

ALGUNAS REFLEXIONES EN RELACIÓN CON EL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” DENTRO DEL CONTEXTO NACIONAL

SOME THOUGHTS REGARDING THE “CRIMINAL LAW OF THE ENEMY” WITHIN THE NATIONAL CONTEXT

Gerardo Armando UROSA RAMÍREZ*

RESUMEN: El presente trabajo nos encauza por diversos tópicos íntimamente relacionados con el “Derecho Penal del Enemigo”, para rematar en algunos de los aspectos que han levantado mayor ámpula entre penalistas, y que se traduce en el acalorado debate entre quienes avalan y justifican la legislación del enemigo; y quienes repudian su manejo, debido a su clara directriz represiva.

El autor nos proporciona su perspectiva respaldándola en reflexiones y datos dentro del contexto nacional, y su lucha contra el crimen organizado.

ABSTRACT: The present work is channeled through various topics closely related to the “Criminal Law of the Enemy”, to conclude some of the issues that have caused more blisters among criminal attorneys, and that translates into the heated debate between those who endorse and justify legislation against enemy and those who repudiate their management, because of its clear directive repression.

The author gives us his perspective supported with reflections and data within the national context and its fight against organized crime.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal del enemigo, Legislación del enemigo, Sistema penal mexicano, Crimen organizado, Represión.

KEYWORDS: Criminal law of the enemy, Legislation against enemy, Mexican penal system, Organized crime, Repression.

* Profesor por oposición de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNAM y del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

El derecho es la libertad. Por lo tanto, la ciencia criminal bien entendida es el supremo código de la libertad, que tiene por objeto sustraer al hombre de la tiranía de los demás, y ayudarlo a liberarse de la tiranía de sí mismo y de sus propias pasiones, en cuanto criatura de Dios, provista por Él de derechos eternos que deben ser tutelados y respetados, incluso por el derecho penal.

Francesco Carrara.

SUMARIO: I. *Generalidades*. II. *Pasajes históricos del Enemigo en el Derecho Penal*. III. *Características generales del Derecho Penal del Enemigo*. IV. *El Derecho Penal del Enemigo en México*. V. *La progresiva tendencia represiva del Estado*. VI. *¿Derecho Penal del Enemigo versus Derecho Penal del Ciudadano?* VII. *Toma de postura*.

I. GENERALIDADES

EL ESTUDIO DE LA SEVERA reacción legislativa del Estado para contener al *crimen organizado*, ha provocado que diversos penalistas giren la cara a esa particular parcela del Derecho punitivo, con características propias, que el jurista alemán Günther Jakobs bautizó bajo el rubro de “*Derecho penal del enemigo*”, a partir de 1985.¹

Ciertamente, en alguna medida el pensamiento de Jakobs ha sido distorsionado, pues se le han atribuido determinadas tendencias que lo colocan como partidario del autoritarismo que, para muchos, representa el *Derecho penal del enemigo*, no obstante que, según el autor precitado, su discurso intenta primordialmente describir una realidad existente,² y no una incurción en política criminal. “En este sentido, el Derecho penal del enemigo no surge como *propuesta* sino como *descripción*, entre otras cosas, *porque no puede proponerse lo que ya ha sido propuesto y aprobado* por quien tenía la

¹ Jakobs empleó por primera vez el término en la ponencia “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, pronunciada en las Jornadas de penalistas alemanes celebradas en Frankfurt am Main en 1985.

² Véase POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Córdoba, España, Ed. Mediterraneo, 2006.

potestad para ello: los legisladores de los modernos Estados democráticos occidentales”.³

Ahora bien, ya sea que se trate de una tesis descriptiva o indefinida, no puede negarse que se percibe en Jakobs cierta inclinación por legitimar la utilización del *Derecho penal del enemigo*, aún en las sociedades democráticas, y para casos extremos.

Así mismo, también es indiscutible que sus disertaciones han estimulado el examen sobre los presupuestos del “*enemigo*” en el Derecho penal, identificándolo con terroristas o delincuentes de extraordinaria peligrosidad, que han hecho del crimen su profesión cotidiana, confrontando abiertamente al Estado, amparados por una pulcra organización criminal, descomunal nivel económico, infiltración en los cuerpos policíacos y consecuente tráfico de influencias.

Jakobs estima que esa clase de delincuentes no deben ser “portadores de derechos y deberes”, y por ende, no pueden tener el atributo de “personas de Derecho”, ya que su comportamiento denota una severa proclividad al crimen que los aleja del concepto, por lo que resulta válido negarles el régimen de garantías procesales del que goza todo gobernado, incluso “criminales comunes”, y contenerlos a través de una severa y excepcional legislación que anteponga barreras punitivas, precedentemente a que, de facto, realicen conductas criminales. Al *enemigo* se le castiga por el peligro que representa para la sociedad, por el temor de que pueda atentar en contra de la “seguridad cognitiva” y difiere del malhechor ordinario que comete un delito, un “desliz reparable”, sin afectar, en esencia, su calidad como sujeto de Derecho portador de deberes y obligaciones. Efectivamente, a diferencia del malhechor ordinario, el citado *enemigo* hace del crimen una industria, conserva una especial afición al delito, es un foco de inseguridad o alarma permanente y por ello, “la obstinación en el mantenimiento del comportamiento delictivo excluye la expectativa de que el delincuente, luego de la repulsión de su ataque o de la punición del delito, pueda volver a comportarse como persona en Derecho, esto es, pueda volver a acatar sus deberes”.⁴

“Él ya no es únicamente persona en Derecho sino precisamente fuente de peligro que hay que combatir y, en ese sentido, precisamente *enemigo*”.⁵

³ GÜNTHER, Jakobs, *et. al.*, *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, México, Flores editor y distribuidor SA de CV, 2008, p. 82.

⁴ *Ibidem*, p. 3.

⁵ *Ibidem*, p. 4.

En suma, para el jurista germánico en cita, las leyes afines al *enemigo* del derecho son excepcionales y van dirigidas en contra de individuos que conforman organizaciones criminales de extrema peligrosidad, sin que su combate pueda resolverse por las reglas del derecho penal ordinario dirigidas al ciudadano común, o mediante los medios policíacos habituales; sino a través de medidas legales y policíacas extremadamente represivas.

II. PASAJES HISTÓRICOS DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL

La historia de la humanidad está plagada de pasajes y legislaciones que discriminan a determinados sujetos, llámense extranjeros, judíos, indígenas, comunistas, *hostis* o *enemigos*, a quienes se les ha aplicado un trato específico, distinto, rompiendo la anhelada igualdad jurídica del hombre.

Ejemplos de esa humillante degradación fue la implacable persecución contra cristianos en Egipto durante los primeros 200 años d. C.; la persecución de herejes, judíos y partidarios de Lutero en Europa a partir del siglo XII, que fueron brutalmente sacrificados por la Inquisición —con excepción de Gran Bretaña—, acompañada de un espectáculo festivo en las ejecuciones públicas celebradas en las plazas de las ciudades europeas; el régimen de rechazo establecido en contra de los indígenas en las colonias españolas en América; el trato diferenciado entre comerciantes, nobles y extranjeros durante la Revolución industrial; las leyes privativas de Nuremberg de 1935, por las que se privaba a los judíos alemanes de la nacionalidad alemana, rebajándolos a la categoría de sujetos de segunda clase; la “Ley de represión de la masonería y el comunismo” de marzo de 1941 promulgada durante la dictadura fascista de Franco; la represión francesa al movimiento de independencia argelino en los años cincuenta, que introdujo de forma ilegal, torturas y graves violaciones a los derechos humanos; la política de segregación del *apartheid* impuesta en Sudáfrica por los colonizadores ingleses en contra de la gente de raza negra.

Excesos similares cometieron los ingleses en los años setenta y ochenta para reprimir el movimiento terrorista de independencia del *ira* irlandés. En Italia, la lucha contra el grupo terrorista de extrema izquierda, “brigadas rojas” en los años setenta, produjo una legislación excepcional; en Argentina, durante la dictadura militar calificaron como *enemigos* a los ideólogos que “envenenaron” las almas de los jóvenes universitarios; el presidente de Ruanda, Jean Kambanda elogió en una emisión radiodifusora la persecución

y muerte de los miembros de la tribu *tutsi* y de los *humos* moderados por ser enemigos del régimen; los norteamericanos señalan como *enemigo* a la insurgencia iraquí y por su parte, los iraquíes llaman al ex presidente Bush *enemigo* del Islam, de Alá y de los musulmanes. De manera reciente las leyes colombianas han tenido que replantearse un derecho de excepción en contra de narcotraficantes. Igualmente, Estados Unidos de América ha anulado el derecho de los acusados a defenderse contra la tortura, tratándose de *enemigos extranjeros*, según la reforma aprobada por el Senado norteamericano, en septiembre del 2006.

Con independencia de los antecedentes mencionados, es innegable que el estudio del *Derecho penal del enemigo* ha tenido un especial repunte en el umbral del siglo XXI, a consecuencia de los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2001 a las Torres Gemelas de Nueva York; los sucesos del 11 de marzo del 2004 en la estación ferroviaria de Atocha en Madrid; el del primero de septiembre en la escuela de Beslan, Rusia; el ataque del siete de julio del 2005 en el Metro de Londres; y el desmedido incremento de actividades ligadas al narcotráfico en Latinoamérica, principalmente en Colombia y México.

En tal virtud, algunos autores justifican la existencia del *Derecho penal del enemigo*, evocando a su favor —entre otros aspectos— que éste siempre ha existido y en consecuencia, no debe extrañarnos su utilización, sino reconocer su necesidad y en todo caso, acotar su alcance, a efecto de evitar que contamine y se confunda con el Derecho penal del ciudadano. El propio Jakobs afirma que es imposible eliminarlo, por lo que propone deslindarlo de la legislación común, pues “un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho Penal con fragmentos de regulaciones propias del *Derecho penal del enemigo*”.⁶

Quienes comulgan con esta idea, encuentran un sólido apoyo en reflexiones políticas, filosóficas y hasta literarias que parecen avalar la existencia del mencionado *Derecho*.

Precisamente, Miguel Polaino-Orts recurre al pasaje que contempla la portentosa obra de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha* al relatar el encuentro de su protagonista con un grupo de galeotes que llevan encadenados a diversos criminales; empero, uno de ellos llamado Ginés de Pasamonte

⁶ GÜNTHER, Jakobs y CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Argentina, Hammurabi, 2005, p. 64.

aparece atado de manera mucho más severa que los otros, lo que provoca la curiosidad del “caballero de la triste figura”, quien no resiste la tentación de preguntar los motivos del trato diferenciado, y cuya respuesta —según el autor precitado— encierra el fundamento filosófico político-criminal del *Derecho penal del enemigo*, al replicar los citados galeotes que ese malhechor en particular tiene “solo más delitos que todos los otros juntos y que era tan atrevido y tan grande bellaco que, aunque le llevaban de aquella manera, no iban seguros dél, sino que temían se les había de huir”.

El caso de Ginés de Pasamonte constituye, probablemente, uno de los primeros y más bellos ejemplos del Derecho penal del enemigo en la literatura española y, además, resume con claridad la *ratio esendi* del Derecho penal del enemigo respecto del Derecho penal del ciudadano: el déficit de seguridad cognitiva que se produce en algunos casos por la especial peligrosidad del sujeto (“enemigo”) que obliga al legislador, si quiere mantener con un mínimo de fiabilidad la estructura social, a combatir de manera especialmente agravada al sujeto que causa esa inseguridad.⁷

Por otra parte, algunos observan tintes relacionados con el *enemigo* del derecho penal en autores clásicos de la talla de Rosseau en su *Contrato Social*,⁸ Hobbes y en *Leviatán*,⁹ en la obra de Emmanuel Kant¹⁰ o Carl Schmitt¹¹, entre otros. Al respecto, nosotros nos adherimos a la idea de Muñoz Conde, quien les resta importancia debido a que “estas opiniones, por más que sus autores puedan considerarse grandes pensadores y filósofos, no pueden sacarse de un determinado contexto, e incluso en el contexto en el que pudieron también ser discutibles; pero en todo caso, son opiniones anteriores a la construcción del Estado de Derecho y al reconocimiento universal de los Derechos humanos y emitidas en contextos culturales, sociales y económicos completamente diferentes a los actuales”.¹²

⁷ *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo... op. cit.*, p. 48 y 49.

⁸ Véase ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, México, Gernika, 1993.

⁹ Véase HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

¹⁰ “El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo”, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 656.

¹¹ Cfr. *El concepto de lo político*.

¹² “Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo”, en *Colección Debates de Derecho Penal*, UBIJUS, núm. 6, 2010, pp. 48 y 49.

III. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

A riesgo de ser repetitivos, podemos afirmar que el *Derecho penal del enemigo* se concentra en el estudio de leyes excepcionales dirigidas en contra de individuos cuyo comportamiento denota una constante amenaza para la sociedad, con sanciones desproporcionadas, debido a la clase de sujetos —altamente peligrosos— a quienes van dirigidas, que difieren del delincuente común y son foco de riesgo permanente considerando los gravísimos actos criminales que pretenden; por lo que su comportamiento debe ser contenido antes de que realicen sus acciones criminales.

Las principales características que identifican a este atajo del derecho criminal son diversas, no obstante ello, las más representativas se pueden sintetizar bajo los siguientes rubros:

- a) El adelantamiento del momento en que el Derecho penal debe intervenir.
- b) El aumento irracional de penas.
- c) La reducción de garantías procesales.

a) *El adelantamiento del momento en el que el derecho penal debe intervenir.*

Existen ocasiones en que las normas penales dirigidas a la comunidad, castigan actos previos al comienzo de ejecución material de un ilícito, debido a la inminente puesta en peligro del bien jurídico tutelado, como por ejemplo, el delito de portación de armas prohibidas (artículos 160, 161, 162 del CPF), que castiga la simple posesión de éstas, con independencia de que se utilicen en la comisión de determinado ilícito; o el delito de peligro de contagio que sanciona el riesgo infeccioso, al margen de que éste acontezca (artículo 199 *bis* del CPF). Como se observa, la ley penal sanciona esporádicamente actos preparatorios o un estadio previo al resultado material; lo que en el denominado *derecho penal del enemigo*, resulta una característica habitual. No obstante que acorde con el principio de subsidiaridad o *ultima ratio* el derecho criminal supone la última instancia del Estado para prevenir o castigar conductas delictivas, estimamos que esta clase de ilícitos son viables en un Estado de Derecho derivado de la inminente puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, por lo que, si las sanciones respectivas resultan inferiores a la contemplada para la consumación del delito correspondiente, no infringen el principio de proporcionalidad.

Justamente, en leyes dirigidas al *enemigo*, la precipitación para poner en marcha el engranaje jurídico penal resulta común, castigando a los sujetos por acciones alejadas del hecho delictivo en sí, incluso, distantes a la puesta en peligro de determinado bien, anticipándose a la posible comisión de un ilícito, sin esperar a que éste se lleve a cabo de facto; tal y como lo establece de manera expresa el legislador mexicano, en materia de *delincuencia organizada*, pues conforme a la ley que regula ésta, los individuos que formen parte de una agrupación destinada para delinquir “serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada” (según el tercer artículo de la LFCDO, Ley Federal contra la Delincuencia Organizada). A mayor abundamiento, el segundo artículo de la legislación en comento, incrimina “acordar organizarse”, es decir, llega al extremo de sancionar actos muy remotos al posible hecho delictivo, pues sanciona la simple posibilidad de reunirse para planear determinadas acciones criminales, lo que se traduce en castigar actos difusos a su gestación.

b) *El aumento irracional de penas*

Del simple cotejo entre los delitos previstos en la legislación ordinaria y las hipótesis de delincuencia organizada, se desprenden las desmesuradas sanciones para el enemigo en el derecho penal; dando lugar a un derecho criminal de excepción que desborda los parámetros punitivos de la normatividad penal dirigida al ciudadano común.

Las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada.¹³

c) *La reducción de garantías procesales*

El *enemigo* en el derecho penal ve severamente restringidas sus garantías procesales.

En la actualidad encontramos claros ejemplos de la mencionada reducción de garantías procesales; como sucede con los extranjeros capturados en la guerra contra Afganistán, a quienes no se les respetan los derechos reconocidos internacionalmente en el Estatuto de Prisioneros de Guerra de

¹³ *Ibidem*, p. 90.

la Convención de Ginebra, o bien en los preceptos de la *Patriotic Act* de los Estados Unidos de Norteamérica que permiten al FBI (*Federal Bureau of Investigation*) sin control judicial, detener a ciudadanos o introducirse a la intimidad de clientes y trabajadores en sus investigaciones; o las medidas excepcionales de detención gubernativa por tiempo indefinido a personas sospechosas de terrorismo en Inglaterra; o la aceptación probatoria de la declaración del “arrepentido” en los casos de terrorismo y criminalidad organizada —como lo es el “testigo protegido”, en la LFCDO en México— o la utilización como medios de prueba de grabaciones audiovisuales obtenidas de forma subterfugio o la inversión de la carga de la prueba.

IV. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉXICO

Las características de un *derecho penal del enemigo*, son evidentes en la LFCDO promulgada en nuestro país, a partir de noviembre de 1996.

Debe recordarse que las propuestas legislativas sobre *delincuencia organizada* solamente lograron entrar en vigor en nuestro país después de reformar nuestra Constitución Política para amoldarla a esa legislación; lo que resulta inapropiado en un Estado de derecho, pues una ley reglamentaria debe ceñirse a la supremacía constitucional y no a la inversa.

La referida LFCDO constituye todo un catálogo de normas *sui generis*, con endeble base constitucional y son un claro ejemplo del denominado “*Derecho penal del enemigo*”, atendiendo a la intervención del derecho criminal en un estadio previo a la comisión de un delito (artículo 2); su desproporcionada sanción, aun tratándose de infracciones del fuero común cuando el Ministerio Público ejerce la facultad de atracción (conforme a la facción v del artículo 2 de la Ley, en relación con el segundo párrafo del tercer artículo); la utilización de grabaciones o audiovisuales obtenidas de forma clandestina (artículo 16, 17 y 18); la reducción de garantías procesales y aparición de figuras ajenas al derecho tradicional mexicano, como son los *testigos protegidos o colaboradores* (artículo 34), el régimen de recompensas (artículo 37) o beneficios a favor del soplón (artículo 14 y 35); la eliminación de los beneficios de la libertad preparatoria o condena condicional (artículo 43), o la inversión de la carga de la prueba.

Al presente, por decreto de fecha 27 de marzo del 2007 que reformó la fracción v del segundo artículo de la Ley, se ampliaron en gran medida las hipótesis de delitos del fuero común por los que puede el Ministerio Público

Federal ejercer la facultad de atracción para considerarlos bajo delincuencia organizada, y de este modo arrastrarlos al severo régimen de excepción contemplado por la LFCDO, según se puede observar en la reproducción del texto que a continuación mostramos:

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.

- I. 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 indocumentado, 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, y
- V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 *bis*; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; trata de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 205; trata de personas, previsto en el artículo 207; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el ar-

título 366 bis del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales Estatales o del Distrito Federal.

Lo anterior demuestra la preocupación del Estado mexicano por extender los tentáculos de su *ius puniendi*, abarcando gradualmente a más individuos, con la finalidad de someterlos al inflexible régimen penal establecido por la reseñada ley.

V. LA PROGRESIVA TENDENCIA REPRESIVA DEL ESTADO

En nuestro sistema jurídico existen normas de Derecho penal del enemigo. Éstas se encuentran tanto en el ámbito sustantivo —vg. terrorismo internacional y delincuencia organizada—, procesal —vg. arraigo y duplicidad del término de retención ministerial—; y penitenciario —vg. centros especiales de ejecución de penas— que contienen por sí mismas, o complementando normas sustantivas, todos los elementos del mismo.¹⁴ Existen otras leyes con rasgos colindantes con el multicitado *Derecho*; empero, para considerarlas como *Derecho penal del enemigo*, deben de contener absolutamente todas las características mencionadas *ut supra*.

En efecto, en nuestros días encontramos diversas leyes ligadas al *Derecho penal del enemigo*, reflejando la tendencia tiránica del Estado. Siguiendo este hilo conductor, vale recordar la detestable iniciativa de reforma constitucional de 1997 al artículo 16 y 19 constitucional que pretendió el dictado de ordenes de aprehensión con *el acreditamiento de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito* (además de la probable responsabilidad), soslayando importantes elementos descriptivos del tipo (como son los normativos o subjetivos), así como la pretendida reforma al numeral 19 que modificaba los requisitos para dictar el auto de término constitucional o de formal prisión, en análogo sentido; o la proyectada reforma a la fracción décima del artículo 20 constitucional que autorizaba los juicios penales “en rebeldía” en caso de que el inculcado se evadiera de la acción de la justicia, después de haber rendido su declaración preparatoria.

Afortunadamente, la férrea resistencia del foro y académicos¹⁵ evitó que prosperaran tan criticables iniciativas, empero, el espíritu policiaco que las

¹⁴ MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Isabel Claudia, *El Derecho Penal del Enemigo*, Porrúa, 2009, pp. 109 y 110.

¹⁵ Véase GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Una Reforma Constitucional Inquietante”, en *Criminalia*, Porrúa, núm. 3, 1993; GARCÍA CORDERO, Fernando, “La Reforma Constitucional 97-98.

inspiró logró infiltrarse y aparecer más tarde en la escena procesal mexicana, verbigracia, en la LFCDO, misma que fue refutada inconstitucional por la doctrina y en algunos aspectos, por tesis jurisprudenciales.

Es importante acotar que con la finalidad de despejar cualquier pronunciamiento impugnando la constitucionalidad de la LFCDO, se definió a la propia *delincuencia organizada* en nuestra la ley suprema dentro del paquete de reformas constitucionales de junio del 2008; con lo que, “sutilmente”, se difuminó cualquier duda sobre su inconstitucionalidad.

Otra figura que después de haber sido declarada inconstitucional por la jurisprudencia, alcanzó su “*constitucionalización*” siguiendo el mismo recorrido de la mencionada LFCDO, mediante su inserción al artículo 16 constitucional reformado, es el *arraigo*. Así, tratándose del crimen organizado, se justifica la privación de la libertad que implica esta deplorable medida en contra de un presunto, por un lapso hasta de 40 días, prorrogable a 80 en tanto se recaban pruebas en su contra. En otras palabras, se detiene para averiguar y no a la inversa, como lo dicta un sano juicio democrático, colocando al presunto en las denominadas *casas de seguridad*, privado de su libertad sin haber sido sentenciado, es más, sin estar sujeto a un proceso derivado de un auto de formal prisión. Por cierto, en caso de que no se obtengan suficientes pruebas para ejercitar acción penal —lo que en el foro resulta común— el arraigado, al margen del escarnio público, no recibe ninguna clase de compensación o indemnización derivadas de su encierro, pese a que su afectación trasciende al ámbito laboral, familiar y social.

Otras normas que rayan en el multireferido *derecho penal del enemigo* son algunas de las contenidas en las recientes reformas constitucionales en materia penal de junio del 2008, cuyo principal objetivo es implantar el sistema procesal “adversarial acusatorio” (o los “juicios orales” como se conoce coloquialmente al mencionado sistema), las cuales, por una parte refrendan y amplían determinadas garantías,¹⁶ pero, entre líneas, acusan la tendencia autoritaria del Estado, por lo que la innovación puede ser calificada como claro-oscura. En efecto, las exigencias que ahora contempla la reforma constitucional, han provocado opiniones encontradas, entre las que

Una reforma de la reforma... otra vez”, en *Criminalia*, Porrúa, año LXIV, núm. 3; REGINO GARCÍA, Gabriel, “Reflexiones sobre la iniciativa de reformas a la Constitución y la Ley de Amparo”, en *Criminalia*, Porrúa, año LXIII, núm. 3, p. 158.

¹⁶El primer párrafo del artículo 20 constitucional, reformado establece: El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

se puede contar a destacados litigantes y académicos,¹⁷ que ven en la misma una serie de dificultades prácticas y una flagrante disminución a las garantías constitucionales del procesado y quienes la avalan abiertamente.

Justamente, tratándose de los requisitos para librar una orden de aprehensión —según lo reconocen los diversos Dictámenes de la Cámara de Diputados y Senadores— el *estándar (sic)* probatorio para obsequiarla se disminuirá en comparación con el sistema procesal anterior, al modificar y sustituir al esculpido concepto sobre el *cuerpo del delito*,¹⁸ por “datos que establezcan que se ha cometido el hecho” (delictivo).

Lo anterior, resulta alarmante considerando que en múltiples casos el desahogo de pruebas y la posible absolución del presunto implicado será ante el denominado juez de sentencia,¹⁹ después de un tortuoso procedimiento. La crítica mencionada, sube de tono cuando se analiza el sometimiento oficioso del presunto a prisión preventiva, derivada de simples *datos* que arroje la averiguación previa y con base en un precario estándar probatorio.

Desde luego, los reproches referidos se podrían atemperar, de constreñirse la prisión preventiva para casos excepcionales, tal y como parece contemplarlo inicialmente el segundo párrafo del artículo 19 de la CPEUM, reformada, al establecer que ésta solamente tendrá lugar a petición del Ministerio Público, *cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio*; sin embargo, al incluir a renglón seguido otras hipótesis, nos presenta un panorama muy distinto al inicialmente tentado, alejándose de la idea de constreñir la prisión preventiva para casos extraordinarios, pues adiciona y justifica tan extrema medida, de manera oficiosa, a otros supuestos de dudosa ponderación, tal y

¹⁷ Véase, CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública. Variaciones críticas*, Porrúa, 2010; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, Porrúa, 2008; QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *La orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso*, UBIJUS, 2008; LUNA CASTRO, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México, Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional*, 4a. edición, Porrúa, 2008; DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, *Garantías en materia penal*, México, Ediciones Jurídicas Alma, 2009; y FRANCO GUZMÁN, Ricardo, *Revista Defensa penal. Abogado formador de abogados*, 2010.

¹⁸ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, 3ª edición, Porrúa, 2010.

¹⁹ El juez de sentencia es una de las novedades del renovado sistema adversarial acusatorio que se implantará en México a raíz de la reforma de junio del 2008 y que tendrá a su cargo, en estricto derecho, el desahogo de pruebas en un juicio oral, propiamente dicho.

como lo podemos observar en la reproducción del texto constitucional en lo conducente.

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.

Como se desprende del renovado argumento del artículo 19 de nuestra Carta Magna, ahora se implanta obligatoriamente la prisión preventiva para un cuantioso número de delitos, restringiendo la posibilidad de que el indiciado se mantenga en libertad durante el proceso, pues su redacción da pauta para albergar a múltiples conductas típicas, muchas de ellas inocuas;²⁰ lo cual, sumado a otros criterios subjetivos, pueden dar lugar a la aplicación indiscriminada de esa trascendental medida cautelar.²¹

En materia penitenciaria, la reforma del 2008 afectó severamente la garantía de igualdad al modificar el numeral 18 y señalar una serie de restricciones tratándose del crimen organizado, así como su reclusión en centros *especiales*, olvidando la anhelada *inserción* a la sociedad de los delincuentes, para anteponer medidas de aseguramiento cuya misión es eliminar una fuente de peligro.

Otro ejemplo que siguió la infiltración autoritaria referida anteriormente es la ley reglamentaria del artículo 22 constitucional reformado, denominada Ley Federal de Extinción de Dominio, la cual, mediante una mezcolanza legislativa faculta la intervención de diversos entes jurisdiccionales, aplicando su propia reglamentación y facultando al Estado a destinar a su favor derechos patrimoniales del ciudadano, con independencia de un veredicto definitivo de naturaleza penal que establezca la responsabilidad criminal de éste,²² y al margen de que se haya demostrado la obtención de recursos derivados de un comportamiento delictivo. Se trata de una mixtura de instituciones y leyes de distinta naturaleza —algunas supletorias— que, con independencia de la propia Ley Federal de Extinción de Dominio tienen

²⁰ Por ejemplo, la renovada legislación prevé la prisión preventiva para cualquier homicidio doloso, de tal suerte que el homicidio en riña o los casos de eutanasia, deberán dar lugar a la prisión preventiva obligatoria.

²¹ Véase UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *op. cit.*

²² En términos del artículo 44 de la Ley de Extinción de Dominio, la absolución del afectado en el proceso penal por no haberse establecido su responsabilidad, o la no aplicación de la pena de decomiso de bienes, no prejuzga respecto de la legitimidad de ningún bien.

injerencia en el proceso de extinción. En efecto, se debe recurrir a la LFCDO para deslindar los delitos del crimen organizado a los que compete el procedimiento de extinción; a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental para obtener la información que se genere; al Código Federal de Procedimientos Penales para la preparación del ejercicio de la acción de extinción de dominio por parte del Ministerio Público; al Código Federal de Procedimientos Civiles, de manera supletoria, para la procedencia de la extinción *per se*; a la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público para la administración, enajenación y destino de los bienes; al Código Civil Federal²³ para la regulación de bienes u obligaciones. Así mismo, conocerán del procedimiento diversos jueces, dependiendo de la instancia en que se encuentre el proceso, así como otros creados de manera *ex profeso* para esa figura. En este contexto, de los recursos ordinarios conocerán los Tribunales Unitarios de Circuito especializados en materia civil y en su caso, del juicio de garantías los Tribunales Colegiados.

No obstante lo ambiguo y autoritario de la Ley de Extinción de Dominio, ésta no contempla todas las características acuñadas por Jakobs para considerarla como legislación en contra del *enemigo*.²⁴

Otra ley promulgada de forma reciente y que roza con el multirefido *Derecho penal del enemigo*, es el párrafo agregado en el año 2007 al CPF, concretamente al artículo 148 bis para sancionar actos preparatorios de naturaleza terrorista,²⁵ estableciendo en su fracción III la imposición de la pena de prisión de 15 a 40 años y de cuatrocientos mil a doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten.

En resumen, podemos afirmar que las reformas aludidas, si bien —en estricto sentido— no contemplan todas las características propias del multicitado *Derecho penal del enemigo*, sí contienen marcados rasgos que las relacionan intrínsecamente con la citada noción, y reflejan la tendencia represiva del Estado; encaminándose, tristemente, hacia el multireferido concepto en estudio.

²³ Véase el artículo 4º y 33 de la Ley Federal de Extinción de Dominio.

²⁴ Véase COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Consideraciones generales sobre la Ley Federal de Extinción de Dominio*, México, Colección sistema acusatorio, UBIJUS, núm. 2, 2010, p. 30.

²⁵ El artículo precitado señala en lo conducente, que sancionará “Al que acuerde o prepare en territorio mexicano un acto terrorista que se pretenda cometer o se haya cometido en el extranjero”.

VI. ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO *VERSUS* DERECHO PENAL DEL CIUDADANO?

Con independencia de la polémica que han desatado las disertaciones de Jakobs en relación con el *Derecho penal del enemigo*, nosotros optamos por trasladar el debate a uno de los aspectos que han levantado mayor ámpula entre penalistas, y que se traduce en el acalorado debate entre quienes avalan y justifican la legislación del *enemigo* del derecho penal, considerando la descomunal peligrosidad del crimen organizado, así como la falta de seguridad jurídica que representan para la comunidad; y las voces discordantes que afirman que esa clase de legislación debe ser abrogada, porque constituye un serio peligro para la sociedad, ya que pueden acarrear consecuencias tiránicas al ciudadano común y corriente, que fácilmente se puede encontrar entrampado en esa clase de régimen policiaco, al verse contaminado el régimen penal ordinario por aquél.

Es indiscutible que pisamos un terreno pantanoso, pues en tanto que una postura garantista y respetuosa de los *derechos del hombre* intenta circunscribir la esfera de aplicación del derecho penal; la tendencia a favor del denominado *Derecho penal del enemigo* introduce renovados ilícitos de dudosa gravedad, así como una exagerada flexibilidad a las normas de imputación y a los principios del derecho penal liberal;²⁶ irradiando una clara directriz represiva.

Además, para los críticos de las leyes del *enemigo*, cuando la ordenanza es precisa y sanciona comportamientos especialmente lesivos, no tiene ningún efecto práctico ni cubre vacíos de tipicidad la descripción especial dirigida al *enemigo*, misma que, extrañamente, puede propiciar la confusión de tipos e impunidad, por lo que debemos evitar la proliferación de esta clase de normas.²⁷

²⁶ Recordemos que los aludidos *principios de derecho penal* son un fiable indicador para distinguir la postura del Estado en su política criminal. Aquél que respete en mayor medida éstos, será considerado de corte democrático, al utilizar al derecho penal como un instrumento del hombre y no como una herramienta de represión en contra de éste, a la manera de los Estados autoritarios. Entre los principios de derecho penal liberal más difundidos encontramos al de legalidad (*nullum crimen sine lege*), subsidiaridad, presunción de inocencia, *non bis in idem*. (Véase. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Principios rectores en el derecho penal mexicano”, en *Criminalia*, núm. III, LXIV, 1998).

²⁷ Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Argentina, Ediar, 2006, p. 183.

A mayor abundamiento, aceptando que la historia reporte múltiples acciones y leyes de excepción en contra del extranjero, enemigo o subordinado, debe reconocerse —paradójicamente— que la propia historia también nos ofrece una rica gama de injusticias y criterios fundados en la xenofobia o criterios afines, respaldada por mezquinos parlamentos al servicio del tirano, quien solamente vió disminuido su vasto poder mediante diversos actos heroicos de súbditos, que ahora parecen caer en el olvido. “Más aún, sería monstruoso que las conquistas jurídico-estatales que, en el marco de un liberal derecho penal del ciudadano, se han conseguido con mucho esfuerzo desde la Ilustración, fueran sacrificados en el altar de un *neopunitivismo* humanitario que no puede distinguir los principios del derecho penal de los principios programáticos humanitarios y exige la punición a cualquier precio”.²⁸

Legítimamente, en el trasfondo de las garantías individuales se revela una feroz lucha histórica a cargo del poderoso, cítese gobernante, rey o príncipe; y el ciudadano, que a sangre y fuego logró arrancar del tirano determinados derechos públicos subjetivos, que actualmente se desprecian mediante una serie de galimatías reflejadas en el multireferido *Derecho penal del enemigo*. La preocupación anterior comulga con la ideología del garantismo del prestigiado jurista italiano Luigi Ferrajoli, quien en todo momento pugna por disminuir el catálogo de conductas penales y desconfiar de cualquier tipo de autoridad que represente un poder público o privado, pues “el poder tiende, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y liberarse del derecho”,²⁹ por lo que no debemos abandonarlo, pues éste representa la garantía de los más débiles frente a los más poderosos; agregando el autor en cita:

El derecho penal del enemigo es una fórmula que introduce la lógica de la guerra en el derecho, cuando el derecho es la negación de la guerra y la guerra la negación del derecho. El derecho penal del enemigo es la continuación de la guerra con otros medios, es decir, su plano descriptivo alude a formas turbias de degeneración del derecho penal. El modelo Guantánamo, Abu Ghraib, la tortura, la falta de garantías o la lesión de la dignidad de la persona humana. Este tipo de prácticas pretenden ser legitimadas por una ideología, una doctri-

²⁸ AMBOS, Kai, *Derecho penal del enemigo*, Colección Cuadernos de Conferencias y Artículos, Carlos Gómez-Jara Diéz, y Miguel Lamadrid (trads.), Universidad Externado de Colombia, núm. 41, p. 54.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 121.

na, que niega la cultura misma del derecho penal, el cual no conoce enemigos sino solamente ciudadanos cuya fuerza de prevención reside precisamente en su asimetría con la violencia criminal.³⁰

Otra crítica es la infamante distinción entre “enemigos y ciudadanos” que atenta contra la dignidad humana y es propia de Estados totalitarios, pues la igualdad de los individuos ante la ley no admite grados y debe permanecer como uno de los derechos humanos consagrados desde la declaración universal proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, por lo que resulta incompatible con un Estado democrático. Sin embargo; en las leyes antiterroristas o contra el crimen organizado, es evidente la desigualdad jurídica y procesal entre el denominado “enemigo” y el delincuente ordinario. En este orden de ideas, resulta inaceptable que en las leyes de mérito, se sancione con base en criterios oriundos de Estados policiacos, atendiendo primordialmente a la peligrosidad de las bandas o partícipes en actos terroristas o del crimen organizado, en lugar de atender al daño causado al bien jurídicamente tutelado del agente, como lo dictan los principios de un derecho penal liberal, propio de un Estado de derecho; en otras palabras, se está castigando con base en lo que una persona es o un derecho penal del autor, en vez de sancionar el hecho o fundarse en un derecho penal de acto.

Evidentemente, uno de los aspectos más abominables de esta clase de Derecho es la discriminación entre personas y *enemigos*, derivada de la abierta segregación legislativa, y que, de hecho, niega la condición de *personas* a los denominados “enemigos del derecho”, por tratarse de seres altamente peligrosos que deben ser reprimidos con antelación a la comisión de un acto criminal, con lo que se eliminan sus derechos procesales fundamentales y consecuentemente, su categoría de persona.

Debe precisarse que el concepto de *enemigo* es piedra angular de toda la concepción *jakobsiana* a quienes no considera como personas. “Esta privación y negación de la condición de persona a determinados individuos sólo resulta posible en la medida en que se reconozca que la cualidad de persona, esto es, la personalidad, no es, en principio, algo dado por la naturaleza,

³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo y Derecho Penal. (Un diálogo con Ferrajoli)*, UBIJUS, Colección debates de Derecho Penal, pp. 45 y 46.

sino más bien —y así parece que tiene que ser aceptado y reconocido— una atribución normativa, ya sea de carácter moral, social y/o jurídico.³¹

La postura inversa a la señalada *ut supra*, que respalda la utilización para casos contados del *Derecho penal del enemigo*, asevera que diversos Estados con una larga tradición democrática contemplan severas leyes para combatir al terrorista, al narcotraficante, al *enemigo* del Derecho, sin que sean tildados de dictaduras o Estados policíacos, debido a que ven en el referido *Derecho* una garantía de juridicidad democrática; siempre y cuando las leyes respectivas, sean promulgadas con una dosis correctamente proporcionada.

La reacción jurídico-penal frente al *enemigo* requiere ciertos niveles de juridicidad, como son la existencia de un proceso penal con garantías mínimas, la declaración de culpabilidad realizada por un juez y el cumplimiento de la pena en un régimen penitenciario legalmente previsto. En este sentido, puede decirse que la lucha contra el enemigo no se mueve solamente en el plano cognitivo, sino que tiene ciertos mínimos normativos que permiten afirmar que el *enemigo* no se encuentra del todo despersonalizado. De hecho, Jakobs habla en la actualidad de una *despersonalización parcial* del enemigo.³²

Además, a favor de las reglamentaciones en estudio, se aduce que cuando una persona acata las leyes y tiene un comportamiento aceptable socialmente, conlleva un respeto a los demás miembros de la comunidad; empero, la sociedad no tiene por qué tolerar y considerar como sujetos de derecho a individuos que habitualmente no respetan ninguna clase de normatividad, que se han auto excluido de la comunidad, de sus reglas y representan un foco de peligro. Por ende, el Estado no debe reconocerles la categoría de personas y consecuentemente resulta válido adelantar el momento de la sanción, con la finalidad de evitar que se desquebraje el tejido social.

Piénsese en lo que ocurriría en el caso contrario, esto es, en el supuesto en el que el Estado tratara a esos terroristas como si fueran personas en Derecho y no sujetos que conmocionan la seguridad estatal: pues sucedería que ningún ciudadano podría salir a la calle con un mínimo de seguridad si supiera que sus vecinos de al lado conforman una asociación terrorista con disposición de armas y aún no pudieran ser sancionados hasta que comen-

³¹ GRACIA MARTÍN, LUIS, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”, en *Revista Derecho Penal Mínimo*, año I, núm. 1, septiembre 2009, México, Impresiones ALFER, p. 51.

³² Disponible en: www.alfonsozambrano.com/dpe/existe.doc. (27 de diciembre del 2010).

zaran la ejecución de sus actos terroristas: no podrían salir a la calle a tirar la basura, a comprar el pan, o a la discoteca a las tres de la mañana, porque habrían perdido la mínima seguridad en la vigencia de la norma por temor de esa peligrosidad latente que los sujetos asociados representan.³³

Según Jakobs, debemos considerar que cualquier sociedad debe de mantener un mínimo de seguridad o “seguridad cognitiva” en casos de grave peligro, y si para ello es necesario un régimen excepcional, entonces debe aplicarse.³⁴

A mayor abundamiento, en el caso concreto de México, la delincuencia organizada ha trascendido fronteras, por lo que es válido preguntarnos, ¿cuál sería el panorama nacional si se llegará a derogar la LFCDO? Si al amparo de ésta, existe una marcada impunidad, a pesar de los mecanismos que contempla facilitando el ejercicio de la acción penal. ¿Qué pasaría eliminándola? Al respecto, es importante reflexionar sobre lo siguiente:

Los cárteles mexicanos participan en 22 tipos de delitos (trasiego de droga, lavado de dinero, tráfico de personas, secuestro, contrabando de armas) en 47 países del mundo: además de Estados Unidos y de la Unión Europea, trabajan en casi toda América Latina, en varias naciones africanas y en siete países de Asia. Hoy los cárteles mexicanos son la mayor amenaza del hemisferio y forman parte del elenco de los cinco grupos criminales más peligrosos del mundo. En apenas 10 años, los traficantes mexicanos pasaron, por ejemplo, de surtir 55% de la cocaína que se consume en Estados Unidos a proveer 90%, según reportes del Departamento de Estado.³⁵

Bajo este hilo conductor, resulta significativo que una asociación civil a favor de los Derechos Humanos, denominada “Comisión Mexicana de Derechos Humanos”, establezca en su portal cibernético lo siguiente:

A pesar de que la doctrina garantista encarnada por Luigi Ferrajoli se inclina por la abolición de este sistema, considero que por las circunstancias particulares que atraviesa México se requiere un derecho penal de emergencia o del enemigo. Debido al *status* actual en el que vivimos es necesaria la implementación de éste ya que la delincuencia organizada está desafiando de manera real al

³³ GÜNTHER, Jakobs, et. al., *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo... op. cit.*, p. 45.

³⁴ *La ciencia penal ante los retos del futuro*, Teresa Manso, en Eser/Hassemer/ Burkhardt.

³⁵ REVELES, José, *El cártel incómodo. El fin de los Beltrán Leyva y la hegemonía del Chapó Guzman*, Grijalbo, 2010, p. 48.

Estado y a la sociedad, contraviniendo los valores que sustentan la democracia y el mismo Estado.

El alto índice delictivo que vive la sociedad hace necesaria la aplicación de estas medidas. Es preciso señalarlo, actualmente el Estado vive una verdadera guerra contra la delincuencia organizada y es necesario dotarlo de las herramientas necesarias para combatirlo de manera frontal. Sin embargo, no por la implementación de estas medidas terminará el crimen organizado de operar, sino que únicamente se le dota al Estado de herramientas para afrontarlo por lo que si no hay una verdadera voluntad de combatirlo —si hay corrupción, “narcocampañas”, infiltración del crimen organizado en el Estado— no se podrá nunca vencerlo.³⁶

VII. TOMA DE POSTURA

Resulta difícil permanecer impávido o resignarse a aceptar llanamente la legislación del *enemigo*, como una “triste realidad”, un “mal necesario”. El penalista debe asumir alguna postura a favor o en contra de las leyes del enemigo, pero no permanecer indiferente o reducir su discurso a la escueta descripción de un fenómeno, que parece irreconciliable con los principios de un Estado democrático. “Nadie niega, pues, la existencia del ‘Derecho penal del enemigo’, lo que se cuestiona es si éste es o no compatible con el sistema del Estado de Derecho y el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales”.³⁷

Estimamos conveniente, con antelación al rechazo o aceptación del *Derecho penal del enemigo*, considerar nuestra realidad mexicana, *hic et nunc* (aquí y ahora).

A nuestro modo de ver, estimamos que dentro del concepto de *enemigo* existen matices y por ende, individuos incorregibles especialmente peligrosos, portadores de una barbarie incalificable. En efecto, no obstante que moralmente nos resistimos a admitir el *Derecho penal del enemigo*, la cruel y durísima realidad mexicana nos obliga a replantear su obligada necesidad, pues, cuando se vive inmerso en una sociedad que reporta diariamente innumerables crímenes inconcebibles hace unas cuantas décadas, y se observa la impotencia del Estado para abatirlas mediante una política criminal in-

³⁶ Disponible en: comexdh.blogspot.com/2009/01/derecho-penal-del-enemigo-una-solucion.html. 27 de diciembre del 2010.

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Argentina, Hammurabi, 2005, p. 19.

teligente y eficaz; así como la propagación de delincuentes sin escrúpulos capaces de realizar las conductas más sanguinarias que pueda el hombre imaginar y retar al Estado abiertamente, nos vemos obligados a reconsiderar nuestras románticas aspiraciones garantistas.

Recapacitemos ante la permanente zozobra que causan las amenazas derivadas del pago “por derecho de piso” que se realiza a trabajadores o empresarios para poder sobrevivir o evitar que se cumplan dichas amenazas en contra de su negociación o familiares; el miedo implícito a salir de nuestra morada en la noche o simplemente caminar por la calle, ante el temor de ser secuestrado o “levantado”³⁸ por bandas criminales; la descarada extorsión por todos los medios posibles; el llamado *narcoterrorismo*, las ejecuciones masivas realizadas por criminales ligados al narcotráfico que asesinan a grupos de migrantes, jóvenes o personas adineradas sin ningún recato; entre otros aspectos. Todo ello, nos obliga a tolerar, para casos extremos, la aplicación de una legislación particular frente al *enemigo*; aun en contra de nuestros ideales.

Paradójicamente, ello evitaría la tentación —siempre latente— de utilizar esta clase de reglamentaciones como una careta a la represión, que facilite su aplicación en contra de cualquier ciudadano común o en contra de presos políticos, extranjeros o indígenas; razón por la cual, la multireferida normatividad, debe estar categóricamente demarcada.

Ciertamente, es muy tenue el velo entre una ley tiránica que puede utilizar el Estado con fines perversos y la ley aplicable al verdadero *enemigo*, empero, frente a la oprobiosa realidad, actualmente no encontramos otro remedio que delimitar al *enemigo* dentro de una reglamentación especializada, pugnando por que esta clase de leyes algún día desaparezcan y no proliferen —aunque en México esa sea la tendencia— y manteniendo, aún para el enemigo, un mínimo de garantías que sirva como dique al abuso del poder, conforme a un Estado de Derecho; pues en caso contrario, se estará dejando la puerta abierta al Estado totalitario.

Desde luego, rechazamos cualquier “Derecho” que socave la dignidad humana, ya sea discriminando o marginando de la sociedad a seres o grupos vulnerables,³⁹ al amparo de una supuesto normatividad democrática, por el simple hecho de haber sido promulgada por el Congreso. Esa clase de

³⁸ Término utilizado en la jerga del secuestro para definir el momento preciso de capturar a la víctima que mantendrán en cautiverio.

³⁹ *Pasajes históricos del enemigo en el derecho penal*, II., *op. cit.*

normatividad debe ser combatida severamente; sin embargo, consideramos que es posible clasificar dentro de la delincuencia a determinado núcleo de malhechores; hoy en día denominados *enemigos*, a quienes se les debe aplicar una legislación especialmente severa para casos extremos cabalmente delineados. Lamentablemente, los difíciles momentos por los que atraviesa el país, son un excelente caldo de cultivo para que prolifere el “*Derecho penal del enemigo*” contaminando a la legislación penal tradicional. Por ello, repetimos: la derogación de esa clase de leyes es una legítima aspiración. Su escrupuloso acotamiento, una tarea impostergable.

COLOFÓN: Estimamos que al margen de promulgar leyes profundamente represivas, con endeble garantías procesales para luchar en contra del crimen organizado, debemos preocuparnos por disminuir los factores criminógenos que inciden en la comisión de delitos y eliminar las dos grandes plagas que giran en nuestro entorno y caminan de la mano: la grotesca impunidad y la corrupción que padecemos. No nos engañemos: el verdadero *enemigo* de la sociedad mexicana no es el crimen organizado, sino su impunidad.