

SISTEMA PENAL Y DERECHOS HUMANOS

Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La justicia penal ante la globalización*. III. *Derechos humanos y justicia penal*. IV. *Reforma penal y derechos humanos*. V. *Reflexión final*.

I. INTRODUCCIÓN

La tendencia de la justicia penal en los últimos años se ha orientado a una expansión como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría, en el permanente, recurso de la reforma a la legislación penal, una solución aparente los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública), lo que podría resolverse en el ámbito de lo instrumental (de la protección efectiva).¹

En este orden de ideas, aun cuando el sistema de justicia penal debería orientarse al establecimiento de las condiciones que posibiliten el libre desarrollo personal de los ciudadanos,² encontramos una política criminal que pretende dar respuesta a la denominada “sociedad del riesgo”, a partir de una notable ampliación de los ámbitos sociales, objeto de intervención penal (estructuras delictivas organizadas, con especial mención del terrorismo), la necesidad de acomodar los contenidos de la justicia penal y procesal penal a las dificultades especiales que plantea la persecución de la nueva delincuencia, implica reconsiderar o flexibilizar el sistema de impu-

¹ Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001.

² Díez Ripollés, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-01, 2005, p. 7, consultable en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

tación de responsabilidad y de garantías individuales vigentes, lo que se hace en función de la necesidad político-criminal de mejorar la efectividad en la investigación y los procedimientos penales, y la idea de que con mayor frecuencia los operativos policiales se desarrollen por equipos multinacionales de forma simultánea en varios países, a pesar de las inherentes dificultades de organización y coordinación que conllevan.

Al respecto, podemos identificar algunas de las consecuencias de esta política criminal en la justicia penal, como sería el incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos tipos penales; el predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo, y la anticipación del momento en que procede la intervención penal, se consideran punibles comportamientos, antes sólo administrativos, civiles o mercantiles; se generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados, además de que se camina hacia un adelgazamiento de los derechos humanos y las garantías individuales so pretexto de una mayor eficiencia institucional.

II. LA JUSTICIA PENAL ANTE LA GLOBALIZACIÓN

Actualmente los márgenes de una reforma penal en el ámbito nacional son cada vez menores, entre otros motivos, por los propios efectos de la globalización, lo que exige adoptar ineludiblemente medidas acorde con ésta.³ Para ello, la seguridad pública⁴ obliga a la vigencia del Estado de derecho, y se traduce en una condición necesaria para propiciar el desarrollo del Estado; los habitantes del país tienen el derecho fundamental de vivir con seguridad y a ser protegidos en su persona y en sus bienes, al tiempo

³ El primer reflejo de esta necesidad que permitió a los Estados adoptar medidas internacionales fue la aprobación del Estatuto de Roma para casos particulares de genocidio o de lesa humanidad. Para conocer la situación actual de este organismo internacional de derecho penal consúltese “El Estatuto de Roma”, en Moreno Hernández, Moisés (coord.), *Memoria de la Conferencia Internacional: El Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus Implicaciones en el Derecho Nacional de los Países Latinoamericanos*, México, CEPOLCRIM, 2004.

⁴ Recasens Brunet, Amadeu, “Algunas reflexiones sobre la seguridad: respuestas complejas para sociedades complejas”, *Revista Catalana de Seguridad Pública*, núm. 8, Barcelona, junio de 2001, pp. 11-16.

que los órganos encargados de la seguridad pública se encuentran obligados a actuar con oportunidad en la prevención del delito, y cuando ésta falle, en la investigación y formal procesamiento de los responsables.⁵

La vulnerabilidad de las sociedades ante las redes internacionales de la delincuencia organizada constituye, sin lugar a dudas, una amenaza de primer orden, al grado de ser considerado como tema de seguridad nacional, al poner en riesgo la soberanía o la independencia del Estado mismo.⁶ Dado el estado actual de la cuestión, todo indica que nos enfrentamos a una crisis de largo recorrido.

Desde un punto de vista abstracto, la tendencia de los sistemas penales puede tener dos direcciones opuestas. Ya sea orientada hacia el modelo del derecho a la seguridad o hacia el modelo de la seguridad de los derechos. El primero corresponde a la tendencia dominante en Europa⁷ y en los Estados Unidos de América,⁸ la orientación, hacia el segundo modelo, representada por notables experiencias de política de seguridad, constituye no sólo un modelo alternativo legítimo, sino también una opción posible pero improbable. Esta opción corresponde a una política integral de protección y satisfacción de todos los derechos humanos.⁹

En este sentido, una política integral de protección y satisfacción de los derechos humanos no es sólo un modelo posible, alternativo al que ya existe; sino que es también un modelo legítimo, porque corresponde a la validez real de las normas contenidas en la Constitución, al derecho internacional de los derechos humanos y a la demanda social de aplicación y reconocimiento de estas normas jurídicas.¹⁰

⁵ Plascencia Villanueva, Raúl, “Reforma penal y seguridad jurídica (Racionalismo jurídico y derecho penal mínimo)”, *Revista Jurídica. Locus Regis Actum*, nueva época, núm. 24, México, diciembre de 2000.

⁶ Más en detalle López-Ayllón, “Globalización y transición del Estado nacional”, *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, pp. 275 y ss.

⁷ Especialmente, Baratta, Alessandro, “El concepto actual de seguridad en Europa”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 8, Barcelona, junio de 2001, pp. 17-30; Díez Ripollés, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, nota 2, pp. 2 y ss.

⁸ Al respecto, Nils, Christie, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, trad. de Sara Costa, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, pp. 101-132.

⁹ Valle Martínez, Antonio del, “Seguridad pública y derechos humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 106, septiembre-noviembre de 2002, pp. 53 y ss.

¹⁰ Sobre un panorama general de la política criminal y seguridad pública en nuestro país, consúltese Barros Leal, César (coord.), *Violencia, política criminal y seguridad pública*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

La orientación adecuada de un sistema de justicia penal debe mantener un entorno en que todos los derechos humanos sean respetados y protegidos, y este objetivo no es factible cuando se socavan las libertades básicas, porque se cierra el espacio democrático. Pero hay que aclarar que nadie que esté a favor de los derechos humanos cuestiona la legitimidad de las acciones del Estado frente a la delincuencia, de la necesidad de reforzar las medidas de seguridad, de la responsabilidad del Estado de proteger a la población y establecer las condiciones para el desarrollo social, pero todo ello en apego a un marco jurídico claro que evite el abuso del poder.

El que la delincuencia organizada haya alcanzado el estatus internacional no es un fenómeno nuevo.¹¹ En la mayoría de los casos supone la adaptación de figuras delictivas antiguas a las condiciones científicas, técnicas y sociales actuales. Esta evolución se observa en cualquier época, pero parece que ha cobrado renovada energía particularmente en el último siglo, donde el progreso científico, de forma sobresaliente, se ha convertido en uno de los principales pilares de las organizaciones delictivas. La adaptación de la criminalidad a las nuevas condiciones de vida ha propiciado de forma natural el salto a la internacionalización.

Como respuesta a ello, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas designó un comité especial para encargarse de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional,¹² el cual estuvo integrado por Italia, como encargada de presidir esta comisión, y por ciudadanos representantes de Japón, Túnez, Venezuela, Eslovaquia, Francia, México, Ecuador, Polonia, Pakistán y Sudáfrica, quienes sostuvieron once periodos de sesiones a partir del 29 de enero de 1999.

En diciembre de 2000, se suscribió en Palermo, Italia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho que motivo en la comunidad internacional el reconocimiento de nuevas fórmulas para enfrentar a la delincuencia, como sería el caso de plazos de prescripción prolongados, la entrega vigilada, la vigilancia electrónica, las operaciones encubiertas y la celebración de acuerdos internacionales

¹¹ Williams, Phil, “Cooperación entre organizaciones criminales”, trad. de Isabel Vericat Nuñez, en Berdal, Mats y Serrano, Mónica (comps.), *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 108 y ss.

¹² Para conocer mayores detalles, consúltese Vlassis, Dimitri, “La Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado”, trad. de Isabel Vericat Nuñez, *ibidem*, pp. 131 y ss.

bilaterales o multilaterales para utilizar las nuevas técnicas de investigación bajo la figura de la cooperación.

De igual manera, se establece el ámbito de aplicación de la misma, determinándose que se circunscribe a la prevención, investigación y enjuiciamiento de los delitos tipificados en la Convención. Se puntualiza lo relativo a la protección de la soberanía de los Estados parte; la penalización de la participación de un grupo delictivo organizado; la penalización del blanqueo del producto del delito; las medidas para combatir el blanqueo del dinero; la penalización de la corrupción, y las medidas contra ésta.

III. DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL

Los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, donde unos aviones de líneas comerciales, previamente secuestrados por un grupo de individuos, se estrellaron contra las Torres Gemelas, en Nueva York, y en el edificio del Pentágono, en Washington, ocasionaron graves daños a las edificaciones, así como miles de víctimas que se encontraban trabajando ahí en esos momentos, lo que originó una nueva tendencia en el ámbito de la justicia penal ante la evidente vulnerabilidad y, en cierto sentido, el fracaso de las normas de seguridad aceptadas internacionalmente, así como un nuevo discurso a favor de mayores facultades para las autoridades, a costa de restricciones a los derechos e incluso la posibilidad de perder la libertad.

Esto nos conduce a reflexionar lo siguiente: ¿cuán válido es, y hasta qué grado, limitar los derechos fundamentales?, ¿qué representa una mayor amenaza para la sociedad, una delincuencia cada vez con mayor capacidad letal o la falta de controles adecuados para el desempeño de la función pública? Estas interrogantes habrá que analizarlas a la par de los mecanismos de control que hoy en día se aplican tanto en el ámbito internacional como nacional para proporcionar una paz y seguridad a todas las personas.

Toda vez que podrían estar en juego no sólo libertades específicas, sino también el consenso básico que las garantiza, el mismo fundamento filosófico y político del sistema de garantía de los derechos fundamentales: la universalidad de los derechos humanos, cuya piedra angular es el concepto de la igualdad y el respeto a la dignidad de todos los seres humanos.

Actualmente, la justicia penal exhibe simultáneamente dos caras opuestas. En una de ellas, el sujeto sólo responde por la lesión o puesta en peligro

del bien jurídico protegido. En este sentido, la pena adquiere funciones preventivas y no se interrumpen las garantías individuales. En la otra, por el contrario, el sujeto aparece como emanación de peligro, como un riesgo para la seguridad del Estado.¹³ Se alude, entonces, a un singular derecho penal de excepción, cuyo fin es combatir peligros, fundamentalmente, a través de las medidas de seguridad, y en el que se restringen determinados derechos fundamentales por una supuesta razón de Estado.

El pretender enfrentar un fenómeno social en términos de una “guerra global permanente contra la delincuencia”, implica la pretensión de asumir la estructura de la guerra en su relación con los sujetos, y sería como si nos encontráramos ante un eterno Leviatán, en el que es el Estado el que desconfía de todos. Ahora, la guerra, reservada antes a la resolución de conflictos externos entre Estados, se anuncia como una actividad policial en un instrumento de pacificación interna. Se oferta como una batalla permanente sin límites en lo espacial y temporal, en la que los enemigos no tienen una localización en otro Estado, sino en el Estado mismo.¹⁴

Atento a lo anterior, surge una configuración permanente de un derecho penal y procesal penal autoritario, simbolizada en las leyes, proyectos y anteproyectos antiterroristas y de delincuencia organizada más recientes de Estados Unidos, Italia, Francia y Reino Unido.

¹³ Véase el ejemplo del derecho penal español en Faraldo Cabana, Patricia, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 299 y ss.

¹⁴ Señala Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 123 y ss. “Para hacer frente a los enemigos se recurre en las sociedades modernas a regulaciones con unas características determinadas tales que permitirían identificarlas como típicas de un derecho penal del enemigo... Así, la circunstancia específica de pertenencia a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones, a veces considerables, de las penas correspondientes a los hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de la organización. Pero tal vez sean las regulaciones que toman como base los datos específicos de abandono permanente del derecho y amenaza permanente a los principios básicos de la sociedad (falta de seguridad cognitiva), las que representen de modo más genuino al derecho penal del enemigo”.

A modo de referencia, cabe destacar la *Patriotic Act*, promulgada en Estados Unidos el 26 de noviembre de 2001, poco después de los hechos ocurridos en ese país. La ley ofrece un poder casi absoluto del Estado en su

...lucha contra el terrorismo, sin respetar las garantías penales y procesales. Entre sus preceptos legales, muchos de ellos contradictorios con el Estado democrático de derecho y tratados internacionales, cabe la posibilidad de intervenir todas las comunicaciones de un presunto terrorista sin necesidad de autorización o mandato judicial; la posibilidad de detención de un extranjero por un plazo máximo de siete días, sin necesidad de presentar cargos contra él; el pago de recompensas por el suministro de información sobre sospechosos de terrorismo o el establecimiento de tribunales militares secretos que juzgarán a extranjeros acusados de terrorismo, y mantendrán de forma indefinida en secreto todos los extremos del procedimiento, salvo el nombre del acusado y la condena impuesta.¹⁵

En consecuencia, la “protección de la seguridad del Estado”, que la *Patriotic Act* pretende garantizar, reduce sustancialmente los derechos de los inmigrantes, puesto que, en algunos casos, se permite la detención indefinida de los no-ciudadanos con el pretexto de un riesgo para la seguridad del país.

Por tanto, no pasa desapercibida, en la *Patriotic Act*, la inclusión del denominado terrorismo doméstico, porque ha relajado el círculo de los enemigos. Esto es, el objetivo de esta ley ya no es exclusivamente el inmigrante, sino cualquier ciudadano.

Sin embargo, ante la inminente finalización del periodo de validez de la *Patriotic Act*, se aprobó la *Patriotic Act II*, en la que se acrecientan, aún más si se puede, las competencias de gobierno y las prerrogativas policiales en detrimento del control judicial.¹⁶

En este proyecto se admiten detenciones indefinidas hasta conseguir la existencia de indicios de criminalidad contra esa persona. Esto es, no se priva de la libertad a un sujeto cuando hay razones para pensar en su participación en un hecho delictivo, sino que, sin concurrir esas pruebas, se le detiene hasta encontrarlas. Al mismo tiempo, se concede al gobierno la facultad de retirar la ciudadanía a la persona relacionada con una orga-

¹⁵ En este sentido, Portilla Contreras, Guillermo, *Globalización del antiterrorismo. El retorno del derecho penal al estado de naturaleza*, pp. 40 y ss.

¹⁶ *Idem.*

nización terrorista o que la apoye. Asimismo, se permite la revocación del estatus de residencia legal.

Por último, cabe destacar que el citado proyecto de ley incrementa las competencias del FBI, al concederle la facultad de investigar en países extranjeros y el acceso a informes confidenciales sin consentimiento ni proceso judicial.

Por otra parte, en Inglaterra destaca la *Anti-terrorism, Crimen and Security Bill* de 2001, que establece disposiciones para combatir la financiación del terrorista, el control de las comunicaciones de los investigados, la expulsión y la denegación de asilo a los sospechosos de terrorismo. El contraste entre esta norma y lo previsto en el artículo 5o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del que es parte el Reino Unido, fue tan evidente que la propia Ley, en su sección 30, prevé la inaplicación de tal artículo del Convenio, alegando la existencia de una emergencia pública.¹⁷

Pero, tras el atentado del 7 de julio de 2005 en Londres, fue necesario acelerar el proceso de reforma a la Ley de prevención del terrorismo de marzo de 2005, en donde se realizó la reunión del G-8 (los países más industrializados del mundo: Estados Unidos, Rusia, Alemania, Reino Unido, Francia, Japón, Italia y Canadá), celebrada en Sheffield (norte de Inglaterra) a principios de julio del mismo año. Aunque, cabe mencionar que este tipo de iniciativas no son nuevas, ya que los jefes de Estado y de Gobierno del G-8 ratificaron, en la Cumbre de Halifax de 1995, sobre los peligros globales que plantea la criminalidad organizada transnacional, y constituyeron un grupo de expertos de alto nivel, el denominado Grupo de *Lyon*, con la misión de analizar y evaluar los instrumentos internacionales existentes y los mecanismos de lucha contra esta delincuencia internacional y proponer medidas para cubrir los posibles vacíos.¹⁸

El resultado de estas discusiones fue el Proyecto de ley sobre terrorismo, de octubre de 2005, que tiene como objetivo prioritario aumentar el control sobre las librerías, centros, redes y páginas *web* calificadas como extremistas. Asimismo, crear una nueva figura delictiva, la apología del terrorismo, ya que el que fomente o promueva esta actividad delictiva será sancionado con una punibilidad de siete años. La misma punibilidad se im-

¹⁷ Datos tomados de Portilla Contreras, Guillermo, *ibidem*, pp. 37 y ss.

¹⁸ Para un panorama general de la actuación policial en Inglaterra, véase Leigh, Adrian, "La actuación policial en Inglaterra y el País de Gales: avances nacionales en la gestión del rendimiento", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 8, Barcelona, junio de 2001, pp. 31-50.

pone a los que distribuyan publicaciones terroristas, las entregue, oferte su publicación para la venta, ponga a disposición de terceros servicios para que las obtenga, transmita el contenido electrónicamente o lleve a cabo estas actividades a través de Internet.

Esto ha permitido que el gobierno británico tenga la posibilidad de proceder a la deportación de los que tengan alguna relación directa o indirecta con los terroristas. Así, si tal proyecto llega a convertirse en ley se deportará a todos los que promuevan la violencia o fomenten el odio entre comunidades en el Reino Unido.

Por otro lado, las reformas legislativas del Estado español en la materia, fundamentalmente la Ley Orgánica 7/2003 del 30 de junio,¹⁹ con el aumento del tiempo máximo de prisión a 40 años; la flexibilización de la prisión sin juicio; la expulsión de todo extranjero responsable de un delito, o la drástica reducción de los mecanismos de adaptación a la situación de libertad, y el correlativo refuerzo de la ideología del cumplimiento íntegro de las penas.

En Italia, la Ley del 15 de diciembre de 2001, núm. 438, engloba un conjunto de disposiciones urgentes destinadas a contrarrestar el terrorismo internacional y se conceden nuevas competencias a la policía. Sin embargo, so pretexto del atentado en Londres, el 7 de julio de 2005, el Consejo de Ministros italiano elaboró nuevamente un paquete de medidas urgentes contra el terrorismo bajo el Decreto-Ley núm. 14, que contiene una normativa que se aleja del control judicial y quebranta derechos básicos como la presunción de inocencia, el derecho a la integridad física, a la seguridad, a la confidencialidad, a la dignidad personal, entre otras garantías.²⁰ Por ejemplo, la atribución de poderes policiales excepcionales por el gobierno italiano se confirma en la concesión de una prórroga del plazo de detención policial, que pasa de doce a veinticuatro horas cuando la identificación sea particularmente compleja, extendiéndose tal capacidad, no sólo sobre los imputados por la autoridad judicial, sino también sobre aquellas personas que, a juicio de la policía judicial, pueden ser calificadas como sospechosas.²¹

¹⁹ Sobre el particular consúltese, entre otros, Cancio Meliá, Manuel, “¿Derecho penal del enemigo?”, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 69 y ss.

²⁰ Los datos son tomados de Portilla Contreras, Guillermo, *op. cit.*, nota 15, p. 34.

²¹ Más en detalle, Faraldo Cabana, Patricia, *op. cit.*, nota 13, pp. 300 y ss., quien analiza qué medios se han dispuesto para lograr una mayor eficacia contra la delincuencia organizada, particularmente en el caso del terrorismo, al ser considerados de gran peligrosidad.

En el caso de Francia, existe la Ley núm. 2001-1062, del 15 de noviembre 2001, sobre seguridad cotidiana, en la que no solamente ha incrementado el poder policial de intervención en la esfera de la libertad personal de los ciudadanos, sino también ha extendido la competencia estatal en el control de las comunicaciones entre presuntos terroristas. Esta disposición presenta una incierta constitucionalidad, pues infringe los principios de inviolabilidad personal y la confidencialidad de las comunicaciones, así como el fundamental principio de presunción de inocencia, al apoyar tanto la restricción de la libertad como la interferencia de la privacidad en exclusivas razones de sospecha.²²

En consecuencia, la situación asociada al atentado ha generado el arquetipo de las vigentes políticas de seguridad contra los “enemigos”, y una extensión del concepto no-persona/no-ciudadano o bien no-derecho con un claro resurgimiento de ideas de los siglos XVIII y XIX.

Ahora bien, ¿qué situación guarda nuestro sistema jurídico penal ante los cambios legislativos tanto de Estados Unidos como de Europa?

El decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre de 1993 permitió que el anteproyecto a Ley Federal de Lucha Contra la Delincuencia Organizada (LFCDO)²³ tuviera, poco a poco, cabida en nuestro ordenamiento jurídico, pero no fue sino hasta julio de 1996 que, como consecuencia de una propuesta de reformas constitucionales, se introdujeron una serie de estrategias político-criminales de carácter procesal para actuar en contra de las organizaciones delictivas, modificando los artículos 16, 22 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política.²⁴

Tales modificaciones constitucionales dieron entrada a lo que algunos denominamos un derecho penal de excepción, toda vez que se reconoce a

²² Portilla Contreras, Guillermo, *op. cit.*, nota 15, pp. 36 y 37.

²³ En este sentido, Aguilar López, Miguel Ángel, “Reflexiones sobre la delincuencia organizada”, *Revista Tepantlatlo*, época 1, núm. 5, México, 1999. pp. 15-19; Brucet Anaya, Luis, *El crimen organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia en México)*, México, Porrúa, 2001. p. 738; explica que “dentro del marco de desarrollo la delincuencia organizada está adaptando sus operaciones ilícitas a las nuevas realidades políticas y económicas que nacen de un modo globalizado. La globalización enmarca precisamente una nueva, vigorosa y moderna fuerza ideológica, sustentada en el respeto, la tolerancia, la capacitación y educación, el bienestar, la integración y solidaridad, la responsabilidad, la productividad, la eficacia, la democracia, la competitividad, el acceso a oportunidades y el desarrollo”.

²⁴ Más en detalle, Moreno Hernández, Moisés, “Delincuencia organizada y medios de control en México”, *op. cit.*, nota 3, p. 15.

la conspiración como tipo penal, se autoriza la intervención de comunicaciones privadas;²⁵ se incrementa el plazo del arraigo hasta por 90 días;²⁶ la denuncia anónima; el aseguramiento y decomiso de bienes producto de actividades ilícitas;²⁷ la protección de testigos;²⁸ la reserva de identidad de testigos, nuevas reglas para la acreditación del tipo penal de delincuencia organizada y el perdón legal, así como todo un régimen beneficios para los casos de colaboración con la justicia, sólo asequible para los delincuentes organizados,²⁹ entre otros cambios.

Hoy, a diez años de vigencia de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada,³⁰ y aun cuando se ofertó inicialmente posibilitar una actuación más eficaz y contundente contra las organizaciones delictivas dedicadas al narcotráfico, lavado de dinero, tráfico de personas, y terrorismo, lamentablemente ello ha propiciado un incremento en la violencia de los delincuentes organizados, así como una mayor presencia de los miembros de la delincuencia organizada en todo el territorio nacional, con una gran letalidad en sus acciones, los ajustes de cuentas, así como las agresiones en contra de miembros de corporaciones policiales, que circunstancialmente se han recrudecido a partir del surgimiento de este nuevo marco jurídico.

²⁵ Hernández Pliego, Julio, “Delincuencia organizada y clonación telefónica”, *Bien común y gobierno*, núm. 68, año 6, México, julio de 2000, pp. 43 y ss; Plascencia Villanueva, Raúl, “La tutela penal del derecho a la intimidad, la vida privada y el honor”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núms. 213 y 214, México, t. XLVII, mayo-agosto de 1997.

²⁶ Brucet Anaya, Luis Alonso, “El arraigo en materia de delincuencia organizada”, *Revista Mexicana de Justicia*, sexta época, núm. 6, México, diciembre de 2003.

²⁷ Plascencia Villanueva, Raúl, “Comentario a la iniciativa de Ley Federal para la Administración de Bienes Asegurados, Decomisados y Abandonados”, *Revista Criminología*, año LXIV, núm. 1, México, enero-abril de 1998.

²⁸ Macedo de la Concha, Rafael (coord.), *La delincuencia organizada*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1994; Rudi, Daniel Mario, *Protección de testigos y proceso penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003.

²⁹ Mapelli Caffarena, Borja, “Problemas de la ejecución penal frente a la criminalidad organizada”, *Investigaciones Jurídicas*, segunda época, vol., VIII, núm. 66, México, enero-junio de 1999, pp. 91-122.

³⁰ Como antecedente, consúltese González Ruiz, Samuel, “Estrategias de la política nacional e internacional frente al crimen organizado”, *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI (coloquio internacional)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1996; Plascencia Villanueva, Raúl, “Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”, *Anuario Jurídico*, nueva serie, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

Sin embargo, hoy día se insiste en la reforma penal como una aparente solución a los problemas derivados de una delincuencia fuera de control.

IV. REFORMA PENAL Y DERECHOS HUMANOS

En las últimas dos décadas surgió un movimiento que pretende combatir a la delincuencia a partir de lo que se denomina derecho penal del enemigo, en donde las normas jurídico-penales ya no se rigen por los principios de garantía y las reglas de imputación que suelen postularse como elementos irrenunciables de la *ratio* de un Estado de derecho.

A partir del programa presentado por Jakobs en 1985, con la ponencia presentada al Congreso de los penalistas alemanes en Frankfurt, bajo el título “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”,³¹ donde utiliza la expresión derecho penal del enemigo para criticar la tendencia antiliberal y bélica, la que contrariamente justifica al presentar otra ponencia en Berlín, en octubre de 1999.³²

En este sentido, la propuesta de Jakobs³³ supone que el Estado, en uso de todo su poder, aborte el diálogo con los ciudadanos y amenace a sus enemigos, conminando sus delitos con penas severas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico, por lo que:

...no se trata en esos supuestos de un injusto de la preparación, sino únicamente del injusto parcial de una perturbación de la paz jurídica, en otras palabras, el derecho penal del enemigo ha sentado las bases conceptuales, intelectuales y filosóficas de un derecho penal que, en realidad, no es derecho, sino guerra contra los malos y los peligrosos.³⁴

³¹ El citado trabajo es tomado de *Estudios de derecho penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Madrid, Civitas-UAM, 1997, pp. 293-324.

³² Para un análisis detallado de las dos ponencias de Jakobs sobre lo que quiso decir del derecho del enemigo, consúltese Prittowitz, Cornelius, “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del derecho penal?”, revisión de Juan Carlos Hortal Ibarra, en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.) y Gómez Martín, Víctor (coord.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 107-119.

³³ Desde un sentido crítico, Gracia Martín, Luis, “Derecho penal del enemigo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-02, 2005, consultable en <http://crimint.ugr.es/recpc>, pp. 2-5.

³⁴ “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”, *op. cit.*, p. 318.

Las reformas al sistema de justicia penal mexicano, sobre todo a partir de 1996 con el surgimiento de la LFCDO denota claramente una política de Estado contra el enemigo, que contraviene claramente con los principios básicos de un derecho penal democrático y más aún en la protección de los derechos humanos, porque ¿dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?, ¿quién define al enemigo?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley?

Para responder a las diferencias entre ciudadano y enemigo, Silva Sánchez³⁵ propone la siguiente particularidad: el tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas, y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expedito.

Así, sin necesidad de llegar al grado radical de Rousseau o Fichte, para quienes todo delincuente es un enemigo que pierde los derechos obtenidos en virtud del contrato social, sólo resulta explicable, en un entorno del siglo XVIII, la postura de Hobbes y Kant, quienes consideran que se ha de privar del estatus de ciudadano a todo aquel que muestre una tendencia a persistir en el delito,³⁶ ya que en la actualidad el carácter universal de los derechos humanos y la idea de estar a lo más favorable para la persona, dista mucho de una posibilidad de restarle el estatus de persona, por el contrario deben sumarse esfuerzos para ampliar los derechos que se le reconocen.

³⁵ Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, nota 1, pp. 164 y ss.

³⁶ Para mayores detalles de estos datos histórico-filosóficos, consúltese Jakobs, Günther, "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 25-32; Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 33, pp. 11-18. "Este derecho penal del enemigo parece tener el aval de una sólida tradición filosófica en la modernidad, la cual es invocada como garantía antecedente de los fundamentos legitimadores actuales del derecho penal del enemigo. Si bien no va a ser posible aquí desarrollar ningún debate acerca de si es cierto que de los precedentes históricos iusfilosóficos y de filosofía política invocados se pueden derivar las ideas legitimadoras que quieren extraer los defensores del derecho penal del enemigo, me parece sumamente útil e ilustrativo exponer aquí un esbozo de dichos precedentes, y por cierto, de alguno más de los que son invocados en el discurso del derecho penal del enemigo", pp. 11 y 12; del mismo autor, *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; donde desarrolla, con lujo de detalle, los orígenes y fundamentos del derecho penal del enemigo.

Por otra parte, Gracia Martín explica a quién se le ha de llamar enemigo y de qué manera:³⁷

Diferentes de los ciudadanos que han cometido un hecho delictivo son los enemigos. Estos son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, y demuestran este déficit por medio de su comportamiento. Las actividades y la ocupación profesional de tales individuos no tienen lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son más bien la expresión y el exponente de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del derecho y que está dedicada a actividades inequívocamente delictivas. Este es el caso, por ejemplo, de los individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etcétera, y, en general, de quienes llevan a cabo actividades típicas de la llamada criminalidad organizada.³⁸

El reforzamiento legislativo en los Estados mediante la idea de una prevención situacional, estrechamente vinculada con lo que en el ámbito anglosajón se ha denominado la criminología de la vida cotidiana, que consiste en el conjunto de estrategias que pretenden reducir las circunstancias favorables a los comportamientos desviados o criminales, fundamentalmente mediante la delimitación de los espacios de vida de los sujetos.

En este contexto, se normaliza la gestión del control social con base en una política de cultura de la emergencia o de la excepcionalidad, la cual ha sido uno de los fenómenos más propiamente europeos en los años setenta, como respuesta a los fenómenos de terrorismo y violencia política entonces emergentes. Sus rasgos concretos fueron en ese momento múltiples:³⁹

- a) En el plano legislativo surgen las denominadas leyes antiterroristas, que prevén incrementos de las penas por encima de los criterios de proporcionalidad, y medidas restrictivas de libertad de ex-

³⁷ Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 33, p. 6.

³⁸ *Ibidem*, p. 7.

³⁹ En este sentido, Brandariz García, José Ángel, "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas", *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 58, nota al pie 140.

- presión, tales como el cierre de medios de comunicación o las referentes a la criminalización de la apología.
- b) En materia procedimental, se permiten los periodos de incomunicación de los detenidos, se restringe el derecho de defensa —con la prohibición de elección de abogados de confianza—, se amplía desmesuradamente la prisión sin juicio y se legaliza la práctica de los arrepentimientos, premiándose la delación interesada.
 - c) En materia policial y jurisdiccional, se crean cuerpos de élite paramilitarizados, con amplio margen de impunidad, al tiempo que surgen tribunales especiales para el enjuiciamiento de estos crímenes.
 - d) En materia penitenciaria surgen las prisiones de máxima seguridad, con regímenes tendentes a la despersonalización y pensados para este género de reclusos, y en general con el incremento de los mecanismos de control y con una contracción radical de las medidas de readaptación, como son los permisos de salida, semilibertades, libertades condicionales y alejamiento del entorno familiar.

Sin embargo, tres décadas después, pocas dudas permanecen sobre el hecho de que lo que en un momento era una emergencia hoy se ha expandido, contaminando las formas de respuesta a otros crímenes, y no tanto en atención a su gravedad o complejidad,⁴⁰ sino a la designación de determinados colectivos de sujetos calificados como enemigos.

Otro tema, por demás polémico en el derecho penal actual, es la creciente utilización, en la mayoría de las reformas, de la técnica de los tipos de peligro abstracto, así como de delitos de emprendimiento o de consumación anticipada y la punición específica de actos preparatorios, con la finalidad declarada de ampliar la capacidad de respuesta y la eficacia en el con-

⁴⁰ Recasens Brunet, Amadeu, *op. cit.*, nota 4, p. 14. “Por lo que respecta a la complejidad, entendida como el tejido de acontecimientos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones y azares que constituyen nuestro mundo fenoménico, afecta tanto a la policía, en cuanto a su ubicación y su relación con el entorno, como al investigador, que debe sustituir el viejo paradigma de disyunción, reducción y dimensión única por un paradigma de distinción y conjunción a fin de distinguir sin desarticular, asociar sin identificar o reducir.

El concepto de complejidad así entendido está muy vinculado a planteamientos sistémicos, en la medida que exige que nunca se aislen o reduzcan el todo y las partes que constituyen un sistema determinado. Esto obliga, al menos, a tener presentes estos planteamientos teóricos y metodológicos, sin que por ello se tenga que asumir forzosamente el referente sistémico de manera integral”.

trol de conductas, para garantizar la protección total y sin lagunas frente a nuevas situaciones de amenaza.⁴¹

En consecuencia, el incipiente derecho penal de autor, que había supuesto, sin duda, el asentamiento del criterio de distribución de riesgos sobre la cualidad de delincuente reincidente o habitual, resulta ahora decisivamente potenciado mediante esta trascendente ampliación de los sujetos sometidos al nuevo derecho penal del enemigo.

En palabras de Mendoza Buergo, las nuevas conminaciones penales incriminan casi exclusivamente conductas a las que se asocian peligros, mayoritariamente peligros abstractos, atribuyéndose usualmente a tal técnica la característica de anudar la conducta que el legislador ha descrito en el tipo, sin que normalmente se discuta en el momento de la aplicación de la norma, si tal actividad es realmente peligrosa, sino que ello pretende ser únicamente elemento de la valoración realizada por el legislador en el momento de la creación de la norma.⁴²

Por tanto, estos tipos penales toman como base los datos específicos de abandono del derecho y de amenaza permanente a los principios básicos de la sociedad, y su contenido ya no es la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta informada y motivada por la pertenencia a la organización que opera fuera del derecho. Mediante tales tipos se criminalizan conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva,⁴³ que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo, o de conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y alimentan su subsistencia y permanencia.

Un signo especialmente relevante y significativo para la identificación del derecho penal del enemigo, y a la vez profundamente sensible, es la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados. Así, se pone en cuestión hasta la presunción de inocencia, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba; se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de

⁴¹ Entre otros, Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; Sánchez García de Paz, María, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, España, 1999; Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, nota 1, pp. 25 y ss.

⁴² Mendoza Buergo, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, *op. cit.*, p. 98 y ss.

⁴³ En este sentido, Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, nota 36, p. 47 y ss.

investigación secreta o clandestina, de incomunicación; se prescinde del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o, por citar sólo un ejemplo más, se amplían los plazos de detención policial para el cumplimiento de “fines investigadores”, así como los de prisión preventiva, y en el plano teórico se reivindica incluso la licitud de la tortura.⁴⁴

Obviamente, esto es consecuencia de la privación y la negación de la condición de persona a determinados individuos, y con ello la atribución a ellos de la condición de enemigos, lo cual constituye, pues, el paradigma y el centro de gravedad del derecho penal del enemigo como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo con respecto al derecho penal ordinario y de esquema de garantías mínimas.

Sin embargo, recordemos a Welzel, quien expresaba lo siguiente:

También aquí, y precisamente aquí, el derecho deberá mostrarse como derecho y no simplemente como poder, para que de ese modo la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica entre ideas, y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre.

Finalmente, no deben perderse de vista determinadas regulaciones del derecho penitenciario que, sin duda, constituyen exponentes típicos del derecho penal del enemigo. Entre ellas, cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional.

V. REFLEXIÓN FINAL

La tendencia de las reformas realizadas al sistema penal en los últimos años ha brindado un mayor margen de actuación a las autoridades encargadas de la procuración y administración de justicia para combatir la delincuencia, pensemos en las denuncias anónimas, en la intervención de las comunicaciones telefónicas, el arraigo domiciliario, la infiltración de agentes encubiertos, por mencionar solamente algunas.

⁴⁴ Sobre el particular, Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 33, p. 11.

La razón ha sido la necesidad de acomodar los contenidos de la justicia penal y procesal penal a las dificultades especiales que plantea la persecución de la nueva delincuencia, lo cual ha implicado reconsiderar el sistema de imputación de responsabilidades y de garantías individuales vigentes. Toda vez, que cada día más, en nuestro territorio nacional, miembros de la delincuencia organizada realizan con un gran peligro sus acciones, lo que trae como consecuencia mayor violencia generada entre ellos mismos por los ajustes de cuentas, así como por las agresiones en contra de miembros de corporaciones policiales.

En tanto el Estado mexicano, en su conjunto, no se comprometa a respetar y proteger los derechos incluidos en su carta magna, así como los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, de los cuales forma parte, no se podrá lograr un pleno desarrollo de la sociedad mexicana ni de las instituciones públicas. Especialmente, cuando la pretendida existencia de una concepción común de los derechos humanos todavía es más nominal que real, y que las distintas culturas jurídicas, que en el fondo son reflejo de concepciones diferentes acerca de valor de la persona humana, so pretexto de considerar al ser humano como su enemigo, es lo que constituye hoy el principal obstáculo.