas (y si se encuentra justificado por una situación de necesidades de la que dimana un peligro imposible de afrontar de otra manera.)”²⁰⁸

Más allá de lo *ut supra* indicado ¿qué ocurre cuando contenidos normativos cuya constitucionalidad ha sido cuestionada se ingresan en el texto de la Carta Magna?. Siendo más precisa, ¿qué sucede cuando normas de Derecho penal del enemigo se establecen como preceptos constitucionales?. La respuesta es que su

²⁰⁷ “Dictámenes de primera lectura de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Cámara de Diputados, 10 de diciembre de 2007, 28/103.

²⁰⁸ CORNACCHIA, Luigi, *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*, Cuadernos de conferencias y artículos no. 42, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2007, p.17

presunción de legitimidad y constitucionalidad se fortalece, por esa circunstancia, en el sentido formal y material.²⁰⁹

Nuestra Constitución cuenta con sistemas de control que la determinan como rígida,²¹⁰ en tanto: su modificación requiere votación especial; debe ser aprobada por el órgano legislativo ordinario (Congreso de la Unión); y ratificada por otros órganos (legislaturas estatales). Además, el Congreso cuenta con representación tanto de los gobernados –cámara de diputados- como de las entidades integrantes de la Federación –cámara de senadores-.

En tal sentido, se presume que la modificación corresponde a una decisión política fundamental expresada mediante los órganos representativos correspondientes. Pese a ello, la presunción de constitucionalidad, aunque fortalecida, no es irrevocable.

Así las cosas, la inclusión de Derecho penal del enemigo como régimen especial cuenta, a partir de la Reforma constitucional al sistema de justicia penal, con una presunción fortalecida de constitucionalidad y legitimidad.

5.2.2 Normas procesales constitucionales de Derecho penal del enemigo

En la Reforma constitucional se implementaron múltiples medidas restrictivas literalmente dirigidas a delincuencia organizada -además de la ya existente duplicidad en la retención ministerial- entre ellas:

- a) Restricciones en la investigación: Reserva de datos del acusador; valor probatorio de pruebas pre-procesales; suspensión del

²⁰⁹ Así, en JAKOBS, Günther, **Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación**, 2ª ed., Madrid, M. Pons, 1997, p. 44 *“El Derecho penal se legitima formalmente mediante a la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado”*

²¹⁰ La rigidez de una Constitución aumenta el grado de confiabilidad en sus reformas. Al respecto afirma FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y garantías. La ley más débil**, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2001, p. 19: *“Esta función de garantía del Derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por la sujeción al derecho, que es el rasgo específico del Estado constitucional de derecho, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo.”*

proceso y de la prescripción para el ejercicio de la acción penal en casos de evasión de la justicia o puesta a disposición de un juez en el extranjero;

b) Restricciones en materia de libertad personal: Arraigo; prisión preventiva oficiosa; centros especiales para prisión preventiva;

c) Restricciones en materia de ejecución de penas: centros especiales para ejecución de penas; limitaciones para cumplir la pena en centros penitenciarios más cercanos a sus domicilios; y

d) La Acción de extinción de dominio.

Previo a ingresar en nuestro tema, quisiera hacer una sucinta mención respecto de la Acción de Extinción de dominio: esta figura no forma parte del Derecho penal del enemigo puesto que, en primer término, no cuenta con los elementos característicos de éste; además, esta acción es independiente del proceso penal; de carácter real y no personal; y su fundamento se relaciona con la función social de la propiedad.²¹¹

El resto de medidas listadas (incisos a, b y c) son normas procesales de Derecho penal del enemigo en tanto:

1. Son normas procesales o penitenciarias complementarias de una norma sustantiva de Derecho penal del enemigo.

2. Establecen una restricción más severa de garantías procesales y penitenciarias que las constituidas para la generalidad.

De las medidas mencionadas anteriormente he elegido: a) la retención ministerial –previa a la Reforma de 2008- por ser el primer fundamento constitucional de un Derecho penal de excepción; b) el arraigo constitucional, en atención a las implicaciones del mismo y las discusiones previas que giran a su alrededor; y c) la reserva de datos del acusador, en tanto complemento directo de derechos de la víctima.

²¹¹ Sobre el tema de extinción de dominio véase para mayor abundamiento QUINTERO, María Eloísa, “*Extinción de dominio y Reforma constitucional*”, pp.145-159, en Iler Criminis, Revista de Ciencias Penales, No. 6, 4ª época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.

5.2.2.1 Duplicidad del plazo en la retención ministerial

En 1993,²¹² fue establecida en la Constitución la duplicidad de la retención ministerial. El párrafo se mantiene en los mismos términos hasta la fecha:

“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”²¹³

La mencionada duplicidad se encuentra establecida en términos potestativos, lo que implica la posibilidad de que el Ministerio Público no la solicite, pero sobre todo: la obligación del mismo de justificar su solicitud.

Resulta sumamente clara la particular restricción que la duplicidad de la retención ministerial representa, así como su conexión con la norma material de delincuencia organizada, por lo que califica como una norma procesal de Derecho penal del enemigo.

5.2.2.2 Arraigo

El arraigo era una medida cautelar preexistente a la Reforma constitucional del sistema de justicia penal, contemplada tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales como en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

En el caso del Código Federal de Procedimientos Penales, se trataba de una grave restricción a la libertad personal no únicamente dirigida a casos taxativamente enumerados, sino sometidas a la discrecionalidad del juez bajo una

²¹² “Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 3 de septiembre de 1993. <www.dof.gob.mx>

²¹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16, párrafo noveno. <www.cddhcu.gob.mx>

sola premisa: el riesgo fundado de que el imputado se evadiera de la acción de la justicia.²¹⁴

A raíz de la aplicación de esas disposiciones surgieron criterios contrarios entre tribunales del Poder Judicial de la Federación acerca de la constitucionalidad del arraigo:

a) La orden de arraigo no afecta la libertad personal sino únicamente la de tránsito.²¹⁵

b) La orden de arraigo afecta la libertad personal y la de tránsito.²¹⁶

En contradicción de tesis, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció como jurisprudencia que la orden de arraigo afectaba la libertad personal y era susceptible de suspensión.²¹⁷

Pero, a pesar de la resolución del máximo tribunal, el arraigo fue incluido con la Reforma constitucional de 2008, en los siguientes términos:

“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

²¹⁴ “Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; del Código Federal de Procedimientos Penales, y de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 8 de febrero de 1999. <www.dof.gob.mx>

²¹⁵ Tesis aislada, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Registro No. 194808: **“Arraigo, orden de. No afecta la libertad personal.”**

²¹⁶ Tesis aislada, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Registro No. 194738: **“Arraigo, orden de. Afecta la libertad personal y de tránsito.”**

²¹⁷ Tesis jurisprudencial 78/99, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, **“Arraigo domiciliario, orden de. Afecta la libertad personal”** <www.scjn.gob.mx>

*causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.*²¹⁸

La principal ventaja que representa este precepto es que se limitan los casos de aplicación a casos de delincuencia organizada –normas excepcionales en casos excepcionales- pero presenta otros cuestionamientos: ¿es efectivamente proporcional el arraigo en los términos en que fue planteado? ¿resulta razonable someter a un sujeto a una restricción que afecta su libertad personal hasta ochenta días sin tener elementos que acrediten “*el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*”²¹⁹

Antes mencioné que las normas de Derecho penal del enemigo -al igual que las otras normas- establecidas en la Constitución contaban con una presunción fortalecida de constitucionalidad y legitimidad, pero que dicha presunción no era invencible. En el caso del arraigo, esta presunción resulta controvertible por varias razones:

- a) La presumible divergencia de opinión entre los poderes de la Unión: el Poder Judicial de la Federación había interpretado que esta figura era violatoria de la garantía de libertad personal, y en respuesta el Poder legislativo-*constituyente permanente* optó por implementar el texto a nivel constitucional. Esto es, si inicialmente el Poder Judicial Federal hubiera considerado la legitimidad del arraigo, pese a no estar expresamente reconocido en la Constitución, la hubiera declarado constitucional mediante sus resoluciones –vg. el cateo en flagrancia es una restricción no establecida textualmente en la Constitución, ni en la regulación secundaria, pero declarada como respetuosa de garantías individuales-.²²⁰

²¹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16, párrafo séptimo. <www.cddhcu.gob.mx>

²¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 19, párrafo primero. <www.cddhcu.gob.mx>

²²⁰ Tesis jurisprudencial 21/2007, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, “***Intromisión de la autoridad en un domicilio sin orden judicial. Eficacia de las actuaciones realizadas y de las pruebas obtenidas, cuando es motivada por la comisión de un delito en flagrancia.***” <www.scjn.gob.mx>

- b) Si bien es cierto el arraigo es establecido mediante orden judicial, la restricción opera en un caso en el cual ni siquiera se cuenta con elementos mínimos necesarios para acreditar una vinculación a proceso. La otra restricción de la libertad personal establecida sin haber acreditado un auto de vinculación a proceso es la retención ministerial que opera en un término de horas.
- c) El fundamento convencional para el arraigo es endeble. Así, en la Convención de Palermo (sobre delincuencia organizada transnacional) se establece específicamente la implementación de “medidas adecuadas” para detener a un sujeto solicitado en extradición si: lo solicita el Estado parte requirente, las circunstancias lo justifican, es una situación de carácter urgente, y así se garantiza la comparecencia del sujeto en el procedimiento de extradición,²²¹ pero no se establece una figura precisa que dé fundamento al arraigo en casos de delincuencia organizada. En todo caso, habría que remitirse a las reglas de aplicación de la Convención interpretando el artículo 34.3 “Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.”²²²

En todo caso, el arraigo se mantendrá como una figura aplicable en los términos que fue establecido en la Constitución, pero ello no obsta para que pueda impugnarse la proporcionalidad de la medida con relación a su motivación y fundamentación.

Hasta este punto, se podría calificar el arraigo de norma procesal de Derecho penal del enemigo, el cual debe ser aplicado sólo de manera excepcional. Pero, aparece un conflicto sumamente grave cuando la figura pierde su carácter de excepcionalidad y va más allá de las prescripciones constitucionales.

²²¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de noviembre de 2000, artículo 16.9.

²²² *Idem.*

Así, en un artículo transitorio de la Reforma constitucional, se amplió la utilización del arraigo en los siguientes términos:

“(...) En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días(...)”²²³

Este artículo transitorio presenta los siguientes puntos en contra:

- a) En una norma netamente transitoria se restringe el Derecho a la libertad personal más allá de lo expresado en el texto constitucional *“principal”*;
- b) Esta restricción se plantea para casos que distan de la excepcionalidad en tanto aplica para todos los delitos graves;
- c) Con un texto transitorio se nulifica la decisión del Máximo tribunal respecto de la inconstitucionalidad del arraigo *“general”* -establecido en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales-, con una medida que tampoco coincide con el artículo 16 párrafo séptimo; y que, además, no cuenta con ningún fundamento convencional.

Resulta extremadamente dañino que un artículo transitorio establezca una restricción que podrá aplicarse durante ocho años –tiempo máximo para la implementación del sistema acusatorio-. Su consecuencia lógica se observa en el hecho de que en la legislación secundaria de transición, se estableció el arraigo en el Código Federal de Procedimientos Penales en términos que, por una parte, se apegan al transitorio, y por otra, pretenden dar una apariencia de legitimidad con una adaptación superflua de la decisión plasmada en el texto constitucional.

“Artículo 133 Bis. La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito

²²³“Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008, artículo transitorio décimo primero. <www.dof.gob.mx>

de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días.

El afectado podrá solicitar que el arraigo quede sin efecto, cuando considere que las causas que le dieron origen han desaparecido. En este supuesto, la autoridad judicial escuchará al Ministerio Público y al afectado, y resolverá si debe o no mantenerse.²²⁴

Aceptado el hecho de que el arraigo se asumió como una norma de un régimen especial, y que en el nivel teórico es una norma procesal de Derecho penal del enemigo, sus restricciones y controles debieran ser sumamente puntuales. En caso contrario, opera lo que vemos en la legislación secundaria de transición: una norma procesal de Derecho penal del enemigo aplicada en rangos sumamente amplios. Dicho de otra manera: el arraigo establecido en el art. 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales es Derecho penal del enemigo aplicado para ciudadanos; es ilegítimo e inconstitucional y carece de fundamento teórico.

JAKOBS ya había realizado una afirmación por demás aplicable en este caso: *“Un Derecho penal del enemigo delimitado es menos peligroso, desde la*

²²⁴ “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, del Código Penal Federal, de la Ley de la Policía Federal Preventiva, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de la Ley Federal de Responsabilidades administrativas de los Servidores Públicos, y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo”, Diario Oficial de la Federación, 23 de enero de 2009. <www.dof.gob.mx>

*perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo.*²²⁵

Restricciones, como el arraigo, implementadas más allá de lo excepcional y proporcional son sumamente peligrosas para el Estado de Derecho. La eliminación de éstas resulta necesario para el mantenimiento de la estructura social.

5.2.2.3 Reserva de datos del acusador

Como restricción procesal se establece la reserva de nombre y datos del acusador en casos de delincuencia organizada cuando la autoridad judicial lo autorice. Ésta no opera para la generalidad de los procesados y complementa una norma sustantiva de Derecho penal del enemigo, razón por la cual es parte de ese Derecho de excepción.

La reserva de datos del acusador ejemplifica de manera notoria la legitimidad que puede existir en una norma de Derecho penal del enemigo, pues al mismo tiempo que existe una restricción a las garantías del imputado, se da también una mayor protección a las garantías de las víctimas y de los ofendidos.

En el apartado B del artículo 20 constitucional, se establece así:

*“De los derechos de toda persona imputada (...) III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.(...)”*²²⁶

Y en complemento, en el apartado C del mismo artículo se determina:

²²⁵ JAKOBS, Günther et Manuel Cancio Meliá, *Op. Cit.*, p.56.

²²⁶ “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008. <www.dof.gob.mx>

“De los derechos de la víctima V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación.”²²⁷

Esta restricción no es del todo novedosa, pues en el texto constitucional previo a la Reforma arriba citada, se exceptuaba la obligación de careo para víctimas menores de edad en casos de violación o secuestro.²²⁸ Con tal medida también se buscaba el reconocimiento de los derechos de la víctima o del ofendido y el equilibrio procesal.²²⁹

Así pues, en la Reforma de 2008, con la reserva de datos del acusador, se limita el marco de garantías procesales del imputado en el rango de lo necesario para la protección de víctimas, ofendidos, testigos y otros sujetos que intervienen en el proceso.

5.3 ¿La reinclusión del enemigo como ciudadano?

Cuando fueron analizadas las características del enemigo, se vio que una de ellas era la temporalidad del *status* de enemigo. Esta temporalidad se basaba por una parte, en que si el enemigo se auto-excluye, puede volver a incluirse

²²⁷ *Idem.*

²²⁸ “Decreto por el que se declaran reformadas, adicionadas y derogadas diversas disposiciones del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 21 de septiembre de 2000, artículo 20, apartado B, fracción V. <www.dof.gob.mx>

²²⁹ Cfr. en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Consideraciones sobre la reforma procesal penal en los últimos años”, pp. 57-67, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio et Leticia Vargas Casillas, *Op. Cit.*, p. 64: “Indudablemente, la reforma de 2000 se inscribe en una corriente benéfica que pretende generar equilibrio procesal –así como consecuencias de otro carácter- entre el inculpado, la sociedad y la víctima.”

voluntariamente; y además en que la defraudación duradera de apego a la norma no era necesariamente permanente.

Por otra parte, ya que las sanciones impuestas en nuestro sistema jurídico por los delitos relacionados con Derecho penal del enemigo son sumamente altas –las penas de Derecho penal del ciudadano también-; y además se establecen las restricciones de ciertas garantías penitenciarias, resulta fácticamente improbable la reinclusión de un enemigo a su *status* previo.

Pero, a mi parecer, los beneficios que pueden otorgarse a quien preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de los delitos en materia de delincuencia organizada, puede permitir la reinclusión de los enemigos.

Con la multicitada Reforma constitucional, se incluyó en el artículo 20 apartado B la fracción siguiente:

“III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada.”²³⁰

Esta fracción se encuentra condicionada a lo establecido por los transitorios de la Reforma constitucional –la entrada en vigor de los artículos relativos al sistema penal acusatorio puede establecerse conforme a la regulación secundaria dentro de los ocho años siguientes a la publicación del decreto-.

²³⁰ “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008. <www.dof.gob.mx>

El planteamiento es que pueden otorgarse beneficios a cualquier inculpado, procesado o sentenciado que presten la referida ayuda contra la delincuencia organizada, por lo que estos beneficios operan tanto para ciudadanos como para enemigos.

Ahora bien, si un enemigo, que ya ha manifestado su total desapego a la norma, decide cooperar con la investigación y persecución de delitos relativos al Derecho penal del enemigo, ¿está incluyéndose nuevamente como ciudadano?. Mi postura es que así es, pues su conducta permite reafirmar –en cierto rango- la seguridad cognitiva que él mismo afectó.

Además, cuando éste decide cooperar en la investigación de los delitos mencionados, comunica el reconocimiento de la vigencia de esas normas.

5.4 Conclusiones parciales

1. En nuestro sistema jurídico existen normas de Derecho penal del enemigo tanto materiales –vg. Terrorismo internacional y delincuencia organizada-; como procesales –vg. arraigo y duplicidad del término de retención ministerial-; y penitenciarias –vg. centros especiales de ejecución de penas- que contienen por sí mismas, o complementando normas sustantivas, todos los elementos del mismo.
2. En México, a partir de 1993, se reconoce desde el ámbito constitucional la existencia de un régimen especial, con la inclusión de la duplicidad del término de retención ministerial para casos de delincuencia organizada.
3. Con la inclusión en el texto constitucional de normas de Derecho penal del enemigo se fortalece la presunción de legitimidad y constitucionalidad de éste.
4. El régimen excepcional de delincuencia organizada constituye Derecho penal del enemigo. Este régimen ha ido ampliando peligrosamente su rango de aplicación.

5. Pese a que existen normas de Derecho penal del enemigo legítimas y constitucionales, también existen normas de éste tipo cuya aplicación violenta principios de Derecho penal.
6. El arraigo –como norma de Derecho penal del enemigo- es una figura cuya legitimidad y constitucionalidad resulta controvertible en atención a la desproporcionalidad de la medida restrictiva; la presumible contradicción de criterios entre los poderes de la Unión; y la endeble fundamentación convencional.
7. Más allá de la figura de arraigo en casos de delincuencia organizada, aparece el arraigo como una figura generalizada, aplicable para todos los delitos considerados graves. Ésta otra aplicación del arraigo no tiene fundamentación constitucional ni convencional suficiente. Por lo que se propone la derogación del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos penales, y de los artículos correspondientes en los códigos procedimentales de las entidades federativas.
8. La reserva de datos del acusador, es un ejemplo de norma procesal de Derecho penal del enemigo legítima, en tanto ésta tiene como finalidad el reconocimiento de derechos de la víctima, y a la vez exige para su aplicación la salvaguarda de derechos del imputado.
9. Existe la posibilidad de que el enemigo recupere su *status* de ciudadano. En nuestro sistema, una norma que lo demuestra es el artículo 20 constitucional, apartado b, fracción III, la cual establece beneficios para los inculcados, procesados o sentenciados que presten ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada.

CONCLUSIONES

Se presentan a continuación las conclusiones finales de la presente tesis:

1. El concepto de enemigo ha sido previamente planteado por varios autores, aunque su mención literal dentro de la dogmática penal fue recientemente incorporada.

En filósofos como ROUSSEAU, HOBBS, SCHMITT, KANT y FICHTE, el enemigo ha sido considerado como tal por atacar contra los cimientos de la sociedad –llámese contrato social, pacto social, etc.-. Bajo tal argumento, es merecedor de un trato excepcional.

Otro de los puntos coincidentes en estos filósofos es que el enemigo no se describe por sus características sino por su conducta frente a la sociedad.

En todo caso, el análisis presentado por JAKOBS con relación al Derecho penal del enemigo, fue de carácter predominantemente científico-descriptivo. Las normas analizadas preexistían en un sistema jurídico-penal y constituían Derecho positivo. En el caso del ordenamiento mexicano, esta situación está dada: el Derecho penal del enemigo efectivamente existe en nuestro sistema de justicia penal.

2. El Derecho penal del enemigo es parte del Derecho penal, y en tal sentido, se debe limitar conforme a los principios de éste en términos generales. Ello supone que toda conducta fuera de los parámetros de respeto mínimo a tales principios no puede ser considerado ni Derecho penal, ni –por lo mismo- Derecho penal del enemigo.

Las normas de Derecho penal del enemigo están sometidas al control jurídico al igual que el resto de normas jurídico-penales, esto es, son susceptibles de examen dentro del mismo sistema normativo. Dado lo anterior, resulta posible su impugnación, y el análisis de constitucionalidad correspondiente.

Así pues, existen algunos actos denominados como Derecho penal del enemigo, que no lo son. Estos actos no forman parte del Derecho penal, y pueden representar un abuso de las facultades estatales, con lo que, en principio, ni siquiera son Derecho (vg. tortura, detención arbitraria, incomunicación), o en el caso de ser formalmente restricciones legales, desvirtúan la naturaleza de la figura original al grado tal de deslegitimarla (vg. uso de la expropiación como medida de prevención del crimen).

3. La naturaleza del Derecho penal del enemigo es de carácter excepcional, lo que supone que sólo puede ser implementado cuando la estructura normativa de la sociedad es gravemente amenazada por determinadas conductas y se requiere un sustento extraordinario para mantener la seguridad cognitiva del resto de integrantes de la sociedad en la vigencia de la norma. Lo anterior debido a que una norma que carece de apoyo contra-fáctico, no aporta cimiento alguno para la realidad social. Esto implica una necesaria coherencia entre lo que prescribe la norma y la expectativa que sobre el valor de tal prescripción mantiene la sociedad. Si dicha expectativa desaparece, el valor de la norma resulta únicamente nominal. Si se busca mantener la expectativa, la norma debe demostrar eficacia, con lo que mantiene su vigencia.

4. En el trabajo de JAKOBS, mientras que en el Derecho penal del ciudadano se impone una pena como confirmadora de la vigencia de la norma, en el Derecho penal del enemigo se impone una medida de aseguramiento contra hechos futuros.

Difiero de tal afirmación ya que, en primer lugar, la pena impuesta al enemigo sigue siéndolo en el sentido formal. Esto es, la pena está establecida para un tipo penal específico, tiene las características de ésta, preexiste a la conducta –al igual que lo hace el tipo penal-, se rige por reglas de proporcionalidad, es establecida mediante un proceso legislativo, etc.

Por otra parte, en el sentido material, sigue siendo una pena en tanto protege la vigencia de la norma, ya sean normas principales o normas de

flanqueo. Incluso si se hablara de la pena como protección de bienes jurídicos, seguiría protegiendo éstos, ya fueran principales o anticipados.

Aunado a ello, la sanción impuesta en el Derecho penal del enemigo no se trata solamente de protección ante hechos futuros, puesto que la legitimación para establecer el tipo penal deriva de que la comunicación del autor por si misma ya resulta lesiva.

5. En la postura de JAKOBS el enemigo se define por contraposición a la persona y al ciudadano por igual. Esto se debe a que en su discurso, se da una igualdad entre alguien que es plenamente persona y el ciudadano –como aquel que presta una garantía mínima de apego a la norma-.

Lo anterior bajo la siguiente argumentación: la restricción de derechos u obligaciones reduce la personalidad del sujeto en el ámbito del Derecho penal. Por lo que el enemigo es depersonalizado –ya no es plenamente persona-, y se considera que su comunicación es irrelevante.

No comparto tal afirmación pues implica una serie de complicaciones teóricas que podrían eliminarse si la contraposición con que se define al enemigo partiera del concepto de ciudadano únicamente y no del concepto de persona.

De hecho, es también por considerar al enemigo como una no-persona que la pena se supone como medida de aseguramiento: si el enemigo no comunica no se le puede imponer una pena que reafirme la norma y señale que esa comunicación es irrelevante.

Amplío este punto:

a) En inicio, el enemigo debe tener estatus de ciudadano para poder convertirse en enemigo, ya que su auto-exclusión es voluntaria. Por otra parte, sólo está obligado al cumplimiento de una norma quien jurídicamente se halla vinculado a la misma. Si el enemigo no comunica, no forma parte de las personas en Derecho penal, lo que implicaría que su

conducta no tendría que ser procesada bajo este régimen. Así que, en origen –para vincularse a la norma jurídico-penal- el enemigo es ciudadano –persona plena-.

b) Al aplicarse un régimen especial al enemigo, éste es efectivamente depersonalizado, pero no llega a ser una no-persona en ningún momento, ni ingresa en el ámbito de sujeto o inimputable. Mantiene su facultad de comunicación, aunque sus garantías respecto de la generalidad de los ciudadanos son reducidas.

c) Se le debe mantener en el rango de persona apta de emitir comunicación por una situación más: la reinclusión voluntaria. Si la auto-exclusión es voluntaria y comunica un desapego duradero a la norma, para que el enemigo pueda comunicar nuevamente su apego, debe mantener su facultad comunicativa. Caso contrario, la temporalidad de su *status* no existiría: la exclusión del enemigo sería permanente.

Por tales razones planteo lo siguiente: al enemigo se le define por contraposición con el ciudadano, y sólo podría ser comparado contra el concepto “*persona-plena*”. Asumir que pierde sus facultades comunicativas eliminaría la competencia del Derecho penal sobre su conducta.

6. Al enemigo se le reducen una serie de garantías que el ciudadano tiene. En tal sentido, pierde su estatus de “*persona-plena*”, esto es, es depersonalizado, pero no despersonalizado.

Por ello, se considera que la reducción que se hace de la personalidad es parcial, temporal y puede darse únicamente tratándose de una falta de garantía mínima de fidelidad al Derecho -que el sujeto asume voluntariamente-.

La existencia de garantías procesales presupone el reconocimiento de la personalidad, y dado que este tratamiento es excepcional, pero sigue basándose en el sistema jurídico, no podría hablarse de un Derecho penal del enemigo que despersonalice completamente.

Un enemigo no pierde la totalidad de sus atributos como persona: sus derechos en otras ramas jurídicas no son eliminadas, ni puede perder todas sus garantías en materia penal. Ello es coincidente con el hecho de que el Derecho penal del enemigo es parte del Derecho penal y del Derecho en general.

Conforme a lo que expuse en el punto anterior, la depersonalización no se basa en el aspecto comunicativo, sino en la reducción de garantías.

7. El enemigo no se constituye como tal por el sólo hecho de violentar una norma jurídico-penal, sino por atentar contra normas fundamentales de la estructura social, pues su conducta afecta la seguridad cognitiva del resto de integrantes de la sociedad en la vigencia de éstas.

En otras palabras: el enemigo elimina la seguridad cognitiva del resto de la sociedad sobre el ejercicio de sus derechos. Así por ejemplo, si un grupo se reúne para planear un atentado terrorista, por eso sólo hecho afecta gravemente la seguridad del resto de la sociedad. Pues ésta no cuenta con un marco mínimo de garantía de que las normas que protegen su vida, libertad personal, etc., serán efectivamente respetadas.

Además, agrego, existen afectaciones tan graves a la vigencia de la norma, que la pena no podría reafirmarla en su totalidad si el Derecho penal interviniera hasta el estadio de la consumación.

La expectativa social se establece sobre la confianza de que cada persona actuará dentro de lo que corresponde a su rol en apego al Derecho. Cada defraudación a la norma pone en tela de juicio la vigencia de la misma. En la mayor parte de los casos, la pena podrá solventar esta defraudación mediante la imposición de una pena con lo que comunicará que la norma funciona. Pero existen supuestos en los cuales los quebrantadores de la norma no cumplen con una garantía mínima de fidelidad al derecho sino que rechazan el sistema jurídico y la aceptación de un rol. Un delincuente común puede quebrantar la norma pero ello no implica que no la acepte. Por otro lado, quien no ofrece garantía mínima

sobre su fidelidad al derecho, se contraponen directamente a la estructura social y amenaza la existencia de ésta pues niega la vigencia normativa que la rige.

La determinación de los sujetos que no ofrecen la garantía mínima mencionada se realiza dentro de una sociedad del mismo modo que con el resto de conceptos normativos: es resultado de un consenso. Se establecen cuáles son los hechos socialmente intolerables y se considera a los sujetos que los realizan como factores de riesgo, entendiéndose por hechos intolerables no sólo las conductas que lesionan o ponen en riesgo un derecho sino incluso aquellas que a la misma sociedad le parecen encaminadas a ello, cuando la afectación que puedan llegar a causar significa una desestabilización grave para el sistema social.

En estos casos, el ciudadano se convierte en enemigo cuando renuncia voluntariamente a asumir su rol como tal –con los derechos y obligaciones que tal situación le impone–.

8. Tal como el resto de la teoría funcionalista, el análisis del Derecho penal del enemigo es esencialmente abstracto: no prejuzga el contenido valorativo que cada sociedad establecerá para su definición concreta. Pero en todo caso, el subsistema obtendrá sus características de las que son propias del sistema social.

Esto significa: la descripción hecha por JAKOBS no define concretamente en qué casos específicos se trata de un enemigo. Cada sociedad establece el contenido normativo del concepto.

Así, al igual que una sociedad determina, mediante su sistema jurídico lo que considera imputable, sentenciado, inimputable, etc; puede establecer las normas que considera fundamentales en su estructura y derivado de ello, el trato concreto que dará a quienes las vulneren.

9. Los elementos básicos de las normas pertenecientes al Derecho penal del enemigo son tres –conforme a la postura mayoritaria-: anticipación de la

punibilidad; ausencia de una reducción proporcional con relación a la anticipación de la punibilidad; y flexibilización o restricción de garantías.

Parte del debate radica en si son indispensables estos tres elementos para considerar una norma como de Derecho penal del enemigo o netamente indicativos. Desde mi perspectiva, ya que existen normas que actualizan todos estos elementos, éstas constituyen indudablemente Derecho penal del enemigo. Aquellas normas que sólo poseen algunos de los elementos únicamente tienen tendencias de Derecho penal del enemigo.

Normas de carácter sustantivo pueden por si solas actualizar la totalidad de los elementos de Derecho penal del enemigo, y ser complementadas con normas procesales-penales y/o penitenciarias directamente relacionadas con ellas.

Por otra parte, si existen normas procesales-penales y/o penitenciarias particularmente restrictivas de garantías pero sin una relación directa con una norma sustantiva o material de Derecho penal del enemigo, éstas no constituyen parte del mismo, por lo que no parten del mismo fundamento teórico.

10. La anticipación de la punibilidad no es por si misma ilegítima, pese a su injerencia en esferas de libertad generalmente reconocidas. Pero en razón de esto último, su aplicación, ya sea independiente o como elemento de Derecho penal del enemigo, debe ser excepcional.

a) La mencionada anticipación puede ser establecida mediante normas de flanqueo. Dichas normas se refieren a bienes jurídicos anticipados –situados delante o en los flancos de bienes jurídicos principales- y deben garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales.

Las normas de flanqueo no sólo se dirigen a los posibles autores, sino también a los posibles afectados, y permiten asegurar las condiciones de vigencia mínimas para el mantenimiento de la seguridad cognitiva.

b) La sanción establecida por infringir una norma de flaqueo no está dirigida primordialmente al aseguramiento prospectivo, ya que su base legítima radica en que la conducta del autor es por si misma perturbadora.

c) La legitimidad de una norma de flaqueo depende de que: 1. se acepten como legítimos los bienes jurídicos anticipados o de flaqueo; y 2. la pena que se establezca respete el principio de proporcionalidad.

11. Nuestro sistema penal reconoce de manera literal la proporcionalidad de las penas como una garantía constitucional. Ya que el principio de proporcionalidad de la pena toma en cuenta la jerarquía de los bienes jurídicos, ésta debe ser armónica con el resto del sistema. Por lo tanto, ninguna de las penas puede legítimamente exceder el límite máximo que nuestro sistema jurídico penal establece. Asimismo, cualquier sanción que fácticamente resulta de improbable ejecución genera un cuestionamiento sobre la proporcionalidad del resto de penas.

Pero, como elemento del Derecho penal del enemigo, la ausencia de reducción proporcional de la pena se establece con relación a la anticipación de la punibilidad, por lo que habría que derivar los siguientes supuestos:

a) En la conducta que materialmente es del ámbito de la tentativa, pero se halla tipificada como delito consumado, la norma principal es conocida y debe ser utilizada como referencia del juicio de proporcionalidad. En este caso, la ausencia de reducción proporcional de la pena es inconstitucional.

b) Cuando el Estado reprocha conductas dadas en estadios previos que normalmente se encuentran en el ámbito de libertades del sujeto, puede existir efectivamente una ausencia de proporcionalidad con relación a la norma principal o al bien jurídico principal, por lo siguiente:

* Si la proporcionalidad se plantea con relación a una norma principal, partiendo desde una norma de flaqueo, el bien jurídico principal no siempre está

determinado. Por ejemplo, en la asociación delictuosa, no se determina la norma principal (el delito que tal asociación ha de cometer).

* Ya que lo se está afectando directamente es una norma de flaqueo, ésta debería ser el referente para establecer el juicio de proporcionalidad, ya que en estos casos, no se sanciona la lesión al bien principal, sino la afectación a la norma de flaqueo, por una conducta que resulta, por sí misma, perturbadora.

12. Las restricciones de garantías pueden ser legítimas y su finalidad debe ser mantener un equilibrio en la ponderación de valores que se contraponen. Cualquier restricción de garantías está sometida al principio de proporcionalidad (*l.s.*). El mismo está integrado por tres subprincipios o juicios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad (*s.s.*).

Como elemento del Derecho penal del enemigo, la restricción de garantías (sustantivas, procesales y penitenciarias) que se hace es parcial y también está sometida al principio de proporcionalidad (*l.s.*). Asimismo, debe tomarse en cuenta que existen determinadas garantías que no se pueden eliminar –en nuestro sistema jurídico-penal, por ejemplo, el derecho a la vida se constituye como una garantía absoluta-.

Las normas de Derecho penal del enemigo que implican restricción o flexibilización de garantías, también se encuentran sometidas a los medios de control que el mismo sistema establezca tanto para su creación como para su mantenimiento.

Por lo demás, si existen garantías especialmente restringidas o flexibilizadas en un sistema jurídico-penal, éstas deberían, por su excepcionalidad, ser claramente distinguibles de las de Derecho penal del ciudadano. Caso contrario, puede presumirse que una norma de –o con tendencias de- Derecho penal del enemigo es aplicada como regla general.

13. En nuestro sistema jurídico existen normas de Derecho penal del enemigo. Estas se encuentran tanto en el ámbito sustantivo –vg. Terrorismo internacional y delincuencia organizada-; procesal –vg. arraigo y duplicidad del término de retención ministerial-; y penitenciario –vg. centros especiales de ejecución de penas- que contienen por sí mismas, o complementando normas sustantivas, todos los elementos del mismo.

De hecho, se reconoció desde el ámbito constitucional la existencia de un régimen especial, con la inclusión de la duplicidad del término de retención ministerial para casos de delincuencia organizada, en 1993 -el régimen especificado para ésta constituye Derecho penal del enemigo-. Y la inclusión en el texto constitucional de normas de Derecho penal del enemigo fortalece la presunción de legitimidad y constitucionalidad de éste.

14. Existen normas de Derecho penal del enemigo legítimas y constitucionales. A la vez, también existen normas del mismo tipo de Derecho cuya aplicación violenta principios de Derecho penal.

Un ejemplo de norma de Derecho penal del enemigo legítima es la reserva de datos del acusador. Esta norma restrictiva atiende a los derechos de la víctima, ofendido, testigos, etc.. Dicho punto se prueba con la doble fundamentación constitucional de esta medida: por una parte, aparece como restricción a las garantías del imputado, por otra, como garantía reconocida en el apartado de víctima y ofendido (artículo 20 constitucional).

Por otra parte, la legitimidad y constitucionalidad del arraigo establecido para los casos de delincuencia organizada resulta controvertible en atención a la desproporcionalidad de la medida restrictiva; la presumible contradicción de criterios entre los poderes de la Unión; y la endeble fundamentación convencional.

Pero más allá de eso, nuestro sistema jurídico también contempla el arraigo para todos los delitos considerados graves. Esta aplicación carece de fundamento constitucional y convencional suficiente. La aplicación de esta figura implica que

se está ampliando el régimen excepcional de Derecho penal del enemigo al rango del Derecho penal del ciudadano.

15. La temporalidad del estatus de enemigo deviene de su posibilidad de reinclusión como ciudadano. En nuestra Constitución, el artículo 20 constitucional, apartado b, fracción III, que establece beneficios para los inculpados, procesados o sentenciados que presten ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada, abre la posibilidad de que el enemigo comunique una garantía mínima de apego a la norma, pese a su conducta previa.

PROPUESTA

El Derecho penal del enemigo es un Derecho de carácter excepcional, sometido a reglas de proporcionalidad. Por tanto, no puede ser legitimado si opera de modo general, pues ello supondría que el Estado trata a sus ciudadanos como enemigos.

Esto significa que también resulta necesario someter a controles de proporcionalidad al Derecho penal del ciudadano para obtener una referencia razonable de los rangos en que puede establecerse el Derecho penal del enemigo. Esto es, si las normas jurídicas dirigidas a ciudadanos son altamente restrictivas, aquéllas dirigidas a los enemigos sólo lo son en un sentido nominal, pues fácticamente pueden coincidir con el ámbito de *“normalidad”*.

Por otra parte, se asume que ninguna norma jurídica, ya sea dirigida al ciudadano o al enemigo, debe atentar contra las bases mínimas propias del Derecho. Pues lo cierto es que los preceptos normativos dirigidos al enemigo son parte del sistema jurídico-penal. Asumir su existencia, entender su naturaleza, función, características y elementos nos lleva a una conclusión lógica: como parte de este sistema, tales preceptos pueden y deben ser sometidos a medios de control no sólo constitucional sino también convencional.

Además, la aplicación de este Derecho debe ser limitada a la menor cantidad de casos posibles. Asimismo, debido a que representa restricciones mayores que las normas de Derecho penal del ciudadano, debe ser sometido a un control más estricto.

En todo caso, hasta aquí he analizado que las normas de Derecho penal del enemigo pueden ser de carácter legítimo, y que tienen dicha presunción, entre otras cosas, debido a que su creación es dada mediante un proceso legislativo. También se estableció que la inclusión de este tipo de normas a nivel constitucional fortalece dicha presunción. Pero al mismo tiempo, se analizó que la presunción de legitimidad de una norma no es invencible.

Atenta a ello, retomaré una de las figuras analizadas en el capítulo V: el arraigo.

El arraigo es una medida cautelar que restringe la libertad personal. Su existencia en nuestra normatividad es previa a la Reforma constitucional al sistema de justicia penal, pues ya se contemplaba tanto en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada como en el Código Federal de Procedimientos Penales.

Esta norma es particularmente restrictiva, ya que procede como medida cautelar de manera previa a que se tengan los elementos mínimos para dictar un auto de formal prisión –auto de vinculación a proceso en el nuevo sistema-.

Durante el tiempo en que esta medida fue aplicada, antes de la mencionada Reforma constitucional, se dio una contradicción de criterios entre Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación. Cuando la Primera Sala, del Máximo Tribunal en nuestro país, resolvió dicha contradicción estableció que la orden de arraigo afectaba la libertad personal y era por tanto, susceptible de suspensión.

Pese a la anterior resolución, en la Reforma constitucional de 2008, se adicionó al párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, la facultad de la autoridad judicial de decretar el arraigo para casos de Delincuencia organizada cuando sea necesario: 1. para el éxito de la investigación; 2. la protección de personas o bienes jurídicos; ó 3. cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

La duración del arraigo puede ser dictada hasta por 40 días y prorrogable hasta un total de 80 días.

El precepto que autoriza el arraigo para casos de delincuencia organizada, es una norma procesal de Derecho penal del enemigo. La principal ventaja que

ofrece su inclusión en el texto constitucional es la limitación de su aplicación sobre conductas altamente perturbadoras.

Pero al mismo tiempo, la duración máxima de 40 días prorrogable hasta un total de 80 días, no resulta necesariamente proporcional, ya que como lo mencioné no se cuenta con los datos mínimos para vincular a proceso al sujeto. Y en comparación con la duplicidad de la retención ministerial –otra medida cautelar restrictiva de la libertad personal que no requiere la acreditación de los elementos de vinculación a proceso- es excesiva, a pesar de ser dictada por la autoridad judicial.

Asimismo, los términos en que el arraigo fue autorizado para casos de delincuencia organizada, resulta controvertible por la presumible divergencia de criterios entre el Poder Judicial de la Federación y el Poder Legislativo-*Constituyente permanente*; así como por el endeble fundamento convencional del arraigo –la Convención de Palermo indica que los Estados partes pueden adoptar medidas más estrictas para prevenir y combatir la Delincuencia Organizada Transnacional-.

Pese a lo anterior, el arraigo en casos de Delincuencia Organizada, aunque controvertible, puede ser entendido siempre que sea limitado mediante el juicio de proporcionalidad de las medidas restrictivas, y posible de impugnar con relación a la fundamentación y motivación que del mismo se dé para los casos concretos.

Pero el problema fundamental va más allá de su aplicación para el régimen especial al que se somete a la delincuencia organizada. Previamente indiqué que el arraigo es una norma procesal de Derecho penal del enemigo en tanto es particularmente restrictivo y complementario de una norma sustantiva de ese tipo de Derecho, por lo tanto, su aplicación debe ser de carácter excepcional, limitada a los casos en que hay afectación a normas fundamentales de la estructura social. Así pues, el conflicto más grave aparece cuando dicho precepto deja de ser de aplicación excepcional para adquirir rasgos de normalidad.

El arraigo para casos de delincuencia organizada es una facultad estatal contenida en la parte central de la Constitución, pero mediante un artículo transitorio, se aumentó el rango de aplicación de esta figura para todos los delitos graves.

Ello resulta ilegítimo en tanto: la restricción se está autorizando mediante un artículo transitorio –cuya finalidad no es autorizar tales limitaciones-; con él se nulifica la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de otorgar amparo y protección de la Justicia Federal ante dicha medida; y además, el arraigo en caso de delitos graves no cuenta con ningún fundamento convencional. Así, se permite una restricción que podrá aplicarse incluso durante ocho años – tiempo máximo para la implementación del sistema acusatorio-.

De esta manera en la legislación secundaria de transición, el arraigo se aprobó en el Código Federal de Procedimientos Penales en términos que, por una parte, se apegan al artículo transitorio, y por otra, pretenden otorgar una apariencia de legitimidad con una adaptación parcial de la decisión plasmada en nuestra Constitución.

“Artículo 133 Bis. La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días.

El afectado podrá solicitar que el arraigo quede sin efecto, cuando considere que las causas que le dieron origen han

desaparecido. En este supuesto, la autoridad judicial escuchará al Ministerio Público y al afectado, y resolverá si debe o no mantenerse.”¹

Por ello, dentro de la propuesta general previamente expuesta, incluyo la propuesta particular de derogar el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, debido a la ilegitimidad del mismo. Reiterando que esta norma procesal es parte del Derecho penal del enemigo y su aplicación no debe extenderse al ámbito del Derecho penal del ciudadano, ya que ésta última carece de fundamento teórico y legal suficiente.

Ahora, si bien es cierto, el artículo transitorio undécimo del Decreto de Reforma constitucional² autorizó la aplicación del arraigo tratándose de delitos graves, resulta posible eliminar dicha figura en la legislación secundaria en atención al principio *pro homine*, o de ampliación de garantías –la Constitución sólo establece garantías mínimas que pueden ser ampliadas en legislación secundaria-.

Por todo lo anterior, no debemos omitir que el Derecho penal del enemigo tiene características esenciales, establecidas como particulares, que no pueden ni deben ampliarse a otros marcos, pues de ser así, admitiremos como normal algo que por su naturaleza debe ser sólo excepcionalmente aplicado.

¹ *“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, del Código Penal Federal, de la Ley de la Policía Federal Preventiva, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de la Ley Federal de Responsabilidades administrativas de los Servidores Públicos, y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo”, Diario Oficial de la Federación, 23 de enero de 2009. <www.dof.gob.mx>*

² *“Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008. <www.dof.gob.mx>*

Bibliografía

Libros

1. APONTE CARDONA, Alejandro, **Guerra y Derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal**, s/e, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2006.

1.1 ESER Albin, prólogo

2. BECK, Ulrich, **Sobre el terrorismo y la guerra**, 1ª ed., Paidós, España, 2003.

3. CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, Coord., **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**, volumen 1, 1ª ed., Euros Editores, Argentina, 2006.

3.1 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *“El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico”*, pp.1-52.

3.2 ASUA BATARRITA, Adela, *“El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas”*, pp. 239-276.

3.3 BELLO RENGIFO, Carlos Simón, *“Las razones del Derecho penal”*, pp. 305-324.

3.4 DAMIÁN MORENO, Juan, *“¿Un Derecho procesal de enemigos?”*, pp. 457-472.

3.5 FARALDO CABANA, Patricia, *“Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción”*, pp. 757-798.

3.6 GARCÍA CAVERO, Percy, *“¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”*, pp. 925-948.

4. CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, Coord., **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**, volumen 2, 1ª ed., Euros Editores, Argentina, 2006.

4.1 GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, “¿Qué es y qué puede ser el ‘Derecho penal del enemigo’?. *Una aproximación crítica al concepto*”, pp. 1-50.

4.2 HÖRNLE, Tatiana, “*Dimensiones descriptivas y normativas del concepto ‘Derecho penal del enemigo’*”, pp. 51-76.

4.3 JAKOBS, Günther, “¿Derecho penal del enemigo?. *Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*”, pp. 93-116.

4.4 KALECK, Wolfgang, “*Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho penal del enemigo*”, pp.117-136.

4.5 KINDHÄUSER, Urs, “*Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de Derecho*”, pp. 137-164.

4.6 LASCANO, Carlos Julio, “*La demonización del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor*”, pp. 203-232.

4.7 LUISI, Luiz, “*Un Derecho penal del enemigo: el Derecho penal soviético*”, pp. 233-256.

4.8 MANNA, Adelmo, “*Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo: la privacy*”, 257-298.

4.9 MOCCIA, Sergio, “*Seguridad y sistema penal*”, pp. 299-320.

4.10 MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis, “*El Derecho penal del enemigo: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación*”, pp. 321-338.

4.11 MUÑOZ CONDE, Francisco, *“De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, pp. 339-370.

4.12 MÜSSIG, Bernd, *“Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis”*, pp. 371-390.

4.13 NEUMAN, Ulfried, *“Derecho penal del enemigo”*, pp. 391-410.

4.14 ORCE, Guillermo, *“Derecho penal del enemigo. Influencia de una idea negativamente cargada en la solución de casos límite”*, pp. 411-436.

4.15 PALERMO, Omar, *“La legítima defensa: ¿reacción contra un enemigo o protección frente a un ciudadano”*, pp. 437-475.

4.16 PASTOR, Daniel R., *“El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”*, pp. 475-522.

4.17 PASTOR MUÑOZ, Nuria, *“El hecho: ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de criminalización del “peligro de peligro”*”, pp. 523-548.

4.18 PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *“Derecho penal del enemigo ¿escarnio o prevención de peligros?”*, pp. 549-570.

4.19 PIÑA ROQUEFORT, Juan Ignacio, *“La construcción del “enemigo” y la reconfiguración de la “persona”*. Aspectos del proceso de formación de una estructura social, pp. 571-590.

4.20 POLAINO NAVARRETE, Miguel et Miguel Polaino-Orts, *“Derecho penal del enemigo: Desmitificación de un concepto”*, pp. 591-656.

4.21 PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *“La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal y procesal penal del “enemigo”*”, pp. 657-686.

4.22 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *“La revisión del delito político: islamismo y otros problemas”*, pp. 687-712.

4.23 RESTA, Federica, *“Enemigos y criminales. Las lógicas del control”*, pp. 735-780.

4.24 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *“Alternativas al Derecho penal del enemigo desde el Derecho penal del ciudadano”*, pp. 845-892.

4.25 SÁNCHEZ –OSTIZ, Pablo, *“La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo”*, pp. 893-916.

4.26 SCHEERER, Sebastián *et alter*, *“Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo”*, pp. 917-938.

4.27 SCHULZ, Lorenz, *“Fricciones de una ficción-El Derecho penal de JAKOBS para enemigos”*, pp. 939-962.

4.28 SCHÜNEMANN, Bernd, *“¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoporables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica”*, pp. 963-984.

4.29 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *“Los indeseados como enemigos: la exclusión de los seres humanos del status personae”*, pp. 985-1100.

4.30 TERRADILLOS BASOCO, J. Ma., *“Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”*, pp. 1101-1030.

4.31 URQUIZO OLAECHEA, José, *“Derecho penal del enemigo”*, pp. 1031-1056.

4.32 VAN WEEZEL, Alex, *“Personas como sujetos de imputación y dignidad humana”*, pp. 1057- 1072.

5. CARO JOHN, José Antonio *et* Miguel Polaino-Orts, **Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales**, 1ª ed., Flores editor, México, 2009.

5.1 POLAINO-ORTS, Miguel, *“La anticipación de la punibilidad como Derecho penal del enemigo: los delitos obstáculo”*, pp.35-62.

6. CIENFUEGOS SALGADO, David, *et alter*, **Temas de derecho procesal penal de México y de España**, IJ-UNAM, México, 2005.

6.1 BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, *“Diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales”*, pp. 173-196.

7. CORNACCHIA, Luigi, **La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción**, Cuadernos de conferencias y artículos no. 42, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2007.

8. DAZA GÓMEZ, Carlos, **Teoría General del Delito**, 2ª ed., Cardenas Editor, México, 1998.

9. DÍAZ-ARANDA, Enrique, **Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del Derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)**, 2ª ed., Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

10. DOBÓN, Juan *et* Iñaki Rivera Beiras, Comp., **La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis**, 1ª ed., Editores del puerto, Argentina, 2006.

10.1 ZAFFARONI, Raúl E., “La cultura del riesgo” pp. 3-12

11. FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y garantías. La ley más débil**, 2ª ed., Trotta, 2001.

12. -----, **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 1997.

13. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio et Leticia Vargas Casillas, Coord., **Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000) Primeras Jornadas sobre Justicia Penal**, 1ª ed., IJ-UNAM, México, 2001.

13.1 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “*Consideraciones sobre la reforma procesal penal en los últimos años*”, pp. 57-67.

13.2 VARGAS CASILLAS, Leticia, “*Reformas en materia de delincuencia organizada y seguridad pública en los últimos cinco años*”, pp. 139-146.

14. GRACIA, Martín, **El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo**, 1ª ed., Tirant lo blanch, España, 2005.

15. HABERMAS, Jürgen, **Acción comunicativa y razón sin trascendencia**, 1ª ed., Paidós, España, 2002

16. -----, **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**, Cátedra, 5ª ed., España, 2001.

17. HEGEL, G.F., **Filosofía del derecho**, 3ª ed, Casa Juan Pablos, México, 2002.

18. HOBBS, Thomas, **Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil**, 2ª ed, Fondo de Cultura Económica, México, 2001

19. JAKOBS, Günther, **Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación**, 2ª ed, Madrid, M. Pons, 1997.

20. -----, **Estudios de Derecho penal**, 1ª ed., UAM- Civitas, España 1997.

21. -----, **Moderna Dogmática Penal (estudios compilados)**, 1ª ed., Porrúa, México, 2002.

22. - - - - - , **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia/ Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2004.

23.- - - - - , **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2000.

24. JAKOBS, Günther *et alter*, **El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo**, 1ª ed., Flores editor, México, 2008.

24.1 JAKOBS, Günther, “*¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?*”, pp. 1-6.

24.2 JAKOBS, Günther, “*¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*”, pp.7-40.

24.3 POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*El Derecho penal del enemigo en la Reforma de 2005 del Código Penal Español de 1995*”, pp. 171-206.

24.4 POLAINO-ORTS, Miguel, “*Derecho penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe?*”, pp. 47-99.

25. JAKOBS, Günther *et* Manuel Cancio Meliá, **Derecho penal del enemigo**, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2003

26. JAKOBS, Günther *et* Eberhard Struensee, **Problemas capitales del Derecho penal moderno**, 1ª ed., Hammurabi-Palma, Argentina, 1998.

26.1 JAKOBS, Günther, “*Imputación Jurídico-Penal*”, pp. 34-55.

27. JAKOBS, Günther *et* Miguel Polaino Navarrete, **El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal**, Serie pensamiento penal contemporáneo, no. 4, 1ª ed., Grijley, Perú, 2006.

27.1 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *“La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿más Derecho penal?”*, pp.53-120.

28. KANT, Emmanuel, **Principios metafísicos del derecho**, s/e, Cajica, México, 1962.

29. KAUFFMAN, Armin, **Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna**, s/e, De Palma, Argentina, 1977

30. LUHMANN, Niklas, **Sistemas Sociales**, s/e, Alianza, Madrid, 1991.

31. MARQUEZ PIÑERO, **Teoría de la antijuricidad**, 1ª ed., IJ-UNAM, México, 2003.

32. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, Coord., **Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación**, tomo 1, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007.

32.1 QUINTERO, María Eloísa, *“Acción, comunicación e injusto penal”*, pp. 147-167.

33. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo et José Antonio Caro John, **El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario**, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, 2008.

33.1 POLAINO-ORTS, Miguel, *“Un paseo de varios siglos por el devenir histórico-filosófico del Derecho penal del enemigo”*, pp.651-685.

34. MORA ICAZA, Eduardo, Coord., **Uso legítimo de la fuerza**, 1ª. ed., INACIPE, México, 2008.

34.1 FELLINI, Zulita, “*Límites dogmáticos-criminales frente a la delincuencia organizada*”, pp. 71-75.

34.2 SANZ MULAS, Nieves, “*El protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Una firme apuesta internacional por los derechos*”, pp. 157-163.

35. MUÑOZ CONDE, Francisco, **El Derecho penal del enemigo**, Conferencias magistrales, s/e, INACIPE, México, 2003.

36. NAVA GARCÉS, Alberto E., **El error en el Derecho penal**, 1ª ed, Porrúa, México, 2007.

37. ONTIVEROS Alonso, Miguel, et Mercedes Peláez Ferrusca, Coord., **Libro en homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica**, tomo I, 1ª ed., INACIPE, México, 2003.

37.1 MUÑOZ CONDE, Francisco, “*El Nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado “Derecho penal del enemigo”*”, pp. 117-126

38. POLAINO-ORTS, Miguel, **Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto**, 1ª ed., Grijley, Perú, 2006.

39. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, **Criminología**, Porrúa, 20ª ed., México, 2005.

40. ROUSSEAU, Jean Jacques, **El contrato social**, 1a ed., Gernika, México, 1993.

41. ROXIN, Claus, **Culpabilidad y prevención en Derecho penal**, s/e, Reus, Madrid, 1981.

42. - - - - - , **Problemas básicos del Derecho penal**, s/e, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Madrid, 1976.

43. - - - - - -, ¿Puede llegar a justificarse la tortura?, Conferencias Magistrales, s/e, INACIPE, México, 2005.

44. S/A, Homenaje a Ricardo Franco Guzmán. 50 años de vida académica, 1ª ed., INACIPE, 2008

44.1 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *“Imputación jurídica y minoridad de edad”*, pp.575-593.

45. SÁNCHEZ GIL, Rubén, El principio de proporcionalidad, 1ª ed, IJ-UNAM, México, 2007.

46. SCHÜNEMANN, Bernd, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996.

47. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

48. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico penal, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1990

Artículos en revistas y anuarios

1. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, No. 2001, IJ-UNAM, México, 2001.

1.1 RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada et Jan Woischnik, *“Principios Constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad”*, pp.143-156.

2. Cuadernos de política criminal, 2ª época, no. 91, 2007.

2.1 CARO JOHN, José Antonio, *“Derecho penal del enemigo: garantía estatal de una <libertad real> del ciudadano. Una glosa a Miguel Polaino-Orts”*, pp.263-272.

3. La Ley, Revista Universitaria, Año V, No. 3, junio de 2003.

3.1 RIQUERT L., Fabian et Leonardo P. Palacios, *“El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes”*. s/p.

4. Revista de Ciencias Penales *Iter criminis*, no. 6, 4ª época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.

4.1 QUINTERO, María Eloísa, *“Extinción de dominio y Reforma constitucional”*, pp.145-159.

5. Revista Internacional Derecho penal *Contemporáneo*, abril-junio, Colombia, 2007

5.1 REYES ALVARADO, Yesid, *“Normativismo y Derecho penal del enemigo”*, pp. 153-182.

6. Revista Jurídica Logos, São Paulo, n. 1, 2005.

6.1 YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *“Los desafíos de un nuevo Derecho penal”*, pp. 7-31.

7. Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, No. 7, Perú, 2006.

7.1 GARCÍA CAVERO, Percy, *“¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”* pp. 253-275.

7.2 JAKOBS, Günther, *“Derecho penal del enemigo. Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”*, pp. 277-298.

7.3 - - - - - , “*El terrorismo internacional se puede combatir con el Derecho penal del enemigo*”, pp.613-617.

Artículos electrónicos

1. CANCIO MELIÁ, Manuel, “*Derecho penal del enemigo*”, [en línea], 2006, <<http://www.vlex.com/vid/323910>>
2. GRACIA MARTÍN, Luis, “*Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”*”, [en línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005 <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>
3. HERNÁNDEZ OLVERA, María Margarita, “*El principio de proporcionalidad: Breve aproximación. La sujeción del Derecho penal de adolescentes a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad*” [en línea] Poder Judicial del Estado de Guanajuato <<http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/112.pdf>>
4. MILANESE, Pablo, “*El moderno Derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*”, [en línea] Revista electrónica Derecho penal online, agosto, 2007 <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,119,0,0,1,0>>
5. QUINTERO, María Eloísa, “*La anticipación de la punibilidad*”, [en línea], Instituto Nacional de Ciencias Penales <<http://www.inacipe.gob.mx/htm/QuienEsQuien/Investigacion/Opiniones/Punibilidad.html>>
6. RIQUERT, Fabián, et Leonardo Palacios, “*El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes*” [en línea] La Ley, Revista Universitaria, Año V, No. 3, junio de 2003 < <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf>> [consulta 16 de junio de 2008]
7. RODRÍGUEZ, Cristian, “*Actuales tendencias del Derecho penal: del garantismo al moderno Derecho penal*” [en línea] Revista electrónica Derecho penal online,

agosto, 2007

<<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,407,0,0,1,0>>

8. VAN DEN DOREN, Sebastián, “*¿Pena o control? Una reflexión sobre el castigo estatal*”, [en línea] Revista electrónica Derecho penal Online, abril 2007

<<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,374,0,0,1,0>>

9. VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “*El Derecho penal del enemigo y la Criminalización del Pueblo Mapuche*” [en línea] Foro norte para el estudio de los derechos y los derechos de los pueblos originarios, 2007 < <http://www.esnips.com/doc/1c244b32-99a1-4cdd-af54-6dffada4adb7/Villegas,-Myrna---El-Derecho-Penal-del-Enemigo-y-la-Criminalizaci%C3%B3n-del-Pueblo-Mapuche>>

10. VÍQUEZ, Karolina. “*Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?*” [en línea] Política Criminal nº 3, 2007, A2, p. 2

<<http://www.politicacriminal.cl>>

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2009 <www.cddhcu.gob.mx>
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de noviembre de 2000. <www.sre.gob.mx>
- Código Penal Federal. 2009. <www.cddhcu.gob.mx>
- Código Federal de Procedimientos Penales. 2009 <www.cddhcu.gob.mx>
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. 2009 <www.cddhcu.gob.mx>

Iniciativas

- *“Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”*, Cámara de Senadores, 19 de marzo de 1996. <www.sil.gob.mx>
- *“Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del diputado César Camacho Quiroz, del grupo parlamentario del PRI”*, 19 de diciembre de 2006. <www.sil.gob.mx>
- *“Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”*, presentada por el Presidente de la República, 9 de marzo de 2007. <www.sil.gob.mx>
- *“Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por diputados de los grupos parlamentarios de los partidos de convergencia, de la revolución democrática y del trabajo”*, 23 de abril de 2007. <www.sil.gob.mx>

Decretos

- *“Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”,* Diario Oficial de la Federación, 3 de septiembre de 1993. <www.dof.gob.mx>
- *“Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 16, 19, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”,* Diario Oficial de la Federación, 3 de Julio de 1996. <www.dof.gob.mx>
- Decreto de *“Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”,* Diario Oficial de la Federación, 7 de noviembre de 1996. <www.dof.gob.mx>
- *“Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; del Código Federal de Procedimientos Penales, y de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”,* Diario Oficial de la Federación, 8 de febrero de 1999. <www.dof.gob.mx>
- *“Decreto por el que se declaran reformadas, adicionadas y derogadas diversas disposiciones del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”,* Diario Oficial de la Federación, 21 de septiembre de 2000. <www.dof.gob.mx>
- *“Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Penal Federal; del Código Federal de Procedimientos Penales; de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; de la Ley de Instituciones de Crédito; de la Ley de Ahorro y Crédito Popular; de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro; de la Ley de Sociedades de Inversión; de la Ley del Mercado de Valores; de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito”,* Diario Oficial de la Federación, 28 de junio de 2007. <www.dof.gob.mx>

- *“Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008. <www.dof.gob.mx>*
- *“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, del Código Penal Federal, de la Ley de la Policía Federal Preventiva, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de la Ley Federal de Responsabilidades administrativas de los Servidores Públicos, y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo”, Diario Oficial de la Federación, 23 de enero de 2009. <www.dof.gob.mx>*

Dictámenes

- *“Dictámenes de primera lectura de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Cámara de Diputados, 10 de diciembre de 2007.*
- *“Dictamen de la Comisión de Justicia, con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, de la Ley que Establece Las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, Del Código Penal Federal, de la Ley de la Policía Federal Preventiva, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo”, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, 9 de diciembre de 2008.*

Jurisprudencia

- IUS 2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación <www.scjn.gob.mx>