

## ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉXICO?

Miguel Ángel MANCERA ESPINOSA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las características del derecho penal del enemigo*. III. *¿Derecho penal del enemigo en México?* IV. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar, agradecemos cumplidamente la deferencia brindada por los doctores, Olga Islas de González Mariscal y Sergio García Ramírez, para participar en este importantísimo evento.

Esta vez nos ocuparemos de un tema que, aunque no es nuevo, si es de actualidad y ha sido capaz de generar un extenso debate dentro de los anales de la ciencia penal, sobre todo de la extranjera, al grado de provocar enfrentamientos directos entre grandes pensadores.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Así se advierte en la referencia que hace el maestro Francisco Muñoz Conde en el texto de su artículo “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo”, cuando dice: “también yo me hice eco de estas críticas, advirtiendo del peligro que encerraba la tesis de Jakobs para el derecho penal del Estado de derecho en la medida en que pudieran favorecer o legitimar los excesos con el derecho penal de sistemas políticos autoritarios, en la 1a. edición de mi libro sobre «Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo», sin que, en aquel momento, a pesar de las críticas e incluso insultos que recibí por algunos apasionados partidarios de Mezger (no sé si también de sus ideas filonazis), tuviera ninguna respuesta o comentario del citado autor, ni de ninguno otro de los que después se han ocupado del tema. Sin embargo, cuando algunas de estas críticas más fueron recogidas en una entrevista que me hicieron en la Revista Electrónica de Derecho Penal de la Universidad de Granada, recibí al poco tiempo una carta de Jakobs (fechada en Bonn el 10 de septiembre de 2002), a la que adjuntaba fotocopia de una página de una edición antigua de la obra de Kant «La paz perpetua», quien al parecer también preconizaba la misma opinión, con lo que, según Jakobs, quedaba demostrada «die Absurdität Ihrer Deutung» (La absurdidad de su (mi) interpretación). No me consta que Jakobs lea o entienda el es-

Desde ahora habrá que precisar que fue el siempre polémico y sin duda brillante maestro Alemán Günther Jakobs, quien retomando diversas ideas del pensamiento jurídico, así como atendiendo a la realidad social, bautizó<sup>2</sup> a la forma en que algunos Estados estructuran el *ius poenale*, con la finalidad de legitimar o validar una manera especial de la implementación del *ius puniendi* como “derecho penal del enemigo”.

También debemos decir, que dada la limitación del tiempo que tenemos fijado para nuestra intervención, simplemente nos proponemos dejar constancia de algunas de las características, alcances y, por supuesto, objeciones planteadas al llamado derecho penal del enemigo, para finalmente llegar a visualizar si es que en México también está presente esta clasificación del derecho penal.

Como advertencia inicial, permítasenos señalar que hablar sobre derecho penal del enemigo no es algo de apacible comprensión, por el contrario, se trata de un concepto que implica una serie de razonamientos que en muchas de las ocasiones alcanzan altos grados de abstracción y que provocan el agolpamiento de diversas ideas. Por ello, desde ahora apelamos a la benévola paciencia de todos ustedes.

## II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Para poder dar respuesta a la interrogante que da tema a nuestra participación, es decir, si es que está presente el derecho penal del enemigo en México, lo primero que necesitamos es saber en qué consiste este tipo de derecho penal.

Digamos que mucho se insiste en que el derecho penal del enemigo tiene una serie de características que encajan y dan pie a suponer la presencia de un modelo de Estado autoritario, pero tal afirmación resulta vaga para poder definirlo, dado que hablar de derecho penal autoritario es algo obvio, tal

pañol, por lo que supongo que alguien le habrá traducido el texto de referencia, con el riesgo que ello encierra de que haya sido mal interpretado o manipulado. En todo caso, habría que plantearse si lo que él llama “absurdidad” de mi interpretación, no se debe quizás a la «ambigüedad de su posición». Muñoz Conde, Francisco, “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo”, *Claves de derecho penal*, núm. 5.

<sup>2</sup> Cfr. Gracia Martín, Luis, *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 89.

y como lo refirió en su momento Francisco Muñoz Conde, pues todo derecho penal tiene presente esa característica, dado que en él confluye la violencia, tanto en las conductas que regula, como en la forma de reaccionar a ellas.<sup>3</sup> Sin embargo, como también destaca dicho autor, en el caso del derecho penal del enemigo se advierte la presencia de un derecho penal etiquetable como “nuevo”,<sup>4</sup> y caracterizado por ser “más autoritario”.

En este sentido, se debe recordar que tal y como ya lo anticipamos, el derecho penal es una forma de control social formal, a la cual el Estado confía los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, al menos los que el *consenso social* considera como de mayor valía, y ello lo hace, sin duda, porque sabe que quien se atreve a atentar contra tales valores está conciente de que la reacción del sistema jurídico será la más severa y que, por ende, enfrentará graves consecuencias. No obstante, a este derecho violento, agresivo y libre de toda compasión, los hombres se han preocupado y ocupado de buscarle límites, así se trabajó y sigue trabajando en la creación de las más complejas construcciones de derechos fundamentales; en la celebración de tratados multilaterales, e incluso, se financia el establecimiento y operación de tribunales de jurisdicción internacional que, entre otras cosas, buscan sancionar los excesos cometidos en nombre de supuestas *luchas etiquetadas como legítimas*, es decir, de lo que se trata es de combatir el exceso, el abuso y las conductas arbitrarias realizadas al amparo de la detentación del poder, mismas que bien pueden derivar de la propia ley.

En lo que concierne a la material penal, estos derechos y garantías fundamentales, propias de un Estado de derecho, se representan en los principios de legalidad, de intervención mínima, de culpabilidad, el derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial y a no declarar contra sí mismo, entre otros.

Así, no es difícil advertir la incidencia de tales principios, tanto en el plano de lo objetivo como de lo subjetivo del derecho penal, además de que son considerados como irrenunciables para cualquier Estado en el que profese la actuación estricta dentro de los cauces de la ley, ello por tratarse de presupuestos esenciales de la legalidad.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Muñoz Conde, Francisco, “El derecho penal del enemigo”, *Conferencias Magistrales*, núm. 6, México, 2003, pp. 9 y 10.

<sup>4</sup> Para Luis Gracia Martín también se puede ubicar como un derecho penal “moderno”. “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p. 2.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 28.

De lo aseverado hasta ahora, procede consultar lo siguiente: ¿cualquier Estado en el que se cumplan con todas estas garantías y principios, se puede decir que es un Estado de derecho? y ¿cuando se habla de la aplicación del derecho penal del enemigo, se puede decir que por el simple hecho de ser derecho positivo permite cumplir en su instrumentación con los principios del llamado Estado de derecho?

Pues bien, para estar en condición de contestar a estos y otros cuestionamientos, es conveniente que en principio veamos cuáles son algunas de las características que se desprenden del planteamiento del doctor Jakobs en torno al derecho penal del enemigo.

En términos generales a este tipo de derecho se le atribuyen las características siguientes:

1. Adelantamiento de la línea de defensa. Se sancionan inclusive actos preparatorios. Se pretende justificar a través de la idea de seguridad cognitiva.
2. La pena resulta desproporcionada respecto de una conducta que aún no entra en la fase ejecutiva o del principio de ejecución.
3. Se plantea como una legislación de lucha, de guerra, de combate.
4. Existe una notable reducción de garantías procesales.<sup>6</sup>

Ahora bien, a esta forma de reacción normativa estatal la soporta el profesor Jakobs, en el hecho de considerar la existencia de una serie de sujetos que por su tenacidad para vulnerar la ley alcanzan el estatus de *no personas*,<sup>7</sup> se trata de aquéllos que requieren de un tratamiento especial, diferenciado del que se da a los ciudadanos normales, dado que estos últimos sí pueden ser considerados como personas, y por tanto su violación a la ley se debe tratar dentro de la normalidad que implica la imposición de una pena, a fin de dar vigencia a la prevención general positiva.

En términos generales, Jakobs señala como *enemigos* a los narcotraficantes, a los terroristas, a los que cometen delitos económicos, y, en gene-

<sup>6</sup> Véase Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 4, pp. 107-111; García Amado, Juan Antonio, "El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs", Castilla, Universidad de León.

<sup>7</sup> Para Jakobs, la persona es algo distinto del ser humano, dado que este es el resultado de procesos naturales y la persona es un producto social que se define como la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia.

ral, a aquéllos que se ubican dentro de la delincuencia organizada. En realidad se ocupa de catalogar así a los que podríamos catalogar como *multireincidentes específicos*.

En efecto, como dijimos, a los ciudadanos se les aplica un derecho penal ordinario, tanto en lo material como en lo formal, dado que este derecho ordinario atiende en su normativa a los fines de la pena, a los principios delimitadores y a las construcciones dogmáticas clásicas. En cambio, “a los otros”, a los “no personas”, a los “enemigos” se les debe aplicar un derecho penal específico, un derecho que tiene *otras finalidades*, esencialmente, las de combatirlos, aislarlos y extirparlos del entorno social.

Es importante decir desde ahora, que a estas consideraciones llega Jakobs a través de sus atractivos y convincentes argumentos, partiendo de una realidad que no tiene discusión, existen grupos en la sociedad que han hecho del delito una empresa, y respecto de los cuáles la gran mayoría de los Estados no han encontrado la manera idónea de reaccionar, y, por ello, asegura que se vuelve necesario encontrar una forma efectiva de contrarrestar sus efectos dentro de la sociedad, es decir, afianzar la parte cognitiva de los comportamientos.<sup>8</sup>

En este sentido, también Luis Gracia Martín dice que en un contexto de globalización como el que estamos viviendo, este tipo de organizaciones criminales gozan en algunos casos de mayor poder que los Estados, o cuando menos escapan del control jurídico y político, generándose un déficit crónico en el tema de la persecución de de este tipo de delincuencia.<sup>9</sup>

Ahora bien, lo que no siempre se dice en los artículos que sobre el derecho penal del enemigo se han escrito, es que las ideas de Jakobs no han sido siempre las mismas. En efecto, éstas se pueden dividir en dos momentos, a saber, el *primero* se presentó en su ponencia “Criminalización en el estadio previo a la lesión al bien jurídico” en Frankfurt en 1985, en la que se mostró crítico en contra del derecho penal alemán, dado la tendencia a sancionar conductas cuya descripción típica se encontraba en la fase previa a la ejecución penal, es decir, su crítica consistía en que se sancionaban actos de preparación delictiva sin que por ello hubiera una reducción de pena, lo cual, aseguraba Jakobs, era contrario a todo Estado liberal y garantista. Dejó constancia de la existencia de un derecho penal que se debía entender

<sup>8</sup> Así en Jakobs, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003. pp. 21-56.

<sup>9</sup> Véase Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 4, p. 20.

como *excepcional*, como eso: un derecho penal dirigido al enemigo, utilizando el contexto de tal expresión como una crítica al Estado alemán.<sup>10</sup>

El *segundo* momento se presenta en su ponencia de Berlín, en 1999, en la que hizo referencia al mismo tema, sólo que se ocupó de él de una manera diferente, en esa ocasión el discurso trató de la necesidad de reaccionar en contra de los sujetos que no se ajustan a la norma, de aquéllos para los cuales la criminalización normal no funciona, de aquéllos que no pueden ser considerados como ciudadanos y que son personas, pero sólo *en potencia*, a ellos no se les sanciona, mas bien se les combate. Se planteó algo así como una normativa de lucha, de guerra. Por ello, reconoció la existencia de tres tipos de derecho penal; el del ciudadano, el autoritario y uno más, que no es del ciudadano, ni es autoritario, pues si bien no va dirigido al primero, si tiene una justificación.<sup>11</sup> En esta ponencia, el doctor Jakobs ya no parecía hablar de un derecho excepcional, sino mas bien de un derecho más, tan legítimo como cualquier otro.

Finalmente, en una conferencia que dictó sobre el tema en 2002,<sup>12</sup> aclaró que su crítica de 1985 no fue dirigida al Estado alemán, sino a los enemigos de éste.<sup>13</sup>

Está claro que en las exposiciones del doctor Jakobs se han encontrado datos que dan cuenta, tanto de la misión como de la justificación que plantea para este llamado derecho penal del enemigo.

Así, la misión se enmarca en la reconstrucción de condiciones ambientales soportables, es decir, que a través de este tipo de derecho penal se logre alcanzar una seguridad cognitiva, dado que ésta se ha ido perdiendo por los ciudadanos, y la recobrarán en tanto se logre apartar, excluir de la sociedad, a aquéllos que de manera sistemática transgreden las normas de convivencia. Aquí cabe recordar que *seguridad cognitiva* significa que los

<sup>10</sup> Prittwitz, Cornelius, "Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del derecho penal?", en Mir Puig, Santiago y Mirentxu Corcoy, Bidasolo, *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, pp. 110 y 111.

<sup>11</sup> Seguramente esta aclaración tiene como razón el hecho de que entre otros se han catalogado como enemigos a los disidentes y discrepantes, Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 4, p. 3. Como en su momento pueden ser considerados el Ejército Republicano Irlandés (IRA), que inició en 1955, y su brazo político es el Sinn Féin; Euskadi Ta Askatasuna (ETA) que inició en 1959, su brazo político es Batasuna; el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN), que inició en 1962 en Nicaragua, o el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), que opera en El Salvador.

<sup>12</sup> De nuevo en Frankfurt.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 111-113.

comportamientos de los ciudadanos deben ser calculables conforme a las expectativas normativas.<sup>14</sup>

Por lo que toca a la justificación, la hace consistir en la ausencia de alternativas a esta forma de derecho de combate. Ello, porque los enemigos ni quieren ni pueden comportarse de otra manera, lo que orilla al Estado a buscar formas jurídicas que puedan garantizar una reacción acorde al comportamiento de esos delincuentes que hacen del delito una forma de vida.<sup>15</sup>

En fin, tal y como anticipamos, los planteamientos formulados por el maestro alemán, no fueron de tranquila recepción, es más, como afirma el doctor Luis Gracia Martín, en general; la doctrina mayoritaria reaccionó *violentemente* en contra de los planteamientos de Jakobs, en ocasiones acusando *los peligros* de sus ideas, y en otras, destacando las *incompatibilidades de sus formulaciones* con las estructuras jurídicas de los Estados democráticos.<sup>16</sup>

Pero, con la finalidad de entender más a qué nos referimos con estas reacciones contrarias a Jakobs, resulta conveniente apuntar, aunque de manera muy resumida, algunos de los planteamientos que se formulan en contra de las ideas del derecho penal del enemigo, para ello, sólo vamos a ocuparnos de forma resumida de algunas de las ideas expuestas por Muñoz Conde, Gracia Martín, García Amado y Cancio Meliá.

a) Francisco Muñoz Conde. El maestro sostiene, entre otras cosas: 1. Que se trata de un derecho penal excepcional, derogador de los principios básicos del derecho penal liberal clásico, así como de los principios básicos del derecho penal de un Estado de derecho. 2. Se muestra como un derecho penal que recuerda al derecho penal de autor que propugnaron los penalistas nazis para el cual, el hecho penal no es lo relevante, sino lo es, la peligrosidad del autor. 3. Se trata de un régimen de dureza extrema. 4. Es una construcción valorativamente ambigua, pues lo mismo vale para un sistema democrático como para uno totalitario. 5. No genera seguridad cognitiva sino solamente normativa, puesto que ningún sistema puede garantizar la seguridad total.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Sobre la seguridad cognitiva véase Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 4, p. 7.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 115-117.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>17</sup> Muñoz Conde, Francisco, “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo”, 2005, pp. 15-30.

b) Luis Gracia Martín. En relación con el tema, el doctor español sostiene las siguientes objeciones: 1. Que se trata del planteamiento de un sistema social que excluye a un determinado grupo de hombres de la distribución de los bienes y del ejercicio igualitario de los derechos y libertades. 2. Que plantea una forma de reacción que se aparta de la concepción sistémica de la pena dado que se muestra como una pura coacción física, en la cual no existe diálogo ni comunicación personal. 3. Este derecho muestra una justificación que parte de la necesidad de defensa del orden social y para ello, deja de reconocer un parámetro de contención al poder del Estado respecto de la guerra que sostiene en contra de los que califica como sus enemigos. 4. Al dejar de considerar personas responsables a los “enemigos”, se convierte en un derecho tanto inválido como injusto. Ello, dada su ausencia de respeto a la dignidad humana. 5. Para ser congruente con los planteamientos de este tipo de derecho, se requiere partir de la existencia real y previa de los que cataloga como “no personas”, sin embargo, esto no se observa así, por lo que es dable afirmar que es el propio derecho penal del enemigo el que construye tal concepto de manera autoreferente.<sup>18</sup>

c) Juan Antonio García Amado. Como principales objeciones del catedrático de la Universidad de León en España, destacan las siguientes: 1. Este derecho soporta su construcción en consideraciones subjetivas, tales como la maldad, lo legítima el suponer a alguien como peligroso. Esto es, no se considera enemigo en razón del tipo de delito que comete, sino más bien por su actitud frente a la norma, lo que permite señalar como enemigo, tanto al autor de terrorismo como al de delitos sexuales en un plano de igualdad. 2. Jakobs asimila un caso de *incumplimiento masivo de una norma por una multitud de sujetos*, al de un sujeto que incumple masivamente una o varias normas. 3. El retirar la consideración de persona al enemigo sólo sirve para la seguridad cognitiva del planteamiento, sin que esto se compruebe. 4. Se trata de un método que intenta disminuir la probabilidad de violación de la norma, mandando un mensaje a la sociedad de que no están, ya sin excepción, vigentes otras normas como lo son aquéllas que contienen las garantías procesales. 5. Es un sistema distinto al derecho penal, se trata de un mero gestor de obediencia por la vía de la muerte civil y penal, no busca reprimir, sino suprimir a los disidentes. 6. La justificación de la actuación extrema en contra de los *enemigos* se soporta en razones de Estado. 7. La propia ley penal tácitamente justifica la ausencia de derechos y garantías a los

<sup>18</sup> Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 4, pp. 172-244.

desobedientes o a los sospechosos de llegar a serlo. 8. La cualidad de enemigo no es alternativa a la de delincuente, sino que se suma a ella.<sup>19</sup>

d) Manuel Cancio Meliá. El doctor realizó una serie de planteamientos críticos a la postura de Jakobs en su obra de publicación conjunta denominada precisamente como “derecho penal del enemigo”, entre ellos destacan los siguientes: 1. Se muestra como una política criminal del derecho penal de la puesta en riesgo, misma que se corresponde con una sistemática antiliberal. 2. De la unión fraternal entre derecho penal simbólico y el punitivismo surge el derecho penal del enemigo, dado que busca mostrar su forma de reacción para que se conozca por los miembros de una sociedad, dando cuenta de penas muy elevadas sin una justificación precisa. 3. Se trata de un derecho penal de autor en contra del derecho penal de hecho, por ello no estabiliza normas, sino demoniza a determinados grupos de infractores, tomando como materia prima para la tipificación no sólo un determinado hecho, sino elementos que sirven para caracterizar al autor como perteneciente al grupo de “enemigos”.<sup>20</sup>

Sin duda, podríamos dar cuenta de otras objeciones, sin embargo, consideramos que con lo anotado es suficiente para tener una orientación de lo que estamos hablando.

### III. ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉXICO?

Como sin duda se advierte de las anteriores explicaciones, el tema del derecho penal del enemigo, independientemente del punto de análisis al que se le someta, permite su ubicación dentro del tema de la política criminal, por ello, consideramos importante recordar que en México ha campeado un vaivén de posturas, algunas veces, tomando la bandera de la vanguardia y en otras, mostrando rasgos de retroceso; comulgando en ocasiones con modelos de un Estado democrático, y en otras, con aquéllos que se tildan de duros y represores.

En efecto, debemos dejar constancia que en la época moderna, digamos que de los años ochentas en adelante, se han dejado ver las más significativas reformas en la materia penal en México, así se deja constancia en el

<sup>19</sup> García Amado, Juan Antonio, “El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs”, pp. 1-27.

<sup>20</sup> Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, pp. 59-102.

análisis que al respecto realizaron respectivamente los doctores Sergio García Ramírez y Moisés Moreno Hernández.<sup>21</sup>

Así, por ejemplo, la reforma de 1984 se mostró inspirada por el pensamiento europeo de los años cincuenta, el cual, después de los avatares de la Segunda Guerra Mundial se enfocó a la democratización del derecho penal.<sup>22</sup> Posteriormente, en 1993, también en una línea de adecuación a un derecho garantista se dieron modificaciones constitucionales como las que tienen que ver con la implementación del concepto jurídico de los elementos del tipo y de la probable responsabilidad.<sup>23</sup> Pero como ya advertíamos, los cambios no siempre van en el mismo sentido, así fue que en 1999 se dio de nuevo una modificación al texto constitucional; en ella volvió a cobrar vigencia el modelo que los artículos 16 y 19 tenían antes de la reforma de 1993, es decir, de nueva cuenta regresamos al concepto de cuerpo del delito, y aunado a ello se dejó constancia de una política criminal orientada hacia el endurecimiento estatal, lo que llevó a nuestro país a expedir un nuevo ordenamiento que según se dijo era indispensable para enfrentar y combatir el crimen internacional, nos referimos a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Moreno Hernández, Moisés, “Las transformaciones de la legislación penal mexicana en los últimos veinte años (los vaivenes de la política criminal mexicana)”, *Homenaje al doctor José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 433-461.

<sup>22</sup> Esto dio como resultado, entre otras cosas, la instauración de una regulación particular de las conductas dolosas y culposas, la eliminación de la presunción de intencionalidad delictiva, la implementación de los sustitutivos penales y también una amplificación de los delitos de querrela.

<sup>23</sup> En ésta misma dinámica, al año siguiente fueron planteadas también algunas reformas al Código Penal Federal y al Código Federal de Procedimientos Penales. Así por ejemplo, se adoptó el principio de hecho en contra del principio de autor que se venía arrastrando desde 1931, se hicieron varias precisiones a temas de autoría y participación, así como a las figuras de la tentativa y de la comisión por omisión también se planteó una nueva construcción de las excluyentes del delito, agrupándolas según correspondieran en sendas fracciones que se ocuparon de la ausencia de conducta, de tipo, de antijuridicidad y de culpabilidad respectivamente. Y en lo que concierne a la legislación procesal, digamos que hizo reflejo de lo dispuesto por la reforma constitucional del año anterior, es decir, que se trabajó en detallar y fijar los alcances de los conceptos de elementos del tipo y presunta responsabilidad.

<sup>24</sup> Entre otras, se implementó la limitación de beneficios preliberacionales para ciertos delitos, se incrementó la parte especial, dando paso a la creación de nuevos tipos penales, y se aumentaron penas a muchas figuras delictivas, además de incrementar también los plazos de prescripción.

Ahora bien, consideramos que en este momento ya tenemos suficiente información para reconocer aquellos ordenamientos que muestran rasgos del llamado derecho penal del enemigo, por lo que vamos a tratar de pasar por el crisol diversas disposiciones legales de nuestro país, a fin de concluir si es que pueden ser catalogadas como representativas de esa clase de derecho penal.

A) El primer caso que vamos a analizar es el de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, quizá, porque este tipo de ordenamiento es el que con mayor intensidad muestra características que se atribuyen a esta clase de derecho penal.

1. Tal y como ya vimos, uno de los rasgos que se atribuyen al derecho penal del enemigo en el pensamiento de Jakobs es el hecho de que *la ley no se orienta a fines preventivos, sino a emprender una lucha, una batalla en contra de los que considera como diferentes de los ciudadanos normales.*

En ese sentido, podemos decir que desde la mera nomenclatura, el ordenamiento que nos ocupa se muestra destinado a combatir a la delincuencia organizada, en efecto, la preposición “contra” implica oposición y enfrentamiento entre y otra, por lo que concluimos que en este punto, en concreto, existe plena correspondencia por lo expuesto por el maestro alemán.

2. Como vimos, otra de las características de este derecho penal es el *adelantamiento de la línea de defensa establecida por el legislador*, es decir, que se trata de disposiciones legales que sancionan, inclusive, meros actos preparatorios, aunado, a que su castigo implica una reacción punitiva desproporcionada respecto de la punibilidad de las figuras consumadas.

En esta parte también encontramos coincidencia con el derecho penal del enemigo, puesto que de la lectura del artículo 2o. del ordenamiento sujeto a análisis se advierte que la tipicidad se alcanza incluso con el mero acuerdo para organizarse, es decir que no se exige que se compruebe la existencia real de la organización, pues esta última conducta está prevista por separado.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Artículo 2o. 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. En el mismo sentido se sanciona también el acuerdo para delinquir aunque fuera de esta ley, en el propio Código Penal Federal, concretamente en la fracción I del artículo 13, que sanciona como autores o partícipes a los que acuerdan o preparan la realización delictiva.

3. Una nota más, consiste en que la ley penal se ocupa del sujeto, pero lo tipifica por las características o atribuciones de éste, es decir, que prevé la reacción punitiva por ser *enemigo*, y no por el hecho que hubiera cometido, así la finalidad de la sanción se aleja del restablecimiento de la vigencia de la norma y sólo busca la neutralización del contrario a la ley.<sup>26</sup>

En este sentido, al verificar la existencia o no de esta característica en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada el análisis también da positivo.

En efecto, de la lectura del cuerpo normativo que nos ocupa se desprende lo siguiente:

a) Que de acuerdo con el artículo 3o. de la citada ley, cualquier persona, por el simple hecho de pertenecer a la delincuencia organizada —claro que en cualquiera de sus dos modalidades—, que cometa cualquiera de los delitos a los que se refieren las primeras cuatro fracciones del artículo 2o., será investigada, perseguida, procesada y sancionada conforme a la propia Ley Federal contra la Delincuencia Organizada;<sup>27</sup>

b) Que el artículo 6o. establece que los plazos de prescripción de los delitos concretos que se hubieren cometido, se duplicarán respecto de los que alude el artículo 2o., ello, por el hecho de ser cometidos por miembros de la delincuencia organizada.<sup>28</sup>

c) Y para concluir con esta parte, también cabe mencionar que en lo relativo a la ejecución de sentencia, se advierte que los artículos 43 y 44 de la ley establecen restricciones expresas para los miembros de la delincuencia organizada, con lo que estos sujetos se ven impedidos de acceder a los be-

<sup>26</sup> De esta característica se desprende la afirmación de que se trata de un derecho penal de autor y no un derecho penal de hecho, que es el que se sigue en los sistemas democráticos.

<sup>27</sup> Artículo 2o. Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, y el previsto en el artículo 424 bis, todos del Código Penal Federal; II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud,

<sup>28</sup> Artículo 6o. Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad correspondientes, se duplicarán respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2o. de esta Ley cometidos por miembros de la delincuencia organizada.

neficios como la condena condicional, la libertad preparatoria, el tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena.<sup>29</sup>

4. Otro de los puntos distintivos del derecho penal del enemigo se hace consistir en la restricción de garantías procesales para los llamados *enemigos*, éstos no tienen porque beneficiarse de los principios procesales que restringen la actuación estatal respecto del derecho penal.

De acuerdo con el derecho penal del enemigo, los extraños a la normatividad se ubican en el plano de excepción de aquellos sujetos que por su peligrosidad potencial para la sociedad deben contar con menos derechos procesales que los ciudadanos normales, ese es el caso de los miembros de la delincuencia organizada.

México, en materia de delincuencia organizada, ha establecido varias disposiciones legales que dan cuenta de ciertos *relajamientos de las garantías individuales*, así como de excepciones a las formalidades del proceso penal. A manera de ejemplo tenemos los siguientes casos:

- a) La Constitución Federal en su artículo 16, séptimo párrafo establece que la retención de los indiciados puede prolongarse hasta por noventa y seis horas cuando se trate de la delincuencia organizada, cuando la regla general es de cuarenta y ocho.<sup>30</sup>
- b) De conformidad con el artículo 22, segundo párrafo, de la propia Constitución, no se considerará confiscación al decomiso que ordene la autoridad judicial respecto de los bienes del sentenciado o de aquéllos respecto de los que se conduzca como dueño, cuando se trate de delitos previstos como delincuencia organizada y no se acredite la legítima procedencia de tales bienes.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Artículo 43. Los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente Ley no tendrán derecho a los beneficios de la libertad preparatoria o de la condena condicional, salvo que se trate de quienes colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada.

Artículo 44. La misma regla se aplicará en relación al tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena a que se refiere la ley que establece las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

<sup>30</sup> Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

<sup>31</sup> Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el

- c) A diferencia del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales que señala que el arraigo domiciliario de una persona no podrá exceder del término de treinta días naturales, en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se autoriza el arraigo hasta por noventa días.<sup>32</sup>
- d) De conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, es factible investigar y fundamentar una averiguación previa con el dicho de testigos protegidos, es decir, con la reserva de su identidad, y también es factible hacer una reducción de pena según la incriminación que se dé respecto de otras personas, a través de lo que bien se puede considerar como una pena negociada.
- e) Lo mismo se puede decir de la propuesta de reforma del Ejecutivo Federal denominada como “Reforma Estructural al Sistema de Justicia Penal Mexicano” de marzo de 2004, que en el tema que nos ocupa establece que es necesario plantear una reforma al artículo 16 de la Constitución federal, a fin de que se deje claro que las excepciones que plantea la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada son perfectamente legales, dado que es la propia Constitución la que ordena que exista una ley que defina los delitos, términos y modalidades para su investigación y persecución.<sup>33</sup>

B) El segundo caso que traemos al análisis lo constituye “el dictamen de la iniciativa del decreto que reforma y adiciona diversos artículos del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la

decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

<sup>32</sup> Artículo 12. El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculcado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.

<sup>33</sup> El párrafo que propone adicionar la reforma al artículo 16 constitucional dice lo siguiente: “la ley definirá los casos en que los delitos se considerarán como de delincuencia organizada, así como los términos y modalidades para su investigación y persecución”.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en materia de Terrorismo Internacional”, ello se justifica, dado que a la luz del tema que es objeto de nuestro estudio, uno de los delitos que con más frecuencia es tomado como ejemplo respecto del derecho penal del enemigo, lo constituye precisamente el terrorismo.

Servirá de referencia para nuestros comentarios el Dictamen que formularon las Comisiones Unidas de Justicia y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores del 14 de julio de 2005.

Pues bien, lo primero que hay que decir es que, efectivamente, de la lectura de esta iniciativa se advierten algunas notas que resultan acordes con ese derecho de lucha o de combate, que plantea Jakobs y nos es dable afirmar que de aprobarse la citada iniciativa, en un futuro, en nuestro país, se contaría con la regulación expresa de la figura de la conspiración para cometer cualquier delito que la ley prevea, la novedad se presenta por que esta figura jurídica que se corresponde con un acto preparatorio, dejaría de estar como hasta ahora, sólo referida a los delitos que atentan contra la seguridad nacional tal y como lo dispone el artículo 141 del Código Penal Federal.

Ahora bien, como ya adelantamos, esta iniciativa también plantea la inclusión del tipo penal de terrorismo internacional, asignándole una sanción que va de quince a cuarenta años de prisión, destacando el hecho de que se considera punible incluso la mera amenaza de cometer el acto terrorista, la preparación y, por supuesto, la conspiración misma.<sup>34</sup>

#### IV. CONCLUSIÓN

De lo visto hasta ahora, parece claro que podemos afirmar que en nuestro país también se encuentran presentes disposiciones legales que apuntan hacia las características del llamado derecho penal del enemigo. Esto bien puede ser la conclusión de un diagnóstico inicial, pero quedaría pendiente definir si esa tendencia es una muestra negativa o positiva, es decir, si ese derecho planteado por Jakobs es correcto o incorrecto; si es válido o no; si sus planteamientos son autoritarios o bien si encuentran alguna justificación.

<sup>34</sup> Así se advierte en la redacción de los artículos 148 bis, 148 ter y 148 quáter del dictamen.

La verdad es que de ninguna manera pensamos en rebatir o poner en duda los planteamientos teóricos del maestro alemán, si acaso nos limitaremos sólo a dar algunas notas a manera de conclusión.

En principio, debemos decir que la postura de Jakobs en torno al derecho penal del enemigo resulta de difícil crítica, en buena medida porque el doctor parte de un plano de realidad indiscutible, existe una delincuencia que presenta características especiales respecto a la cual el Estado se ha visto rebasado. Además, al dar lectura a varios de sus trabajos se advierte una serie de matizaciones que dan cuenta, tanto de respuestas como de correcciones que tienen como origen las críticas y objeciones que le han sido formuladas. Así, por ejemplo, en su trabajo denominado “¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”.<sup>35</sup> Jakobs relaja su postura inicial respecto a los enemigos, pues ahora sí los considera como personas para los efectos del mensaje inicial de la prevención general positiva, sin embargo, hace hincapié en la necesidad de tomar en cuenta a la prevención especial, y es en ella en la que descansa su consideración respecto de tomar a los sujetos como *focos de peligro*, despojándolos del carácter de personas competentes, y equiparando el contenido material de la pena con el de una medida de seguridad (*custodia de seguridad*). Además, ofrece toda una explicación para dar soporte a los adelantamientos de la línea de defensa, cuando menos desde el plano de los delitos de peligro abstracto, mencionando que éstos resultan indispensables en una sociedad llena de contactos anónimos que exigen seguridad cognitiva.

En efecto, es innegable que existen formas de delincuencia que se muestran como altamente dañinas para la sociedad, peligrosas, violentas, sofisticadas y absolutamente preparadas para llevar a cabo una serie de actividades delictivas no sólo de forma reiterada, sino más bien de manera permanente.<sup>36</sup>

Como adelantamos, esta problemática ya ha sido puesta de relieve por distintos autores, quienes no obstante de no estar de acuerdo con las justificaciones de Jakobs en torno al derecho penal del enemigo, sí reconocen su

<sup>35</sup> Véase Internet, Jakobs, Günther, trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid.

<sup>36</sup> El término permanente, lo referimos a la duración del grupo delictivo y no la clasificación que corresponde al delito de delincuencia organizada por su forma de consumación.

punto de partida, por ejemplo, el doctor Jesús María Silva Sánchez señala: “que es innegable que la existencia de una criminalidad organizada, que, además opera, a nivel internacional constituye claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados)”.<sup>37</sup> En el mismo sentido el doctor Luis Gracia Marín, afirma:

...puesto que la existencia de enemigos en el sentido descrito es un hecho real, y puesto que la falta de seguridad cognitiva existente respecto a ellos —esto es, el peligro que los ordenamientos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico— es un problema que no puede ser resuelto con el derecho penal ordinario (del ciudadano) ni tampoco con medios policiales, de ahí resulta la necesidad —que no tiene ninguna alternativa posible— de configurar un derecho penal del enemigo diferenciando sus principios y sus reglas.<sup>38</sup>

Ahora bien, lo cierto es que todos los Estados, de una manera o de otra, buscan la forma de actuar en contra de este tipo de mal social, sin embargo, en muchas ocasiones se opta por tomar el camino que lleva a la legitimación de normas sumamente duras y, por supuesto, excepcionales, recurriendo para ello sólo a la legitimación que se deriva de la positivación de una idea del Estado que se eleva al rango de ley. En efecto, se afirma que por lógica jurídica, no puede ser ilegal lo que se encuentra plasmado en una ley. El razonamiento no es correcto. Lo cierto es que aun y cuando se encuentre prevista en una ley la forma en que los órganos del Estado harán frente a una determinada problemática —como lo puede ser la delincuencia organizada transnacional—, dicha ley aún tiene que pasar por el filtro de las garantías individuales, analizando si es que con sus disposiciones no se ve vulnerada alguna de éstas y, aún más, si no se contraponen con los derechos fundamentales que nuestro país ha incorporado a nuestra ley suprema por la vía de los tratados internacionales, digamos que aquí subyace la diferencia planteada por Elías Díaz entre un Estado de derecho y un Estado sólo con derecho.<sup>39</sup>

Creemos que México también vive esta problemática, y está claro que la tarea no es sencilla. Habrá que considerar que, en el caso concreto, nuestro

<sup>37</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999, p. 22.

<sup>38</sup> Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 4, p. 103.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 4.

país a incorporado las distinciones desde la norma constitucional misma, así, no tenemos ninguna duda que tal diferenciación no puede ser tildada de inconstitucional. Con lo anterior se concluye que la legitimación del relajamiento de garantías procesales encuentra asidero en la propia norma constitucional.

En relación con este último punto, se advierte de la lectura de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la existencia de un trato *desigual* respecto al plazo para retener a una persona que se encuentra detenida ante el Ministerio Público, así se lee en el artículo 16 constitucional párrafo séptimo lo siguiente:

...ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En el mismo tenor, se observa que la disposición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que autoriza escuchar comunicaciones privadas como una forma de legal de investigación<sup>40</sup> tiene su soporte constitucional en el párrafo noveno del artículo 16 de la carta magna, que señala:

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mis-

<sup>40</sup> Artículo 16. Cuando en la averiguación previa de alguno de los delitos a que se refiere esta Ley o durante el proceso respectivo, el procurador General de la República o el titular de la unidad especializada a que se refiere el artículo 8o. anterior, consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas, lo solicitarán por escrito al juez de distrito, expresando el objeto y necesidad de la intervención, los indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada; así como los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretenda probar.

Las solicitudes de intervención deberán señalar, además, la persona o personas que serán investigadas; la identificación del lugar o lugares donde se realizará; el tipo de comunicación privada a ser intervenida; su duración, y el procedimiento y equipos para la intervención y, en su caso, la identificación de la persona a cuyo cargo está la prestación del servicio a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención.

Podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores.

mas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

No hay duda que ambos casos dan cuenta de una *restricción* de las garantías procedimentales que operan de forma general para cualquier sujeto que se encuentre en el territorio nacional, pero, como dijimos, es una restricción que se da dentro del propio marco constitucional, por lo que en términos de lo dispuesto por el artículo 1o. de nuestra ley fundamental que señala: “en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”, no hay nada que alegar en contra, al menos, sería un punto más que imposible, que con los instrumentos de nuestro derecho interno pudiéramos combatir tales restricciones aun cuando resultaran contrarias a los planteamientos axiológicos que inspiran todo nuestro sistema penal.

Ahora bien, consideramos que no sucede lo mismo respecto de otras disposiciones en las que este tipo de normatividad de lucha o de combate contra los enemigos da un trato desigual a las personas que se encuentran sujetas a su aplicación. La diferencia estriba en que las demás restricciones procesales no se encuentran previstas en la Constitución en forma expresa, ni mucho menos con una fórmula general, por lo que es válido afirmar que tales limitantes, o si se quiere, para hacerlo más gráfico, tal ampliación de facultades de la autoridad investigadora pueden considerarse violatorias tanto al derecho fundamental que se encuentra plasmado en la garantía de igualdad que deriva del propio artículo 1o. de la Constitución federal, al que ya nos referimos, así como al de seguridad jurídica que se contiene en el propio artículo 16 constitucional primer párrafo y, por ende, resultar inconstitucionales.

Sin duda, el conocimiento de esta “irregularidad”, por llamarla de alguna manera, ha dado razón a que en la propia exposición de motivos de la iniciativa del Ejecutivo Federal de 2004 se haya señalado lo siguiente:

...resulta necesario que se adicione el artículo 16 constitucional a efecto de que se eleve al nivel de la ley fundamental la previsión de este tipo de delincuencia, pero sólo con la finalidad de evitar interpretaciones equívocas sobre el suficiente sustento de la ley secundaria y ésta se encargue de prever los casos en que se consideren de esta naturaleza los delitos, así como los términos y modalidades para su investigación y persecución. Cabe precisar, que se busca reservar el instrumento jurídico contra la delincuencia organizada para el fuero federal, como hasta ahora ha venido sucediendo, en razón de mantener en su mínima expresión el sistema penal y procesal especial que le aplica.

En efecto, ya el propio Jakobs, en su ponencia de 1985 de Frankfurt en el marco de Congreso de penalistas alemanes,<sup>41</sup> al defender el modelo de Estado liberal, señaló como ilegítimo adelantar la línea de intervención del Estado hasta el ámbito privado de los sujetos,<sup>42</sup> no obstante ello, también advirtió, que bien podían existir—incluso en el momento mismo de su ponencia— disposiciones de derecho positivo que se correspondieran con un trato de *enemigos* para ciertos sujetos, pero aclaró que ello no tiene problema siempre y cuando se entendiera como “un derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa”.<sup>43</sup> Sin embargo, posteriormente reconoció, o mejor dicho, corrigió aduciendo que no pueden presentarse en forma pura el derecho penal de los ciudadanos y el de los enemigos, pues parten de un solo contexto jurídico que gira en torno del enjuiciamiento de conductas delictivas.<sup>44</sup>

Al final de cuentas podemos decir que se reafirma un concierto doctrinal que reconoce la existencia de algunas conductas pertenecientes al ám-

<sup>41</sup> *Supra*.

<sup>42</sup> En concreto criticó, entre otros, el artículo 30 del Código Penal Alemán que prevé una forma de intervención anticipada, a manera de tentativa de participación.

<sup>43</sup> Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de derecho penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos *et al.*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 322 y 323.

<sup>44</sup> Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 35, pp. 21 y 22.

bito de lo penal que reclaman del Estado una actuación más severa que la que se utiliza para resto de los supuestos que criminaliza.

En efecto, creemos que no puede haber otra salida más que la que se derive de atender a una política criminal de *justicia distributiva*,<sup>45</sup> en la que se dé un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, ello, por supuesto, en relación con lo que el propio Estado considere como necesario de ubicar en uno u otro ámbito, sin soslayar en que para el trato desigual también será válido tomar en cuenta la experiencia de otros Estados, pues se debe tener presente que las conductas que generalmente se encuentran en el marco del derecho penal del enemigo son aquéllas que tienen que ver con la delincuencia organizada, y ésta no hay duda de que es absolutamente transnacional como consecuencia del acelerado desarrollo de la globalización.<sup>46</sup>

Tómese nota, que en México también contamos con normas que se adecuan a las características del llamado derecho penal del enemigo.

De igual manera, puede decirse que sólo en casos concretos, la *restricción de garantías procesales* se encuentra justificada mediante la previsión constitucional, es el caso de la duración de la averiguación previa con detenido tratándose de delincuencia organizada y la intervención de comunicaciones privadas.

Concluimos, también, que no puede justificarse, a nivel de ley secundaria, la existencia de un derecho penal que se muestre como una normativa de uso *emergente*, como un derecho de *excepción*, contando para ello, tan sólo, con el argumento de que se trata de *no personas*,<sup>47</sup> dado que su persistencia para comportarse contra lo mandado por la norma los convierte en *enemigos*, en sujetos diferentes a los ciudadanos. En contra de tal justificación nos resulta suficiente la objeción que opuso en su momento Gracia Martín, en el sentido de que con tales consideraciones se afecta de modo directo un valor fundamental e inherente al ser humano, la dignidad, lo que convierte a cualquier derecho en inválido, dado que no se puede perder de vista que el mismo sujeto que para Jakobs es un enemigo, no deja de ser una persona que como tal tiene características que le son inherentes por el

<sup>45</sup> Véase <http://www.uaem.mx/oferta/facultades/humanidades/filos/Arto-EticaV.htm>.

<sup>46</sup> Buscaglia, Edgardo y González Ruiz, Samuel, *Reflexiones entorno a la delincuencia organizada*, México, Itam-Inacipe, 2005, p. 34.

<sup>47</sup> Para Jakobs, se deja de ser persona cuando un sujeto no se comporta dentro de la expectativa normativa, y hace de ese comportamiento algo reiterado, habitual, lo que no permite que se pueda tener seguridad cognitiva, y por tanto dicha conducta realizada por el individuo lo coloca en el plano de un enemigo para el Estado.

simple hecho de ser un ser humano y, por tanto, no puede ser reducida a una mera concepción normativa.<sup>48</sup>

No obstante, tampoco somos ajenos y mucho menos indiferentes, a la necesidad de reaccionar en contra de esas conductas que el Estado mexicano ha incluido en el catálogo de la delincuencia organizada, pero insistimos, con la negativa a aceptar una normativa así sólo con argumentos como los siguientes:

No puede tratarse igual a las personas que cometen delitos ocasionales, que a quienes cotidianamente asumen patrones de conducta profesional para atentar contra el Estado y la sociedad. Por ello, la lucha eficiente contra la delincuencia organizada es un presupuesto necesario para fortalecer al Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos en México.

La delincuencia organizada atenta contra los principios básicos de la vida comunitaria y de la esencia estatal, generando descomposición social e inestabilidad política.

Lo anterior, debilita el Estado de derecho y la capacidad efectiva de las instituciones públicas para defender los derechos fundamentales del ser humano.

Dicho de otra forma, se preserva el régimen de excepción en el combate a este tipo de delincuencia, y ante la adopción de un modelo acusatorio para la delincuencia común, se incorporan a esta Ley las principales figuras de la averiguación previa propia del modelo procesal mixto que actualmente rige el procedimiento en delitos de esta naturaleza, de manera que se mantiene un esquema con tendencia inquisitiva dentro de la averiguación previa y un modelo mixto para el proceso penal.<sup>49</sup>

Esta forma de argumentar sólo puede partir de la consideración de los llamados enemigos, de las no personas.

Una opción que se ha reconocido es la que parte de entender que, si bien es cierto, en el combate a la delincuencia organizada se identifica con los planteamientos del derecho penal del enemigo, de cualquier forma se debe tomar en cuenta el principio de necesidad de aseguramiento cognitivo frente a peligros y quedar limitado en virtud de una ponderación de males

<sup>48</sup> Gracia Martín, *op. cit.*, nota 4, pp. 235-244.

<sup>49</sup> Texto de la exposición de motivos que en torno a las reformas a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada contiene la iniciativa del Ejecutivo de 2004, citada *supra*.

de la que resulta que aquél es el mal menor, dejando ver la posibilidad de considerarlo como un derecho de medidas.<sup>50</sup>

Por nuestra parte, en principio, consideramos indispensable trabajar a nivel constitucional en una justificación que apunte hacia una *legislación especial*,<sup>51</sup> pero en la cual se entienda que forma parte del propio derecho penal, y que en él se da cabida a una serie de disposiciones que se especializan en realizar una criminalización particular, pero que de ninguna manera se deja de reconocer a los receptores del mensaje normativo como individuos competentes y susceptibles de asimilar la prevención general positiva, y que en lo que corresponde a la ejecución se pueda tener la esperanza tanto de reafirmar la vigencia de la norma, como, en casos particulares, sostener limitantes que operen con criterios de peligrosidad que puedan justificar un trato diferente al de los demás, en aras de una prevención especial, pero en todo caso conservando la atención estricta al principio de legalidad y a los derechos fundamentales, independientemente de que se puedan ampliar términos, plazos o formas de investigación, pues también deberán coexistir los sistemas de control de la propia actuación del Estado, a fin de evitar excesos.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Idea sostenida por Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 4, p. 34.

<sup>51</sup> Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado que las leyes especiales no resultan violatorias de garantías individuales tal y como se desprende de la siguiente jurisprudencia: LEYES PRIVATIVAS. SU DIFERENCIA CON LAS LEYES ESPECIALES. Las leyes privativas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia, encontrándose prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido a que atentan contra el principio de igualdad jurídica; mientras que las leyes especiales, aun cuando se aplican a una o a varias categorías de personas relacionadas con hechos, situaciones o actividades específicas, sí se encuentran investidas de las características de generalidad, abstracción y permanencia, dado que se aplican a todas las personas que se colocan dentro de las hipótesis que prevén y no están dirigidas a una persona o grupo de ellas individualmente determinado, además de que su vigencia jurídica pervive después de aplicarse a un caso concreto para regular los casos posteriores en que se actualicen los supuestos contenidos en ellas, no transgrediendo, por tanto, el citado precepto constitucional.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número 18/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho". Tesis: P./J. 18/98, materia constitucional, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, marzo de 1998, t. VII, p. 7.

<sup>52</sup> Buscaglia, Edgardo y González Ruiz, Samuel, *op. cit.*, nota 46, pp. 33-56.

De cualquier forma creo que hasta este momento las soluciones sólo son parciales y aparentes, pues no es dable afirmar que exista una opción que pueda surgir como portadora de la finalidad que inspira al derecho penal del enemigo (la que se reconoce como necesaria), como lo es el aseguramiento de la sociedad contra hechos futuros<sup>53</sup> y el combate a los delincuentes a través de la coacción<sup>54</sup> ello en virtud de que constituye una asignatura pendiente la justificación para el trato diferente de dos sujetos que delinquen, de dos sujetos que tienen el carácter de individuos, de dos sujetos que tienen el carácter de persona, y que por tal motivo no pueden ser tratados de modo diferente, sin que con ello se pueda alejar que tal instrumentación jurídica puede ser constitutiva de una mera razón de Estado que se soporta en su imposibilidad de enfrentar la constante evolución delictiva.

<sup>53</sup> Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 35, p. 40.

<sup>54</sup> Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 4, pp. 23 y 27.