



## El Derecho penal del enemigo en México

**Miguel Ángel Mancera Espinosa**

*Procurador General de Justicia del Distrito Federal*

*Revista Penal México*, núm. 1, enero-junio de 2011

### Introducción

La seguridad pública y la lucha contra la delincuencia organizada son temas que adquieren cada vez más relevancia en la agenda de todos los países. Para ello se analizan y plantean una serie de reformas legislativas que buscan asegurar que esa lucha sea la más efectiva, es decir, que el Estado cuente con los instrumentos necesarios para enfrentarla. Pero igualmente, todo sistema jurídico debe asegurar que los principios generales del Derecho y que las características de sus leyes puedan ser compatibles con un Estado democrático de Derecho,<sup>1</sup> para ello, éste debe asegurar las libertades y garantías del régimen político y al tiempo proteger los derechos individuales de toda la población. Debe contener claramente ese vínculo entre Estado y sociedad, cristalizado con el afán de que las libertades sean auténticas, que garanticen los derechos civiles, la existencia de una ciudadanía y una red de responsabilidad cívica y política.

Es precisamente ese “Estado democrático de Derecho” el que se tiene que enfrentar con un aumento de la delincuencia organizada, particularmente, en su modalidad de narcotráfico, con los altos niveles de violencia que implica, y con la amenaza que representa. Son estructuras delictivas que desafían y se convierten en una fuerte amenaza para la seguridad nacional, además tienen la ventaja de resultar más que sustentables “altamente productivas”, sus ganancias son enormes y les permiten fortalecer su

seguridad interior, penetrar círculos de seguridad del propio Estado y adquirir tecnología y armamento de punta.

De cualquier manera lo importante es entender que la función del Estado es generar un clima de tranquilidad para los gobernados y, en el caso concreto, respecto de las posibles afectaciones a sus bienes jurídicos, así, queda claro que el delito siempre ha existido y existirá, pero lo relevante es que no se rompa la posibilidad de convivir y que, cuando esa convivencia se vea afectada, el Estado tenga los mecanismos necesarios para restablecerla lo antes posible, y todo esto dentro de un sistema jurídico que dé seguridad de aplicación de los derechos fundamentales y de las garantías individuales, es decir, una tarea nada fácil.

En efecto, la mira del Estado está puesta en la seguridad de sus ciudadanos y al tiempo ésta es la exigencia de éstos, pero la ecuación se complica cuando aparecen las estructuras de la delincuencia organizada, porque entonces se tiene que reaccionar de un modo diferente, un modo mucho más agresivo que el que se ocupa para la delincuencia habitual, ello no deja de provocar polémica dado que esos modelos resultan cercanos a los que emplean los Estados totalitarios, es decir, un camino que conduce a un claro alejamiento de ese llamado “Estado democrático de Derecho”.

Así, de la simple lectura de la reforma constitucional penal en materia de delincuencia organizada que se aprobó conjuntamente con la implementación del

<sup>1</sup> Para Norberto Bobbio por estado de Derecho se entiende en general un Estado en el que los poderes públicos son regulados por normas generales (las leyes fundamentales o constitucionales) y deben ser ejercidos en el ámbito de las leyes que los regulan, salvo el derecho del ciudadano de recurrir a un juez independiente para hacer reconocer y rechazar el abuso o exceso de poder”. Citado por Martínez Pichardo, José, “Ensayo: Democracia y Estado de Derecho en México”, *Revista Iniciativa*, núm. 24-25, Instituto de Estudios Legislativos de la Cámara de Diputados.

sistema acusatorio en México en 2008, así como de los instrumentos legislativos previos, no podríamos afirmar de modo ligero que se corresponden con los rasgos de un modelo de Estado totalitario, pero tampoco, sin un análisis previo, podríamos precisar que se trata sólo del resultado de la búsqueda de instrumentos jurídicos que vuelvan más eficiente y decidido su combate.

Desde el punto de vista operativo, es decir, de quienes ocupan los puestos en las áreas de seguridad pública encargadas de perseguir a esta clase delincuencia, se han vivido épocas complejas respecto del tratamiento jurídico de la delincuencia organizada, sobre todo en lo que corresponde a la esfera judicial. Muchos fueron los juicios de amparo en los que se concedió la protección de la justicia federal por falta de acreditación típica del delito de delincuencia organizada, por trabajar con testigos protegidos, por ocultar la identidad de los denunciantes, o bien por enjuiciar con formas previas a la fase de ejecución, entre otros temas. Y entonces, cuál podría ser la reacción de un Estado cuando advierte a través de la actuación de uno de sus poderes que en la lucha contra la delincuencia organizada los instrumentos jurídicos con que cuenta limitaban la posibilidad de actuar de modo eficaz, cómo poder entender que esta forma de delinquir no puede ser neutralizada, ni siquiera sometida al imperio de la ley si no se piensa en una reacción jurídica distinta que la que se ocupa de la delincuencia común; ante estos planteamientos, algunas voces se alzaron, algunas iniciativas se plantearon, se dejó ver la posibilidad de tener “dos Derechos penales”, uno que se ocupe de la delincuencia común y otro que se haga cargo de la organizada.

Fue así como en nuestro país se comenzó a hablar de la posible incursión o fortalecimiento de una línea

jurídica penal que se conoce como Derecho penal del enemigo.

Este tema, aunque no es nuevo, sigue siendo de actualidad y, tal y como hemos dicho en diversos foros, ha sido capaz de generar un extenso debate dentro de los anales de la Ciencia Penal, sobre todo de la extranjería, al grado de provocar enfrentamientos directos entre los grandes pensadores del Derecho penal actual.<sup>2</sup>

Fue el siempre polémico y sin duda brillante maestro alemán Günther Jakobs quien, retomando diversas ideas del pensamiento jurídico, así como atendiendo a sendas realidades, lo bautizó como Derecho penal del enemigo debido a la forma en que algunos Estados estructuran el *ius poenale*, con la finalidad de legitimar una manera especial de la utilización del *ius puniendi*.<sup>3</sup>

En este trabajo dejaremos constancia de algunas de las características, alcances y por supuesto objeciones planteadas a este llamado Derecho penal del enemigo, para posteriormente estar en condición de visualizar si es que en México, en su legislación positiva, también está presente esta forma del Derecho penal.

Hablar sobre este tema no es algo sencillo y ni siquiera 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.

Desde ahora podemos adelantar que en nuestro país y concretamente en el Distrito Federal existen disposiciones legales que corresponden con las ideas contenidas en el planteamiento del Derecho penal del enemigo. Es innegable la necesidad de actuar de una forma especial en contra de la delincuencia que hace de la infracción de la norma penal su forma de vida, sin embargo, lo importante es tomar conciencia que este tipo de reacción normativa sólo puede llegar a

---

<sup>2</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 mías 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 (fecha en Bonn el 10 de septiembre 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 español, 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”. Editorial Amurabi, *Claves de Derecho Penal* número 5.

<sup>3</sup> Cfr. Gracia Martín, Luis, *El horizonte del Finalismo y el derecho penal del enemigo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2005, p. 89.

entenderse para los casos concretos de la delincuencia organizada transnacional y por ende se debe evitar que se propaguen sus postulados y que pudiera alcanzar esta reacción tan severas conductas que realmente no son de la dañinidad social para la que ha sido pensada esta normativa.

### I. Características del Derecho penal del enemigo

Para poder dar respuesta a la interrogante relativa a si está presente el Derecho penal del enemigo en México, lo primero que necesitamos es saber en qué consiste éste.

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, pues tal y como lo refirió en su momento Francisco Muñoz Conde, todo Derecho penal tiene presente esa característica, ya que en él confluye la violencia, tanto en las conductas que regula como en la forma de reaccionar ante ellas.<sup>4</sup>

Sin embargo, como también destacó dicho autor, en el caso del Derecho penal del enemigo se advierte la presencia de uno etiquetable como *nuevo* 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 la custodia de 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 consciente 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 ha trabajado 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 incluso bien pueden derivar de la propia ley.

En lo que concierne a la materia penal, estos derechos y garantías fundamentales propias de un Estado de derecho, se representan entre otros, *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 el subjetivo del Derecho penal, además de que son considerados como irrenunciables para cualquier Estado en el que se profese la actuación estricta dentro de los cauces de la ley, ello por tratarse de presupuestos esenciales de la legalidad.<sup>5</sup>

De lo aseverado hasta ahora procede consultar lo siguiente: ¿El Estado en el cual se cumplan con todas estas garantías y principios se puede decir, al menos en forma inicial, que es un Estado de Derecho?, y en ese sentido, ¿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 éstos y otros cuestionamientos, es conveniente que veamos cuáles son algunas de las características que plantea el doctor Jakobs en torno al Derecho penal del enemigo.

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

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. Notable *reducción de garantías procesales*.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Muñoz Conde, Francisco, *El Derecho Penal del Enemigo*, Editorial INACIPE (Conferencias Magistrales, número 6), México, 2003, pp. 9-10.

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

<sup>6</sup> *Vid.*, Gracia Martín, Luis, ob. cit., pp.107-111; García Amado, Juan Antonio, *El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*, Universidad de León Castilla.

Ahora bien, esta forma de reacción normativa estatal la soporta el profesor Jakobs en el hecho de considerar a una serie de sujetos que por su tenacidad para vulnerar la ley alcanzan el estatus de *no personas*, se trata de aquellos 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 general a aquellos que se ubican dentro de la delincuencia organizada.

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*, se les debe aplicar un Derecho penal especial, 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 por demás atractivos y no poco 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 cuales la gran mayoría de los Estados no han encontrado la manera idónea de reaccionar*, y por ello se vuelve necesario encontrar una forma efectiva de contrarrestar sus efectos dentro de la sociedad, la que debe tener un efecto cognitivo claro.<sup>7</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 acerca de ese derecho no siempre han sido las mismas, no; éstas se pueden dividir a grandes rasgos en dos momentos, a saber: el primero se presentó en su ponencia "Criminalización en el estadio previo a la lesión al bien jurídico" de Frankfurt en 1985, en la que se mostró

crítico en contra del Derecho penal alemán, dada la tendencia a sancionar conductas cuya descripción típica se encontraba en la fase previa a la ejecución penal, es decir, que eran verdaderos actos de preparación delictiva sin que por ello hubiera una reducción de pena, lo que aseguraba era contrario a todo Estado liberal y garantista.

Dejó pues cuenta de la existencia de un Derecho penal que se debía entender como excepcional, como eso: como un Derecho penal del enemigo, pero pareciera que el contexto de tal expresión se erigía como una crítica al Estado alemán.<sup>8</sup>

El segundo momento se presenta en su ponencia de Berlín, en 1999. En ella hizo referencia al mismo tema, sólo que ahora se ocupó de él de una manera diferente; en esa ocasión el discurso habló 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 aquellos que no pueden ser considerados como ciudadanos y que son personas, pero sólo *en potencia*, a ellos no se les sanciona, más bien se les combate. Es 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, el que no es del ciudadano ni es autoritario pues tiene justificación. En esta ponencia el doctor Jakobs ya no parecía hablar de un *derecho excepcional*, sino más bien de un *derecho más*, tan legítimo como cualquier otro.

Finalmente en una conferencia más que dictó sobre el tema en 2002, de nuevo en Frankfurt, aclaró que su crítica de 1985 no fue dirigida al Estado alemán, sino a los enemigos de éste.<sup>9</sup>

En efecto, en las exposiciones de 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 aquellos

<sup>7</sup> Jakobs, Günther, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, España, 2003, pp. 21-56.

<sup>8</sup> Prittwitz, Cornelius, "Derecho Penal del Enemigo: ¿Análisis Crítico o Programa del Derecho Penal?", en *La Política Criminal en Europa*, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, directores, Barcelona, España, 2004, pp. 110-111.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp.111-113.

que de manera sistemática transgreden las normas de convivencia.

Por lo que toca a la *Justificación*, la hace consistir en la *ausencia de alternativas a esta forma de Derecho de lucha, 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>10</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 *violentamente* en contra de los planteamientos de Jakobs, en ocasiones acusando *los peligros* de sus planteamientos, o bien destacando las *incompatibilidades de sus ideas* con las estructuras jurídicas de los Estados democráticos.<sup>11</sup>

Pero con la finalidad de entender mejor a qué nos referimos con estas reacciones contrarias a Jakobs, resulta conveniente apuntar 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 de 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 del Derecho penal de un Estado de Derecho;

2. Se muestra como un Derecho penal que *recuerda el 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>12</sup>

b) Luis Gracia Martín. 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. El Derecho penal del enemigo, 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>13</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 y 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 casos* como el del 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;

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 115-117.

<sup>11</sup> *Vid.* Gracia Martín, *op. cit.*, p. 9.

<sup>12</sup> Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Hammurabi, 2005, pp. 15-30.

<sup>13</sup> *Vid.* Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, pp. 172-244.

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 las 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 *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>14</sup>

d) Manuel Cancio Meliá. Realizó una serie de planteamientos críticos a la postura de Jakobs en su obra de publicación conjunta denominada precisamente *Derecho Penal del Enemigo*, entre ellas destacan las 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 establece normas, sino demoniza a determinados grupos de infractores, tomando como materia prima para la tipificación no sólo de un determinado hecho, sino elementos que sirven para caracterizar al autor como perteneciente al grupo de *enemigos*.<sup>15</sup>

## II. ¿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, está claro que permite su ubicación dentro del estudio 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 otras con aquellos que se tildan de duros.

En efecto, debemos dejar constancia que en la época moderna —digamos de los años ochentas en adelante— se han dejado ver las más significativas reformas en la materia penal de México, así se aprecia del análisis que realizaron respectivamente los doctores Sergio García Ramírez y Moisés Moreno Hernández.<sup>16</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 en la democratización del Derecho penal.<sup>17</sup>

Posteriormente, en 1993 también en una línea de adecuación a un Derecho garantista, se dieron modificaciones constitucionales como las que tuvieron que ver con la implementación del concepto jurídico de los elementos del tipo y de la probable responsabilidad.<sup>18</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

<sup>14</sup> García Amado, Juan Antonio, *El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*, pp. 1-27.

<sup>15</sup> Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, España, pp. 59-102.

<sup>16</sup> Moreno Hernández, Moisés, *Las transformaciones de la legislación penal mexicana en los últimos veinte años (los vaivenes de la política criminal mexicana)*. Libro Homenaje al doctor José Cerezo Mir, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002, pp. 433-461.

<sup>17</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>18</sup> En esta misma dinámica, al año siguiente fueron planteadas también algunas reformas al Código Penal Federal y 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.

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>19</sup>

Ahora bien, en este momento, después de conocer cuáles son las características del Derecho penal del enemigo tenemos suficiente información para analizar ordenamientos y advertir si corresponden con los que se tildan inspirados en el llamado Derecho penal del enemigo, por lo que vamos a tratar de pasar por el crisol disposiciones legales que desde nuestro punto de vista pueden ser catalogadas como representativas de esa clase de Derecho.

*a) La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*

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 forma de Derecho penal.

1. Uno de los rasgos que se atribuyen al 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 se aprecia, desde la mera nomenclatura, que *este ordenamiento se muestra destinado a combatir a la delincuencia organizada*; en efecto, la preposición *contra* implica oposición, por lo que concluimos que en este punto en concreto existe plena correspondencia con lo expuesto por el maestro alemán.

2. Otra de las características de este Derecho penal, es el *adelantamiento de la línea de defensa propuesta por el legislador*, es decir, que se trata de disposiciones legales que sancionan meros actos preparatorios,

aunado a que su castigo implica una reacción punitiva desproporcionada respecto de la punibilidad de figuras consumadas.

Aquí encontramos coincidencia con el Derecho penal del enemigo, puesto que de la lectura del artículo 254 del Código Penal para el Distrito Federal, y del artículo 2, fracción III, de la Ley Contra la Delincuencia Organizada para el D.F., 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>20</sup>

3. Una nota más consiste en que *la ley penal se ocupa del sujeto, pero por las características o atribuciones de éste*; es decir, que prevé la reacción punitiva por el hecho de ser *enemigo* y no por el hecho cometido, así la finalidad de la sanción se aleja de la finalidad de restablecer la vigencia de la norma y sólo busca la neutralización del contrario a la ley.<sup>21</sup>

Esta característica también existe de en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de acuerdo con su artículo 29 párrafo tercero, una vez que se tiene sentencia judicial irrevocable que acredite la existencia de una organización delictiva, ello será prueba plena con respecto de su existencia para cualquier otro procedimiento y únicamente sería necesario probar la vinculación de un nuevo procesado con esta organización, para sentenciarlo por el delito de delincuencia organizada.

Asimismo, el artículo 4 establece que 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 que se hayan cometido por miembros de la delincuencia organizada.

En la misma línea de la lectura del cuerpo normativo que nos ocupa se desprende lo siguiente:

a) De acuerdo con el artículo 3, cualquier persona, por el simple hecho de pertenecer a la delincuencia organizada —en cualquiera de sus dos modalida-

<sup>19</sup> Entre otras modificaciones 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. *Ibid.*, p. 455.

<sup>20</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.

<sup>21</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.

des— y que cometa alguno de los delitos a los que se refieren las primeras cuatro fracciones del artículo 2, será investigada, perseguida, procesada y sancionada conforme a la propia Ley Federal contra la Delincuencia Organizada;<sup>22</sup>

b) El artículo 6 establece que los plazos de prescripción de los delitos concretos que se hubieren cometido, se duplicarán respecto de los que alude el artículo dos, ello, por el hecho de ser cometidos por miembros de la delincuencia organizada;<sup>23</sup>

c) 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 beneficios de la condena condicional, la libertad preparatoria, el tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena.<sup>24</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 por qué beneficiarse de los principios procesales que restringen la actuación estatal respecto del Derecho penal.

Es decir que de acuerdo con el Derecho penal del enemigo, los extraños a la normatividad se colocan en el plano de excepción de aquellos que por su potencial peligrosidad para la sociedad deben contar con menos derechos procesales que los que tiene cualquier ciudadano normal que se ve sujeto a un proceso penal,

ése 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 96 horas cuando se trate de la delincuencia organizada, cuando la regla general es de 48 horas;<sup>25</sup>

b) De conformidad con el artículo 22 segundo párrafo de la propia Constitución, se establece que 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>26</sup>

c) A diferencia del artículo 270 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y del 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que señala que el arraigo domiciliario de una persona no podrá exceder del término de 30 días naturales, en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se autoriza el arraigo hasta por 90 días;<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Artículo 2. [...] 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>23</sup> Artículo 6°. 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 2° de esta Ley, cometidos por miembros de la delincuencia organizada.

<sup>24</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>25</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>26</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 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>27</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.”



d) De conformidad con lo dispuesto en los artículos 8 y 23 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada en el Distrito Federal, 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 imputación 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 reforma del ejecutivo federal denominada “Reforma Estructural al Sistema de Justicia Penal Mexicano” de marzo de 2004, que modifica el 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>28</sup>

*b) El decreto que reforma y adiciona diversos artículos del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en materia de terrorismo internacional*

También sirve de referencia para nuestros comentarios el Decreto que reforma y adiciona diversos artículos del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en materia de terrorismo internacional, derivada del dictamen que formularon las Comisiones Unidas de Justicia y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores de fecha 14 de julio de 2005.

Lo primero que hay que decir es que, efectivamente de la lectura de este decreto, se advierten algunas notas que resultan acordes con el derecho de lucha o de combate que plantea Jakobs, además de que permite afirmar que México también cuenta con la regulación expresa de la figura de la conspiración para cometer cualquier delito que la ley prevea, la novedad se presenta porque esta figura jurídica que se corresponde con un acto preparatorio, dejó de referir sólo a los delitos que atentan contra la seguridad nacional, tal y como lo disponía el artículo 141 del Código Penal Federal.

Ahora bien, la reforma también incluye el tipo penal de *terrorismo internacional*, que es uno de los delitos que con más frecuencia es tomado como ejemplo respecto del tema del Derecho penal del enemigo, asignándole una sanción que va de 15 a 40 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>29</sup>

### III. El Derecho penal del enemigo en la reforma constitucional en materia penal

El 19 de diciembre de 2006, la Cámara de Diputados hizo su propuesta de reforma constitucional. Por su parte, el Ejecutivo Federal hizo lo propio el 9 de marzo de 2007.

En el mismo sentido otros diputados federales, de diferentes corrientes políticas, expusieron diversas consideraciones el 4 de octubre de 2007.

Finalmente, se publicó el “*Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Po-*

<sup>28</sup> El párrafo que adiciona la reforma al artículo 16 constitucional dice: “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”.

<sup>29</sup> Así se advierte en la redacción de los artículos 148 bis, 148 Ter y 148 Quáter. Artículo 148 Bis. “Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten: I) A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes o personas de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para tratar de menoscabar la autoridad de ese estado extranjero, u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación. II) Al que directa o indirectamente financie, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer actos terroristas internacionales, o en apoyo de personas u organizaciones terroristas que operen en el extranjero, y III). Al que acuerde o prepare en territorio mexicano un acto terrorista que se pretenda cometer o se haya cometido en el extranjero. Artículo 148 Ter.- Se impondrá pena de cinco a diez años de prisión y de cien a trescientos días multa, a quien encubra a un terrorista, teniendo conocimiento de su identidad o de que realiza alguna de las actividades previstas en el presente capítulo. Artículo 148 Quáter.- Se aplicará pena de seis a doce años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa al que amenace con cometer el delito de terrorismo a que se refiere la fracción primera del artículo 148 Bis”.

lítica de los Estados Unidos Mexicanos”, en la *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados número 2401-VIII, el 11 de diciembre de 2007.

De este dictamen destacaron frases como la siguiente:

Éstos son los planteamientos de reforma en materia penal que ahora ocuparán los debates de los estudiosos de la materia, el producto final lo podemos anticipar como ecléctico, dado que en ambas propuestas existen inercias que no se pueden detener como son los temas de la implementación del sistema acusatorio por un lado y el del combate a la delincuencia organizada por otro.

En concreto, la propuesta de reforma constitucional que envió el Ejecutivo Federal a la Cámara de Senadores no hay duda que tiene implícitos tintes de este llamado Derecho penal del enemigo, pero también hay que decir que en nuestro país ya convivíamos con ello. Creemos que lo importante será delimitar hasta qué punto la Constitución deja abierta esta disminución de garantías de legalidad y seguridad jurídica a toda forma de delincuencia organizada, porque en tal caso el pronóstico sí que es delicado. Será pues la lucha entre una propuesta de reforma dura como lo es ésta y una garantista también de línea dura como es la que buscan plantear los diputados federales.

Éste es el tema, la realidad es que hubo varias iniciativas de reforma constitucional que en teoría pugnaban por lograr un mejor sistema penal, pero lo cierto es que unas contenían planteamientos más autoritarios y otras más garantistas, creemos que el desenlace se dio como lo pronosticamos, con una fórmula que logró armonizar en la reforma publicada en 2008, tanto el fondo jurídico y de política criminal, como los de interés y planteamientos de política del Poder Ejecutivo.

Así fue que de lo planteado por el Ejecutivo como prioritario se destacan entre otras cosas los siguientes puntos: a) la facultad de investigación de la policía y b) la legitimación constitucional de los temas vinculados con la delincuencia organizada, y el control federal de la misma.

Los dispositivos legales que se reformaron conforme a lo mencionado son los siguientes:

### Artículo 21 [...].

La investigación de los delitos corresponde al ministerio público y a las policías, las cuales actuarán bajo

la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

### Artículo 16 [...].

[Párrafo 7º] La autoridad judicial, a petición del ministerio público y tratándose de delitos de *delincuencia organizada*, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

[Párrafo 8º] Por *delincuencia organizada* se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

[Párrafo 10º] En los casos de *delincuencia organizada*, el Ministerio Público de la Federación, autorizado en cada caso por el Procurador General de la República tendrá acceso directo a la documentación fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral y aquélla que por ley tenga carácter reservado, cuando se encuentre relacionada con la investigación del delito

### Artículo 18 [...].

[Párrafo 8º] Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán purgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de *delincuencia organizada* y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

[Párrafo 9º] Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por *delincuencia organizada* con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

### Artículo 19 [...].

[Párrafo 2º] El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de *delincuencia organizada*, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

[Párrafo 6°] Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por *delincuencia organizada* el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

*Artículo 20, inciso B.* De los derechos de toda persona imputada [...].

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el ministerio público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de *delincuencia organizada*, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de *delincuencia organizada* [...].

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, *por razones de seguridad nacional, seguridad pública*, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En *delincuencia organizada*, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.

*Artículo 20 apartado C.* De los derechos de la víctima o del ofendido [...].

C. De los derechos de la víctima o del ofendido [...].

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o *delincuencia organizada*; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

*Artículo 22* [...].

En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas: [...].

II. Procederá en los casos de *delincuencia organizada*, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes.

*Artículo 73.* El Congreso tiene facultad:

I. a XX [...].

XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de *delincuencia organizada*.

*Transitorios.*

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

Ahora bien, para que nuestro país pueda contar con el sistema acusatorio, la justicia alternativa, el nuevo derrotero del sistema penitenciario, la modificación a la prisión preventiva y la amplificación de los derechos de las víctimas, las modificaciones constitucionales fueron las siguientes:

*Artículo 16* [...].

[Párrafo 2°] No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

[Párrafo 4°] Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del ministerio público. Existirá un registro inmediato de la detención.

[Párrafo 15°] Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y ministerio público y demás autoridades competentes.

*Artículo 17* [...].

[Párrafo 3°] Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del

daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

[Párrafo 4º] Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

(Párrafo 6º) La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del ministerio público.

*Artículo 18 [...].*

[Párrafo 2º] El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación y la salud como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

*Artículo 19 [...].*

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

El ministerio público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso. El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley.

*Artículo 20 [...].*

El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley.

Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula; y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se de-

clare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio.

Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el ministerio público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten.

Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca [...].

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal [...].

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas.

Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.

VI. Le serán facilitados todos los datos [...].

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlos.

Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa.

A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses [...].

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención [...].

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención [...].

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

Si cumplido este término no se ha pronunciado sen-

tencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica [...].

II. Coadyuvar con el ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño [...].

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El ministerio público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos;

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del ministerio público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

*Artículo 21 [...].*

La investigación de los delitos [...].

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al ministerio público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

[Párrafo 6º] El ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

*Artículo 22 [...].*

Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confis-

cación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

### *Transitorios*

*Segundo.* El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimoquinto; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito. En el momento en que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, los poderes u órgano legislativos competentes deberán emitir, asimismo, una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra esta Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales

*Tercero.* No obstante lo previsto en el artículo transitorio segundo, el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimoquinto; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor al día siguiente de la publicación del presente Decreto en el Diario Oficial de la Federación, en las entidades federativas que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes, siendo plenamente válidas las actuaciones procesales que se hubieren practicado con fundamento en tales ordenamientos, independientemente de la fecha en que éstos entraron en vigor. Para tal efecto, deberán hacer la declaratoria prevista en el artículo transitorio segundo.

De lo visto, podemos afirmar que esta reforma Constitucional en materia penal, quizá una de las más extensas por todos los tópicos de los que se ocupó, presenta una coyuntura *sui generis* dado que por una parte se plantea en ella una clara amplificación de garantías individuales de cara a la aplicación del sistema acusatorio en México, donde se da vigencia y positividad al principio de presunción de inocencia y los

que tienen que ver precisamente con el método del nuevo sistema penal, pero al mismo tiempo se deja ver como la reforma que en más artículos se ocupó de legitimar la forma de proceder en contra de la delincuencia organizada, incluso de la propia tipificación del delito en el párrafo 8º del artículo 16, es decir, que es una reforma que contiene valga lo paradójico un gran número de limitantes y restricciones a las garantías individuales.

La incursión de este tipo de normatividad no es pacífica, por el contrario, de inmediato da cuenta de una legislación violenta de un sistema jurídico que implica el endurecimiento de la reacción estatal y que parte desde la misma reducción de garantías, la legitimación de severos actos de molestia e incluso de actos sumarios de privación de derechos.

Por ello, siempre nos hemos manifestado en favor de tener perfectamente limitados los casos en los que puede entrar en actividad este Derecho "alternativo"; es decir, evitar a toda costa incluir como delincuencia organizada un gran catálogo de delitos, tal y como se está haciendo, pues a la fecha, *en la materia federal, el artículo 2º de la LFCDO* plantea un catálogo de dieciocho diferentes tipos penales que pueden ser considerados como delincuencia organizada y por ende encuadrar en este Derecho especial.

Este ordenamiento, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de noviembre de 1996, ha sufrido diversas reformas, en las que se ha modificado el artículo segundo de la ley contra la delincuencia organizada en el ámbito federal, hasta enumerar los siguientes delitos:

Artículo 2o. Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada [...]. I. Terrorismo [...] terrorismo internacional [...] contra la salud [...] falsificación o alteración de moneda [...] operaciones con recursos de procedencia ilícita [...]. II. Acopio y tráfico de armas [...]. III. Tráfico de indocumentados [...]. IV. Tráfico de órganos [...]. V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo [...] pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de perso-

nas que no tienen capacidad para resistirlo [...] turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo [...] lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo [...] secuestro [...] tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho [...]. VI. Trata de personas [...].

Por lo que hace a *la materia local, en el artículo 254 del CPDF*, se plantea a su vez un catálogo de diecinueve tipos penales que pueden ser considerados como delincuencia organizada y por ende encuadrar en este Derecho especial.

El código sustantivo en materia penal que se encuentra vigente en esta ciudad fue publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 16 de julio de 2002. A partir de entonces, ha sufrido diversas reformas en lo tocante a su numeral segundo, hasta quedar como sigue en su redacción vigente:

Artículo 254.- Se impondrá de cuatro a diez años de prisión y de doscientos hasta mil días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos, a quien integre una organización de hecho de tres o más personas para cometer, en forma permanente o reiterada, alguno de los delitos siguientes: I. Ataques a la paz pública [...]. II. Corrupción de persona menor de dieciocho años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o de persona que no tiene capacidad de resistir la conducta [...]. III. Extorsión [...]. IV. Falsificación de documentos públicos [...]. V. Homicidio [...]. VI. Lenocinio [...]. VII. Operaciones con recursos de procedencia ilícita [...]. VIII. Pornografía [...]. IX. Privación de la libertad personal [...]. X. Retención y sustracción de menores e incapaces [...]. XI. Robo [...]. XII. Secuestro [...]. XIII. Tráfico de menores [...]. XIV. Violación [...]. XV. Turismo sexual [...]. XVI. Trata de Personas [...]. XVII. Explotación laboral de menores o personas con discapacidad física o mental [...]. XVIII. Encubrimiento por receptación [...]. XIX. Encubrimiento por favorecimiento [...].

De no cuidar la limitación del Derecho penal del enemigo el riesgo es doble, pues por un lado tendremos un Derecho penal más agresivo, más violento y por otro la expansión de ese Derecho, alejándonos cada vez más de la existencia de un Derecho penal

mínimo, con lo que, lejos de crear un clima de tranquilidad o de generar la sensación de seguridad, lo que tendríamos ahora sería una inseguridad jurídica.

#### IV. Comentarios finales

Con el análisis realizado, y como hemos sostenido en diversos foros, podemos afirmar que en México no vamos a transitar hacia el Derecho penal del enemigo, ya estamos trabajando con disposiciones que muestran sus características desde hace tiempo; por ello podemos decir también que la reforma constitucional no es novedosa, si acaso solamente es extensiva, amplificadora.

Es claro que ninguna sociedad puede transitar con los mismos instrumentos legales, mucho menos con los modelos sociales de la actualidad que cada vez dan muestra de ser más y más complejos.

Está claro que en esta gran reforma penal se modificó el discurso que se había centrado sólo en el incremento de penas, ahora se trata de legitimar la reducción de garantías a un sector específico, a uno considerado como muy peligroso. Este cuerpo normativo trabajará en la disyuntiva de considerarlo como de excepción o bien de especialidad. En relación con esto último hay una posición que resulta muy interesante y que afirma que la convivencia jurídica de este Derecho penal del enemigo puede darse a través del principio de proporcionalidad. Principio de proporcionalidad que está ya inmerso en muchos de los códigos penales del mundo, de los más avanzados como son el alemán y el español, al plantear la vigencia de disposiciones que tienen que ver con la *especial peligrosidad*. Así se erige en una concepción diferenciadora que busca legitimar los planteamientos del Derecho penal del enemigo. Parece ser la única forma de justificarlo.

Es un hecho 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 advierten 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>30</sup> Jakobs relaja su postura respecto a los enemigos, en cuanto a considerarlos como *personas* para los efectos del mensaje inicial de la prevención general positiva, al tiempo que hace hincapié respecto de la necesidad de tomar en cuenta la prevención especial, en la que descansa su consideración de los sujetos como *focos de peligro* y ya no como persona competente, equiparando además a la pena en cuanto a su contenido material como 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 exige seguridad cognitiva.

En efecto, es innegable que existen formas de delincuencia que se muestran como altamente dañinas para la sociedad: peligrosas, violentas, sofisticadas y perfectamente preparadas para llevar a cabo una serie de actividades delictivas no sólo de forma reiterada, sino más bien de manera permanente.<sup>31</sup> Es una criminalidad que no responde a desviaciones ocasionales, a impulsos, a arrebatos, ni necesariamente a una psicopatía, se trata de un grupo que ha advertido un nicho de oportunidad para enriquecerse a costa de todo el daño que su proceder pueda hacer a los grupos sociales, trabajan con la vulneración de los bienes más preciados para los hombres como son la vida, la libertad, la salud e incluso la seguridad nacional, actualizan con sus conductas, ya sea para obtener recursos o inclusive para comunicarse con otros grupos delictivos, los delitos considerados más duros del Código Penal, y todo ello de manera organizada, permanente, retardadora para todas las instituciones del Estado.

Esta problemática consistente en la existencia de una delincuencia tan especialmente agresiva y la necesidad de buscar un nicho normativo de particular respuesta para ella, ya ha sido destacada por distintos autores, quienes no obstante que no están de acuerdo con las justificaciones de Jakobs en torno al Derecho penal del enemigo, sí reconocen su 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>32</sup> En el mismo sentido el doctor Luis Gracia Martín 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>33</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 de las ocasiones se opta por la legitimación de normas severamente duras y por supuesto “excepcionales o especiales”, recurriendo para ello sólo a la legitimación que se deriva de la positivación de una idea 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; este razonamiento no es del todo 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 y los Derechos fundamentales analizando si es que con sus disposiciones no se ve vulnerada alguna de éstas o aquéllos.

Éste es el caso de nuestro país y por supuesto que la tarea no puede ser sencilla, pues en principio el problema se da en el momento mismo en el que las distinciones se establecen en la propia constitución, pues claro está que no puede ser tildada de inconstitucional una norma constitucional.

---

<sup>30</sup> Vid. internet, Günther Jakobs, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid.

<sup>31</sup> El término *permanente*, lo referimos a la duración del grupo delictivo y no a la clasificación que corresponde al delito de delincuencia organizada por su forma de consumación.

<sup>32</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1999, p. 22.

<sup>33</sup> Ob. cit., Gracia Martín, Luis, p. 103.



Así por ejemplo, de la lectura de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte un trato *desigual* respecto al plazo para retener a una persona cuando ésta se encuentra detenida ante el Ministerio Público, así se lee en el artículo 16 constitucional párrafo séptimo:

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, también tenemos que la disposición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que autoriza la escucha de comunicaciones como una forma legal de investigación<sup>34</sup> tiene su asidero constitucional en lo que el noveno párrafo del artículo 16 de la carta magna señala:

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

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

No hay duda que ambos casos dan cuenta de una *restricción* de las garantías procedimentales que operan de forma general, pero es una restricción que se da dentro del propio marco constitucional, por lo que en términos de lo dispuesto por el propio artículo 1 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.

No obstante, no sucede lo mismo respecto de otras disposiciones en las que la ley en cuestión también 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 1 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 que el conocimiento de esta *irregularidad*, por llamarla de alguna manera, ha dado razón a que en su momento la propia exposición de motivos de la iniciativa presidencial señalara 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

<sup>34</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.”

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 en Frankfurt en el marco de Congreso de penalistas alemanes,<sup>35</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>36</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>37</sup>

Se reafirma entonces un concierto doctrinal que reconoce la existencia de algunas conductas pertenecientes al ámbito 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 la reiteración va en ese sentido y *no puede haber otra salida más que la que se derive de atender a una política criminal de justicia distributiva*,<sup>38</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 aquellas 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>39</sup>

Se advierte pues 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, ni siquiera especial, contando para ello tan sólo con el argumento de que se trata de no personas*, de sujetos que dada su persistencia para comportarse contra lo mandado por la norma los convierte en *enemigos*, en sujetos diferentes a los ciudadanos; no, no es suficiente, pues en contra de tales razones 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.<sup>40</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 *no creemos que se pueda justificar 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

<sup>35</sup> *Supra*, página 140.

<sup>36</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>37</sup> Jakobs, Günther, “Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico”, *Estudios de Derecho Penal*, Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, pp. 322-323.

<sup>38</sup> *Vid.* <http://www.uaem.mx/oferta/facultades/humanidades/filos/Arto-EticaV.htm>

<sup>39</sup> Buscaglia, Edgardo y González Ruiz, Samuel, *Reflexiones en torno a la Delincuencia Organizada*, ITAM-INACIPE, México, 2005, p. 34.

<sup>40</sup> *Ob. cit.*, Gracia, Martín, pp. 235-244.

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>41</sup>

Consideramos indispensable trabajar a nivel constitucional en una justificación que oriente este tipo de normativa hacia una *legislación especial*,<sup>42</sup> 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 una criminalización particular, en la que de ninguna manera se dejan de reconocer a los receptores del mensaje normativo como individuos competentes y susceptibles de asimilar la prevención general positiva, aunque ya en lo que corresponde a la ejecución se puedan argumentar razones de peligrosidad para justificar un trato diferente al de los demás, incluso, como lo propone el maestro Jakobs, a ser considerados como un *foco de peligro*, pero en todo caso conservando la atención estricta al principio de legalidad, independientemente de que se puedan ampliar términos, plazos o formas de investigación, pues de cualquier modo también deberá de haber sistemas de control de la propia actuación del Estado a fin de evitar excesos.<sup>43</sup>

Con todo ello será dable afirmar que se trata de un sistema jurídico que puede ser reconocido como válido, dejando fuera cualquier posibilidad de considerar que se trata de la instrumentación jurídica derivada de una razón de Estado, si no más bien del reflejo de una reacción necesaria de un Estado democrático.

Así las cosas, antes de concluir vale la pena repasar algunas ideas:

No es Jakobs quien inventa el Derecho penal del enemigo, simplemente hace mención al enemigo en una ponencia en Frankfurt en 1985, donde él tenía

una postura y una idea diferente respecto de esa clase de estructura normativa, decía entonces que era ilegítimo que el derecho adelantara su línea de defensa. Después fue cambiando su línea de pensamiento y empezó a justificar, en sus ponencias de 1999 y de 2002, la implementación de este tipo de medidas. Pero digamos que esta historia del Derecho penal del enemigo tiene un largo pasado, y se sitúa en la realidad del devenir del hombre, sobre todo de aquellos que fueron considerados como “el enemigo político”; así han existido los disidentes, los colonos, los sujetos mestizos que daban muchos más problemas que los que eran de una raza indígena pura; los genéticamente malformados, los grupos minoritarios rebeldes, en sí, una serie de personas que se han ido encasillando y colocando como *sujetos respecto de los cuales hay que tener cuidado*.

En esta misma idea también se han señalado aquellos sujetos que hay que considerar como peligrosos y la justificación para esto no ha sido diferente, lo es precisamente la situación de peligro que genera ese grupo, para una clase en concreto, para un grupo de la sociedad que se muestra como susceptible de ser dañada.

Entonces, ante esos escenarios, la legitimación del Estado surge precisamente para establecer cualquier tipo de reacción que sirva desde su concepción para neutralizar o bien para erradicar ese “foco de peligro”, aunque hay que decir que las reacciones han sido de lo más variado. Hemos tenido reacciones que utilizaron como método la hoguera, otras al fusilamiento, las ordalías, las ejecuciones sumarias, las retenciones ilegales, las desapariciones forzadas, el abuso de la prisión preventiva y en general con cualquier tipo de medida que pudiera generar un dejo de seguridad para la sociedad.

<sup>41</sup> Texto de la exposición de motivos que en torno a las reformas a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada contuvo la iniciativa del ejecutivo de 2004 citada *supra*.

<sup>42</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: “Novena Época Instancia: Pleno Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* Tomo: VII, Marzo de 1998 Tesis: P./J. 18/98 Página: 7 Materia: Constitucional. 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”.

<sup>43</sup> Ob. cit., Buscaglia Edgardo y González Ruiz Samuel, pp. 33-56.

Esta mecánica se ha ido trasladando desde Roma a la Edad Media, a la Revolución Industrial, a las colonizaciones, a la guerra, a la modernidad y ahora hasta la globalización. Siempre han existido los individuos molestos para el sistema de gobierno, las causas son las más variadas, desde ideológicas, teleológicas hasta biológico-genéticas, siempre se ha señalado a *los extraños*, sólo que Jakobs, cuando hizo mención a este grupo de sujetos, dijo que eran *enemigos*, así lo refirió: *en este mismo momento pudiera haber alguien que fuera considerado como enemigo en potencia para el Estado* y de ahí empezó este debate y esta construcción del enemigo.

Está claro que por más que argumentemos no se ve factible eliminar de las políticas criminales de los estados los cuerpos legales que apuntan a las características del Derecho penal del enemigo, es una normativa con la que ya se da la convivencia incluso desde la exposición de motivos del entonces presidente Fox el 29 de marzo del año 2004, cuando decía que no puede tratarse igual a las personas que cometen delitos ocasionales, que a quienes cotidianamente asumen patrones de conducta profesionales para atentar contra el Estado y la sociedad, utilizando una argumentación clara de esta clase de derecho y por supuesto distinguir entre los delincuentes ocasionales y los que pertenecen a la delincuencia organizada.

Una de las objeciones más reiteradas y que surgen de inicio al tomar conocimiento de los argumentos de Jakobs, es su consideración de que existan normas que sean dirigidas a quienes se consideran como *no personas*, sólo que no hay que perder de vista que Jakobs, cuando plantea su concepto de persona como individuo, lo hace desde el punto de vista del derecho funcional sistémico, entonces para él *persona* es un concepto que por supuesto está valorado desde el punto de vista normativo, si lo vemos así, la persona es la que está en la sociedad y se desenvuelve en un sistema actualizando de expectativas de los demás; y el otro, el *enemigo*, que bien pudo haberlo llamado sólo *individuo* como lo hace Luhman, sólo forma parte del ambiente, la persona en cambio es la que tiene el contacto con los demás integrantes del sistema y está jugando un rol y que por eso forma parte del sistema, *el que está fuera del sistema no es persona en esa concepción*, es un individuo, llámesele enemigo o como quieran, por ejemplo: el menor de edad no es persona para los efectos del Código Penal, es individuo, pero no por eso deja de ser persona para el Derecho Civil, entonces tampoco debe alarmarnos

tanto el concepto *no persona*, pues no creo que por su utilización al construir los argumentos que justifican el Derecho penal del enemigo se le quite la dignidad al ser humano.

En todo caso habrá que tener conciencia de que se trata de una construcción normativa que debe ser acotada en su utilización a la que se deben oponer todos y cada uno de los derechos fundamentales en contra de su expansión, y por su puesto de su utilización más allá de los casos estrictos que difícilmente pueden ser rebatidos. Y por supuesto no hay que perder de vista que es una de las armas más poderosas con la que cuenta el Estado para llevar a cabo la aplicación más letal del Derecho penal.

### Bibliografía

- Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, España.
- García Amado, Juan Antonio, *El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*, Universidad de León Castilla.
- Jakobs, Günther, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, España, 2003.
- Manríquez R., Juan Carlos, "Sobre la Pretendida Realidad y Eficiencia del Derecho Penal del Enemigo, Como Medio de Aseguramiento de 'Espacios de Verdadera Libertad' apostillas a Polaino – Orts y a Caro John", *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago*, Guayaquil, Chile, [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=529Itemid=34](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=529Itemid=34)
- Moreno Hernández, Moisés, *Las transformaciones de la legislación penal mexicana en los últimos veinte años (los vaivenes de la política criminal mexicana)*. Libro Homenaje al doctor José Cerezo Mir, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002.
- Muñoz Conde, Francisco, *El Derecho Penal del Enemigo*, Editorial INACIPE (Conferencias magistrales número 6), México, 2003.
- Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Hammurabi, 2005.
- Prittwitz Cornelius, "Derecho Penal del Enemigo: ¿Análisis Crítico o Programa del Derecho Penal?", en *La Política Criminal en Europa*, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, directores, Barcelona, España, 2004.