

Revista

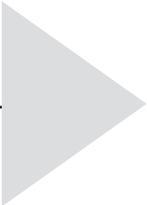
ISSN 2007-4700

Perennial
MÉXICO

Número 11 y número 12
septiembre de 2016 •
agosto de 2017



El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparabile de la política criminal mexicana¹



Joaquín Merino Herrera

*Doctor en Derecho. Universidad
Complutense de Madrid*

RESUMEN: *El cambio que hemos venido experimentando en materia de justicia penal contrasta con el estancamiento, o quizás involución, que caracteriza a nuestro sistema penal. No son pocos los casos que permiten constatar una preocupante expansión de la extralimitación, inclusive es posible establecer que el Derecho penal del enemigo representa una línea político-criminal cada vez más fortalecida en la realidad mexicana. El discurso garantista que, por fortuna, llevó a la unificación legislativa en diversos sectores de persecución penal, ahora más que nunca pone en evidencia la insostenible situación del desorganizado Derecho penal mexicano, pero también la fragilidad de nuestra concepción sobre el Estado de Derecho al momento de afrontar el crónico problema de criminalidad que sufrimos los mexicanos. El exclusivismo en la estrategia de prevención del delito, motivado en buena medida por el pragmatismo y un trillado afán de protagonismo político, nos ha ido alejando de los principios capitales que hemos plasmado en la Constitución general y que, en todo caso, se inspiran en el sentido y alcances del concepto de dignidad humana. De nada sirve optar por la renuncia al Estado de Derecho a través de la arbitrariedad que se recoge en textos legales como la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, si tenemos profundas carencias que ni siquiera permiten dar efectivo cumplimiento a estos mecanismos de extrema violencia regulados; empezando por el grave problema de la corrupción que sufre nuestro país.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho penal del enemigo, Derecho procesal penal del enemigo, Derecho de excepción, Derecho penal del ciudadano, delincuencia organizada, organización criminal, política criminal y funcionalismo jurídico penal.*

¹ Esta propuesta forma parte de una serie de actividades de investigación que desarrollé en 2015 como profesor investigador del Inacipe.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparabile de la política criminal mexicana

ABSTRACT: *The change we have been experiencing in the area of criminal justice contrasts with the stagnation, or perhaps involution, that characterizes our penal system. There are more than a few cases that allow us to verify a worrying expansion of overreaching, it is even possible to establish that the criminal law of the enemy represents a political-criminal line increasingly strengthened in the Mexican reality. The guaranteeing speech that fortunately led to the unification of legislation in various areas of criminal prosecution, now more than ever reveals the unsustainable situation of disorganized Mexican criminal law, but also the fragility of our conception of the rule of law when we confront the chronic crime problem that Mexicans suffer. Exclusivism in the crime prevention strategy, motivated largely by pragmatism and a thorny desire for political protagonism, has led us away from the capital principles that we have embodied in the General Constitution and which, in any case, it is inspired by the meaning and scope of the concept of human dignity. It is useless to opt for the renunciation of the rule of law through the arbitrariness that is contained in legal texts such as the Federal Law Against Organized Crime, if we have deep deficiencies that do not even allow effective enforcement of these mechanisms of extreme violence regulated; starting with the serious problem of corruption that our country suffers.*

KEY WORDS: *Criminal law of the enemy, criminal procedural law of the enemy, right of exception, criminal law of the citizen, organized crime, criminal organization, criminal policy and criminal legal functionalism.*

SUMARIO: *1. La base teórica del Derecho penal del enemigo; 1.1. El enfoque inicial, 1.2. El amoldamiento del bien jurídico; 1.2.1. Fundamento de la punición del delito de “pertenencia” a una organización criminal, 1.2.2. Ilegitimidad de la injerencia penal sobre los actos de “fundación” o “creación” de organizaciones criminales, 1.3. El Derecho penal del enemigo: la descripción de una línea político-criminal. 2. Un claro reflejo de esta línea político-criminal en la realidad mexicana; 2.1. La constitucionalización del Derecho de excepción; 3.2. Aspectos críticos del Derecho penal del enemigo; 2.3. La vuelta a la extralimitación; 2.4. Aspectos críticos del Derecho penal militar.*

Rec: 15-12-2016 | Fav: 30-01-2017 | Código ORCID: orcid.org/0000-0001-9602-5031

Cada vez es más fácil constatar que los supuestos de regulación que conducen a emplear la expresión “Derecho penal del enemigo” no se presentan de forma aislada en el interminable y desorganizado sistema penal mexicano. En este sentido, parto de la idea de que cualquier rasgo de extralimitación que pueda mostrar la creación legislativa constituye una expresión del Derecho penal del enemigo, y ello, con independencia de que en algunos sectores delictivos este esquema de represión penal se intensifique.² Lo anterior puede explicarse con nitidez si se tiene en cuenta que el indicador de la existencia del Derecho penal del enemigo no es otro que el modelo garantista, esto es, el Derecho penal del ciudadano, pues,

si se rebasan sus límites, se entra en el terreno del Derecho penal del enemigo como primer paso hacia la propagación de la arbitrariedad, arbitrariedad que no deja de serlo por el hecho de manifestarse en menor grado. Cuestión distinta es que, como dije, el Derecho penal del enemigo aparezca con mayor contundencia sobre determinados delitos. De hecho, si seguimos a Jakobs desde sus primeros planteamientos, podremos concluir que la esencia de las cosas se halla en la vulneración que sufren los principios informadores del Derecho penal con motivo de ciertas fórmulas legales, y en esta medida el autor alemán ha destacado el sacrificio de los principios del hecho, de ofensividad, de culpabilidad y de proporcionalidad,

² Como ocurre con la represión penal de la delincuencia organizada en general, del terrorismo, de los delitos contra la salud, de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, de los delitos de secuestro, de las conductas que configuran la trata de personas, etcétera.

lo cual no desplaza que el Derecho penal del enemigo también pueda configurarse cuando se trastoca, por ejemplo, el principio de legalidad y otros tantos criterios que sirven para proteger al gobernado ante la intervención penal. Por lo tanto, no creo que la atención solamente deba centrarse en los ámbitos criminales más representativos de esta tendencia —v. gr. delincuencia organizada en general, secuestro, trata de personas, delitos contra la salud, lavado de dinero, terrorismo, entre otros—, sino en toda descripción típica o estrategia de persecución penal que implique la transgresión, por mínima que parezca, de los límites del *ius puniendi*.

La realidad legislativa mexicana representa un escenario propicio para plantear este enfoque de análisis. Por ejemplo, no es difícil encontrar en los diversos textos punitivos y leyes especiales supuestos de equiparación de los grados de autoría y participación,³ de tentativa inidónea o de imposible realización,⁴ de incriminación del ejercicio de la libertad,⁵ así como regulaciones que se amoldan a lo que la doctrina penal denomina Derecho penal de autor,⁶ pero no sólo a causa de la utilización de expresiones como la de peligrosidad,⁷ sino también por cuestiones que tienen que ver con la estructura de los tipos penales,⁸ siendo que no es infrecuente que en ellos se relajen las garantías de imputación, esto es, que se trastocuen los límites al *ius puniendi* en materia penal. Esto, que se describe en pocas palabras, se presenta en gran variedad de

casos, que forman parte de un inacabable catálogo de extralimitaciones y que, en consecuencia, se acompañan de la intensificación del rigor punitivo, implica una contaminación incontrolable que parece que tiende a la expansión.

Precisamente una de las propuestas que ha hecho Jakobs, en virtud de su base teórica del Derecho penal del enemigo, radica en evitar que esta propagación se siga dando en los textos punitivos, para lo cual plantea, antes que suprimir este Derecho penal arbitrario, ubicarlo en un texto específico con el objeto de garantizar su control.⁹

Esa propuesta de condensación, sin embargo, deber ser rechazada. Porque no tiene acomodo en un sistema democrático, pero es que, además, ni siquiera resulta funcional. Basta con hacer una revisión de la realidad mexicana para corroborar que la ubicación en textos específicos de la excepcionalidad solamente ha fomentado la voracidad criminalizadora que se rige, o por lo menos ese es el discurso político, por la idea de que con la medida penal y el incremento del rigor punitivo se contribuye a resolver los graves problemas de criminalidad que sufre la sociedad mexicana. Ciertamente, en nuestro caso la creación de esas regulaciones especiales ha tenido un efecto negativo, puesto que, lejos de que se orienten a mantener el control del Derecho penal del enemigo y a evitar su dispersión, han favorecido dicha propagación y con ello la construcción de ámbitos jurídicos en los que

³ *Vid.*, por ejemplo, el artículo 16 del Código Penal para el Estado de Querétaro.

⁴ Ello puede observarse en los artículos 14 y 103 del Código Penal para el Estado de Hidalgo; en el artículo 19 del Código penal del Estado de Guanajuato, y en el artículo 15 del Código Penal para el Estado de Querétaro.

⁵ Como ocurre con la sanción penal del adulterio que todavía prevé el artículo 182 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.

⁶ Un ejemplo de ello lo encontramos en el etiquetamiento que se hace a través del artículo 374 del Código Penal para el Estado de Chiapas, según el cual, “mostrar tatuajes” sería un instrumento para la comisión de uno de los delitos de pandillerismo que integra.

⁷ En este sentido, *vid* el último párrafo del artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal que, de hecho, ha sido calificado como una manifestación característica del Derecho penal de autor (*vid.* Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I.9.P.J/7 (10ª), Jurisprudencia (constitucional, penal), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, Libro XX, Mayo de 2013, pág. 649). A estos efectos, también cabe considerar expresiones como la de “peligrosidad del autor” que recogen supuestos como el del tercer párrafo del artículo 66 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco. Es igual de ilustrativa de esta tendencia, la previsión de la tan arraigada en nuestra cultura jurídica figura de la reincidencia que muestran los artículos 70 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca; artículo 33 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, y los artículos 20, 21 y 22 del Código Penal federal.

⁸ Son gráficos sobre esta tendencia, los artículos 141 y 142 del Código Penal federal, pues resulta que, conforme a ellos, puede incitarse, invitarse o instigarse para conspirar. Pero resulta todavía más difícil de entender la combinación del artículo 142, en relación con el artículo 141, con la fracción II del artículo 139 del Código Penal federal, porque de ello deriva que se podría instigar, invitar o incitar para conspirar con el objeto de que se acuerde un acto terrorista. Ni que decir tiene de la expansión de los actos preparatorios a la comisión del delito que se produjo con la inserción del artículo 2 Bis. en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, porque ahora se sancionarán los actos preparatorios para la comisión de los delitos que quedan previstos en el extenso catálogo que recoge el artículo 2º de dicha ley especial federal.

⁹ Cfr. Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, pp. 24, 55, 62 y 63; mismo autor, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de Derecho penal*, traducido por Peñaranda Ramos, E. / Suárez González, C. / Cancio Meliá, M., Civitas, Madrid, 1997, pp. 322 y 323.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparabla de la política criminal mexicana

nuestro andamiaje constitucional en materia de derechos humanos se convierte en una promesa vacía.¹⁰ Ahora, sobre todo a raíz de la reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia¹¹ y de la no menos importante sobre los derechos humanos de 2011,¹² no parece tan sencillo —por lo menos no en el Derecho postulado— avalar la arbitrariedad, aunque si por algo se ha caracterizado nuestro régimen constitucional es por su contenido bipolar.

Los referentes a partir de los cuales se ha pretendido fundar este desbordamiento de las pasiones en el escenario legislativo se hallan en los artículos 16, 18, 19, 20, 22 y en la fracción XXI del artículo 73, todos ellos de la norma fundamental; no obstante, de esto me ocuparé más adelante. Por el momento considero conveniente recordar en qué consiste el Derecho penal del enemigo.

1. La base teórica del Derecho penal del enemigo

1.1. El enfoque inicial

La primera vez que Jakobs empleó la expresión “Derecho penal del enemigo” fue en la década de los años ochenta para dar nombre a ciertos rasgos que venía mostrando el sistema penal alemán. Este autor hacía un planteamiento más descriptivo que crítico, si bien en su exposición evidenciaba que existían diversas fórmulas legales del ordenamiento penal alemán que sancionaban conductas ejecutadas en estadios tan previos que, como mínimo, eran vulneratorias de los principios del hecho y de ofensividad.¹³ Dicho análisis se fraccionaba en dos secciones; en una primera parte

abordaba diferentes aspectos de la Parte General, para encargarse en una segunda fase de otros supuestos de la Parte Especial. En este marco de estudio, entre otras cosas, identificaba preceptos con los que se criminalizaban ciertos actos preparatorios que habilitaban al Estado para tener injerencia en la esfera privada de las personas, algunos supuestos de tentativa de participación, así como otros delitos contra la seguridad del Estado, dentro de los que figuraba la constitución o creación de asociaciones criminales o terroristas.¹⁴

Tiene relevancia señalar que los planteamientos de Jakobs eran más descriptivos que críticos, dado que, desde aquel momento, ya sostenía que el Estado no podía limitarse por las ataduras del Estado de Derecho para hacer frente a determinados sectores delictivos.¹⁵ Lo que en principio no era más que la reproducción en papel de una conferencia pronunciada en el marco de un congreso de penalistas celebrado en Frankfurt en mayo de 1985, fue evolucionando hasta convertirse en una base teórica a la que, como mucho, se le puede dar el mérito de haber incorporado al lenguaje jurídico-penal una expresión que sirve para dar nombre a aquellas medidas de carácter penal, pero también procesales —de hecho Jakobs habla de un Derecho procesal penal del enemigo—, que vulneran los presupuestos del Estado de Derecho.¹⁶ Más concretamente: el concepto de Derecho penal del enemigo —y su correlato en el Derecho procesal penal— se asigna a un conjunto de medidas de intervención penal que permiten constatar la existencia de una línea político-criminal orientada a neutralizar la “peligrosidad del autor” y a evitar la posible comisión futura de ciertos delitos, es decir, una línea político-

¹⁰ En efecto, a una basta lista de supuestos de difícil acomodo en el Estado de Derecho que recoge el Código Penal Federal se suman, por ejemplo, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

¹¹ *Vid.* Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008.

¹² *Vid.* Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011.

¹³ Cfr. Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., pp. 293 y ss.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., pp. 294, 298, 299, 304 y 305.

¹⁵ Cfr. Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., pp. 322 y 323.

¹⁶ Atribuyen méritos a Jakobs en este sentido, por ejemplo, Polaino Navarrete, M./Polaino-Orts, M., “Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos”, p. 630; Neumann, U., “Derecho penal del enemigo”, pág. 394; Schünemann, B., “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desantención teórica”, p. 975; Terradillos Basoco, J. M., “Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, p. 1012; Gómez-Jara Díez, C., “Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: sobre la necesaria orientación de la normativización jurídico-penal”, p. 980; Feijoo Sánchez, B., “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, p. 802. Todos estas contribuciones pueden verse en AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vols. I y II, coordinado por Cancio Meliá / Gómez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.

criminal enfocada en objetivos preventivos.¹⁷ Precisamente el afán de eliminar peligros en fases muy tempranas de actuación conlleva el sacrificio de los principios político-criminales —principio del hecho, principio de ofensividad, culpabilidad y proporcionalidad—, puesto que en esta medida la estrategia legislativa y policial se encamina a la anulación de toda manifestación del autor, identificado como fuente de peligro, respecto de la cual pueda presumirse una mera planificación todavía inocua, y por eso no es extraño que dichas anticipaciones se traduzcan en irrupciones en el ámbito privado de las personas. Como refiere Jakobs, esto es útil para la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección la persona tiene que ceder una parte de su esfera interna. Una disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal del ciudadano: el Derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad.¹⁸

Ahora bien, si nos atenemos a los trabajos que este penalista alemán ha desarrollado sobre la cuestión, constataremos que su relato se suma al de otros tantos penalistas que han dado la voz de alarma sobre las anomalías legislativas de carácter penal que tienen incidencia en los derechos humanos. Por eso no le falta razón a Jakobs cuando se autodenomina mensajero,¹⁹ sin embargo, un mensajero que no se concreta a describir y a ofrecer, con la reconocida solvencia científica que lo caracteriza, las soluciones dogmáticas que podrían contribuir a limpiar esta contaminación del Derecho penal, sino que, tras reconocer que en realidad se trata de medidas penales que dinamitan el Estado de Derecho, prescribe su aplicación en aquellos sectores criminales en los que detecta especial gravedad.

1.2. *El amoldamiento del bien jurídico*

La afirmación de que Jakobs ya avalaba la aplicación de esta clase de medidas desde ese primer trabajo sobre el Derecho penal del enemigo, puede sustentarse

en el hecho de que, lejos de proponer la supresión de las mismas, hacía recomendaciones de técnica jurídica que permitieran dar aparente cumplimiento al principio del hecho y, por ende, al principio de ofensividad.²⁰ Se puede decir que sus planteamientos se orientaban a maquillar o a retocar la norma a través de la reconstrucción del bien jurídico para conseguir que el hecho le generara una afectación, por cuanto en algún supuesto proponía, por ejemplo, la reconsideración del bien jurídico, de modo que lo que no podía ser criminalizado en calidad de acto preparatorio de lesión de determinados bienes jurídicos, debía reconducirse no en la descripción típica sino en el bien jurídico que ésta estaba llamada a proteger.

El punto era crear un nuevo bien jurídico que se situara antes del establecido, y así adelantar formalmente la barrera para provocar la afectación. Dicho en otras palabras: si bien el comportamiento delictivo no se podía adelantar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, resultaba posible anticipar la propia lesión del objeto de protección. Decía que no se trataba de diluir el ataque al objeto de protección de la lesión a la puesta en peligro, sino de un fraccionamiento del bien jurídico, de modo que se pudiera fragmentar el injusto correspondiente al estadio de la lesión en diversos injustos parciales y, desechando la acumulación de estos injustos parciales, determinar el injusto del hecho en función de las divisiones del injusto generadas con anticipación. Ello tendría aplicación en el bien jurídico paz pública, que podría aparecer como una vertiente del bien jurídico integridad del orden y seguridad pública y ser empleada en la regulación destinada a las asociaciones criminales y terroristas.²¹ En definitiva, el objetivo era asignar a la conducta un bien jurídico que permitiera configurar una perturbación externa y que, además, su afectación sirviera de barrera protectora al de la norma principal, esto es, al que debía ser salvaguardado con barreras previas.

A mi juicio, la piedra angular de la cuestión no deriva en crear bienes jurídicos situados en los flancos de otros que puedan tener mayor relevancia, esto es, objetos de protección que pueden salvaguardarse

¹⁷ Pedreira González, F. M./Merino Herrera, J., “EL 'Derecho penal del enemigo' como método de lucha contra el narcotráfico”, en *Derecho penal mínimo*, núm. 10, octubre de 2012, p. 4.

¹⁸ Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., p. 298.

¹⁹ Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., p. 17.

²⁰ Cfr. Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., pp. 313 y ss.

²¹ Cfr. Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., pp. 313 y ss.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

a través de la confección legislativa de afectaciones anticipadas, pues queda claro que por esta lógica se rigen ámbitos delictivos tan representativos como los delitos socioeconómicos. Ese es el caso del tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita que, en principio, estaría llamado a proteger lo que se identifica como “licitud de los bienes en el tráfico financiero y economía legal”,²² bien jurídico que sirve como barrera de contención para evitar afectaciones al orden económico en sentido amplio, o si se quiere, a lo que se denomina orden socioeconómico. Aquí la esencia de las cosas no se halla en la existencia del objeto de protección, sino en las conductas que el legislador identifica como lesivas o peligrosas para éste, sin pasar por alto que en el supuesto de que, efectivamente, se pudiera producir dicha afectación a la “licitud de los bienes en el tráfico financiero y economía legal”, no parece tan claro cuál es el grado de la misma. De hecho, si se es riguroso con las expectativas del Estado de Derecho, ello podría entrar en pugna con el principio de estricta protección del bien jurídico y, muy probablemente, con la subsidiariedad que, junto con la fragmentariedad, da cuerpo al principio de mínima intervención. Si esto es así, entonces no hay duda de que el principio de proporcionalidad es sacrificado, lo que de forma gráfica puedo explicar a partir de un efecto dominó, porque entiendo que cualquier transgresión al principio de legalidad, al principio del hecho, al principio de ofensividad, al principio de culpabilidad y a otras tantas máximas que deben impregnar a la norma penal en los esquemas democráticos, en todo caso, trastocará el principio de proporcionalidad, convirtiéndose cualquier manifestación de esta naturaleza en un rasgo típico del Derecho penal del enemigo. El Derecho penal del enemigo representa, en efecto, toda anomalía que, desde la perspectiva del Estado de Derecho, se traduzca en extralimitación o abra la puerta para ello.

Es obvio que la construcción legislativa en el ámbito penal debe soportarse en la existencia previa de un bien jurídico y que, además, se constata que existen comportamientos que al desarrollarse puedan le-

sionar o poner en peligro ese bien jurídico, pero no bastaría con ello, pues todavía faltaría verificar que la cuestión puede solventarse a través del principio de mínima intervención. Estos y otros aspectos sirven para evitar la arbitrariedad en el empleo del Derecho penal, y es que si no es posible definir el bien jurídico, está claro que la conducta no debería ser inculpada, lo que se extiende al hecho de que, pese a existir un interés o valor, la conducta sea inocua. Ahora bien, de tomarse la decisión de imprimir rigor penal, debe agotarse ese complemento de la comprobación de la actividad potencialmente lesiva al objeto de protección bien determinado, lo que en este contexto debe reiterarse, porque lo que de origen no es verificable, después no debe ser manipulado, porque entonces el destinatario de la norma queda a expensas del legislador. Se podrá decir que siempre se corre el riesgo de que surjan fallos de origen que requieran ajustes, sin embargo ello no está reñido con la posibilidad de que, para intereses de dudosa legitimidad, se pretenda maquillar algo que de raíz no tenía acomodo en el Derecho penal.

1.2.1. Fundamento de la punición del delito de “pertenencia” a una organización criminal

Si nos enfocamos en la propuesta de Jakobs sobre la paz pública como bien jurídico —en su variante de integridad del orden y seguridad públicos²³—, en principio, no cabe objetar que dicho bien jurídico de interés colectivo puede ponerse en peligro a causa de la existencia de organizaciones criminales, y ello, aunque sólo sea porque se trata de un grupo de personas que, de forma organizada, objetivamente muestran la intención de trascender al tiempo en la comisión de delitos que, por lo general, son de especial gravedad.²⁴ Es precisamente el fin delictivo perseguido por un grupo de personas lo que hace que la unión entre ellas adquiera el carácter de organización criminal. Pero no basta con eso, sino que, además, será imprescindible que la pretensión delictiva y logística de sus miembros pueda desarrollarse en el marco de un

²² En este sentido, Martínez-Buján, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 499. Es similar la propuesta de Palma Herrera, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, EDESA, Madrid, 2000, pp. 277 y ss, que se refiere al “tráfico lícito de bienes”, aunque entiende que se trata de un tipo penal pluriofensivo, puesto que también afectaría a la “administración de justicia”. También destaca ese carácter pluriofensivo Ortiz Dorantes, A., *El delito de lavado de dinero*, Porrúa, México, 2011, pp. 88 y ss.

²³ Cfr. Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., p. 314.

²⁴ *Vid.* Merino Herrera, J., *La protección de testigos en el marco de la persecución penal de la delincuencia organizada*, Inacipe/BOSCH, México, 2013, pp. 91 y ss.

aparato idóneo dados los objetivos propuestos. Solamente así se puede hablar de un organismo criminal como el que define el artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, cuyos componentes formales no podrían configurarse si no es con la comprobación de elementos materiales acreditativos de la conducta incriminada en términos del artículo 4° de esta misma ley especial. Ciertamente, se reprocha la intención de formar parte de una estructura diseñada para cometer delitos de manera continuada e indeterminada, que será atribuida a sus autores siempre que existan presupuestos probatorios a través de los cuales se pueda constatar la exteriorización de dicha pretensión delictiva, y no a partir de los meros pensamientos; más bien ambos deben ser objeto de valoración simultáneamente.

En particular, conforme a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la pretensión delictiva debe ir impregnada de un elemento subjetivo específico consistente en contribuir, con plena adhesión y disponibilidad al programa delictivo del grupo, a la comisión de determinados delitos, esto es, delitos que se precisan limitativamente, lo que se traduce en que la acción de integrarse a la organización criminal se rige por un sistema de *numerus clausus*, puesto que sólo se podrá atribuir la condición de “miembro de la delincuencia organizada” si la estructura de la que se

forma parte se orienta a la realización —si tiene como fin o resultado— de las conductas delictivas, fin que se recogen en el catálogo del artículo 2° de esta ley especial.²⁵ Se requiere, de igual forma, que la asociación se conforme de por lo menos tres personas y que se constate, más allá de una finalidad, una pertenencia a ésta de facto,²⁶ es decir, que se materialice la integración, de lo que se extrae que “pertener” se satura con el acto instantáneo y personal de imbricarse en un aparato simbióticamente articulado, pero también que dicha actividad delictiva, que es de carácter permanente o continuo, solamente podrá imputarse a título de autoría directa o material,²⁷ sin que para ello sea necesario que el integrante participe en la ejecución de los delitos que motivan la estrategia criminal. Expresado en otros términos: al miembro de la delincuencia organizada se le sancionará con independencia de que se cometan o no las acciones típicas que estimulan la existencia de la organización.²⁸ De este modo, se incrimina por la vía del peligro abstracto a cada miembro del grupo, por el mero hecho de que se constate una planificación conjunta que trasciende al tiempo, que va más allá de actividades puntuales y que objetivamente se orienta a perpetrar delitos de forma indefinida. En este caso, se mantiene el criterio de que la “seguridad pública” es puesta en peligro.²⁹

²⁵ Cfr. Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis II.2o.P/J/26, Jurisprudencia, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, agosto de 2007, p. 1223.

²⁶ Cfr. Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis II. 2° P. J/5 (10ª), Jurisprudencia penal, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 22, septiembre de 2015, Tomo III, pg. 1740.

²⁷ Cfr. Plenos de Circuito, Tesis: PC. II J/3 P (10ª), Jurisprudencia penal, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, junio de 2014, Tomo II, pág. 1084; Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: II.2° P.J/1 (10ª), Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXII, julio de 2013, Tomo 2, p. 1178.

²⁸ Cfr. Primera Sala, Tesis: 1ª 50/2015 (10ª), Jurisprudencia penal, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, p. 711.

²⁹ Ya en el contenido de la iniciativa de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se ponía de relieve la afectación que en este contexto sufre ese bien jurídico de interés colectivo. Así, después de que en la Exposición de Motivos de dicha iniciativa se emplearan expresiones —sobre todo a propósito del narcotráfico— como la de “amenaza directa a la estabilidad de las naciones”, como la de “amenaza a la tranquilidad y orden público” o como la relativa a la “amenaza a la seguridad nacional”, particularmente en el 1° del contenido de esta Ley —presentada por el Poder Ejecutivo Federal ante el Senado de la República el 19 de marzo de 1996— se especificaba que su objeto radicaba en “establecer las reglas para la persecución, procesamiento y sanción de quienes forman parte de la delincuencia organizada, así como para la desarticulación y erradicación de dichas organizaciones delictivas, con la finalidad de garantizar «la seguridad pública y salvaguardar la soberanía y la seguridad de la nación»”. El mismo criterio prevaleció en el Dictamen a la Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que fue emitido por las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos, Primera Sección y de Justicia, tal y como lo demuestra el hecho de que, entre otras cosas, en su contenido se sostuviera que el crimen organizado atenta contra la “organización estatal” o bien que este fenómeno criminal constituye un grave problema “para México, para su organización comunitaria, para su seguridad nacional”. En este sentido, señala García Ramírez que lo que “aquí se halla en juego es la seguridad nacional, en el más amplio sentido: pública, como sinónimo de general, e inclusive la seguridad nacional: más allá de la acotada o localizada en un Estado, una región o un municipio, y contraída a puntos de orden y paz”. Explica este autor que “el artículo 1° de la iniciativa aludió a ambas expresiones de seguridad: en su caso daña o pone en peligro el orden público, la buena marcha de las instituciones, las condiciones de paz que permiten el desarrollo de las relaciones normales de las relaciones jurídicas; por otra parte, lo que se daña o pelagra es la nación misma, su integridad, su vida actual y futura, su autoridad y viabilidad. El precepto hizo referencia específica a la soberanía, que es la capacidad de autodeterminación popular, en el interior y con respecto al exterior”. Concluye García Ramírez señalando que el proyectista consideró —como es común entender hoy en día— que estas formas de delincuencia vulneran o ponen en peligro esa capacidad, en cuanto mediatizan o condicionan las decisiones nacionales o los resultados de

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

En esta medida no se punen los pensamientos, sino los actos que corroboran esta específica intención criminal, es decir, la voluntad de integrarse a una organización de hecho con las características señaladas, lo que trae consigo un elemento subjetivo específico, esto es, un elemento tendencial derivado en el propósito de cometer determinados delitos, elemento teleológico sin el cual bajo ningún concepto podría imputarse la conducta de integración en la delincuencia organizada. Sobre esta cuestión, cabe afirmar que la inclusión de elementos subjetivos en la descripción de las conductas prohibidas podría parecer que entra en colisión con el principio del hecho, pero ello no es así, por cuanto el fundamento del castigo, y previamente de la prohibición, se sitúe no tanto en momentos anímicos autónomamente considerados, cuanto en un hecho externo cuyo sentido se adquiere en virtud de dichos factores subjetivos de determinación de la dirección del actuar externo.³⁰

Justamente los fines delictivos del organismo criminal son los que llevan a sus miembros, en el plano operativo y funcional, a relacionarse en un núcleo restringido. En realidad, lo que aquí entra en la esfera de lo punible no es la interrelación exclusiva de unas cuantas personas, pues ello supondría, sin más, el legítimo ejercicio del derecho de asociación; más bien lo penalmente relevante radica en para qué se concierta esa unión y hasta dónde, y con base en la experiencia y en otros tantos criterios político-criminales, el legislador entiende que se ponen en peligro importantísimos bienes jurídicos, hasta el punto de que los delitos de peligro abstracto pasan a convertirse en un arma legislativa indispensable. De no verificarse ese objetivo criminal y el marco operativo creado para cumplirlo, no habría razón para reprochar la conducta, y entonces sí que estaríamos ante una injerencia ilegítima del Estado, pero no es así en el supuesto planteado. La vida privada de las personas deja de serlo, en la medida en que con ciertos actos se pretenda vulnerar intereses también legítimos

de los miembros del núcleo social, cuestión que es reconocida por Jakobs cuando afirma que “las relaciones sociales pueden ser objeto de abuso [...]”,³¹ y no se equivoca, porque algunas extralimitaciones, como la que nos ocupa, dada su gravedad, entran en el ámbito de lo criminal, pues, como también sostiene este autor, “la preparación de un hecho delictivo grave perturba el orden público [...]”.³²

1.2.2. Ilegitimidad de la injerencia penal sobre los actos de “fundación” o “creación” de organizaciones criminales

Frente a los supuestos de incriminación por pertenencia a una organización criminal, aparecen tipos penales que criminalizan estadios todavía más previos a la lesión del bien jurídico, hasta el punto de que el adelantamiento es tal que ya no es posible comprobar que tenga lugar la conducta y, por ende, que el bien jurídico pueda ponerse en peligro. Me estoy centrando en los tipos penales de “creación”, “constitución” o “fundación” de una organización criminal, a propósito de los cuales Jakobs, con acierto, señala que no colman las exigencias del Derecho penal propio del Estado de Derecho, siendo que la estructura de los mismos habilita a las autoridades para tener injerencia en la vida privada de las personas, pues la anticipación es tal que ni siquiera es posible intuir en qué instante inicia la acción, convirtiéndose el peligro en algo todavía más remoto a lo exigible a los delitos de peligro abstracto concebidos en un sistema democrático. De ahí se desprende, como este penalista no ha dejado de insistir, una clara vulneración al principio del hecho y al principio de ofensividad.³³ De hecho, si esto se mira a través del prisma del *iter criminis*, se podrá sostener que las actividades tendentes a la “fundación”, “constitución” o “creación” de una organización criminal ni siquiera superan la fase interna, esto es, ni siquiera adquieren el carácter de acto preparatorio a la comisión de un delito.

éstas” (García Ramírez, S., *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, Porrúa, México, 2000, pp. 103 y 104. Con respecto a ello, cabe considerar planteamientos doctrinales que se refieren a la “seguridad del Estado” (García Pablos de Molina, A., *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 144 y 145). En este sentido, con matices, *vid.* Cancio Meliá, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en *Delitos de organización*, BdeF, Argentina, 2008, 73 y ss.

³⁰ Cobo del Rosal, M./Quintanar Díez, M., *Instituciones de Derecho penal español. Parte general*, CESEJ, Madrid, 2004.

³¹ Jakobs, G., «Criminalización...», cit., p. 299.

³² Jakobs, G., «Derecho penal del ciudadano...», cit., p. 61.

³³ Cfr., por ejemplo, Jakobs, G., «Criminalización...», cit., pp. 294, 298 y 299; mismo autor, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, traducido por Cuello Contreras / Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 853 y 854; “Derecho penal del ciudadano...”, cit., pp. 61 y 62.

Esta modalidad de represión de la delincuencia asociativa, que sorprendentemente todavía conserva su vigencia en algunos ordenamientos jurídicos de Derecho comparado,³⁴ en su momento desapareció de nuestra legislación federal en materia de delincuencia organizada. Recordemos que hasta el 2009, el delito de delincuencia organizada, previsto y sancionado en términos de los artículos 2° y 4° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, era de comisión alternativa, toda vez que se inculcaba no sólo cuando las personas se organizaran de hecho sino también cuando “acordaran hacerlo”.

Así, el legislador mexicano comprendía que la criminalización de “acordar organizarse”³⁵ implicaba una grave intromisión en el ámbito privado de las personas; porque inclusive se podía llegar al extremo de someter a enjuiciamiento criminal a quienes al hilo de una conversación intercambiaran propuestas en este sentido. En relación con ello, debe recordarse que el Derecho penal no está llamado a sancionar pensamientos —*cogitationes poenam nemo patitur*—; por el contrario, requiere para justificar su existencia de que se aplique sobre conductas verificables a la percepción sensorial,³⁶ a la par que esas actividades constatables realmente vengan impregnadas de la gravedad necesaria para lesionar o poner en peligro un bien jurídico de singular trascendencia.³⁷ Para ser más concreto: la fusión entre el cumplimiento de las exigencias del principio del hecho y lo propio del principio de ofensividad colman los requerimientos

del carácter fragmentario del Derecho penal, lo cual se desvanece si se punen las actividades orientadas a “constituir” una organización criminal o aquellas consistentes en “acordar organizarse”.

Pero las repercusiones de sancionar la “fundación” o “creación” de una organización criminal —o su equivalente “acordar organizarse”— en automático se extienden, por un efecto dominó, al principio de culpabilidad, por cuanto es evidente que la punición se subordina, como mucho, a la comprobación de una relación privada y, por consiguiente, no puede sustentarse si no es a partir de aspectos subjetivos. Así, éstos se convierten en el único punto de referencia para atribuir responsabilidad penal; más aún, el peligro percibido poco definido hace que en lugar de hablar de culpabilidad motivada por un hecho tangible y cometido, se recurra al concepto de Derecho penal de autor. El autor es visto, pues, como un sujeto peligroso, como una fuente de peligro, como a un adversario al que ha de neutralizarse con tal anticipación que su actuar ni siquiera sugiere un remoto peligro.

Al respecto, conviene recordar que la culpabilidad está informada por el principio del hecho, es decir, que va referida inmediatamente a la acción realizada por la persona. Consecuentemente, dicho principio prevalece y a partir de ahí quedará justificada la calificación jurídico-penal del contexto subjetivo, y no en sentido contrario. Sobre esta cuestión se ha destacado que en tanto no se sitúe el fundamento de la antijuridicidad de la infracción en momentos de ánimo y en

³⁴ *Vid.*, por ejemplo, los artículos 570 bis y 572 del Código Penal español. De hecho, este texto punitivo recientemente integró el verbo típico de “promover”, o lo que es lo mismo, es objeto de incriminación la actividad de quienes “promuevan” una organización criminal o, en su caso, una organización terrorista. No cambian mucho las cosas en el Código Penal de la nación argentina, debido a que, en su artículo 210 Bis, integra una figura de asociación ilícita orientada a la comisión de delitos que puedan poner en peligro la vigencia de la Constitución nacional, en virtud de la cual podría sancionarse con prisión o reclusión de cinco a veinte años a quien “ayudare a la formación” del aparato organizativo. Tampoco se aparta de lo anterior la imprecisa redacción del artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador, que inserta una pena de siete a diez años a la persona que mediante acuerdo o concertación “forme” un grupo estructurado de dos o más personas [...]. En efecto, este último caso bien podría ser un claro ejemplo de la vulneración en cadena de diversos principios informadores del Derecho penal, es decir, del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, del principio del hecho y, por ende, del principio de proporcionalidad, cuestión que, dicho sea de paso, encaja en el Derecho penal del enemigo.

³⁵ Esta forma de comisión se eliminó del párrafo primero del artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 23 de enero de 2009.

³⁶ Cfr. Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 343 y ss. En igual sentido, Polaino Navarrete, M./Polaino-Orts, M., *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Grijley, Perú, 2004, pp. 345-347.

³⁷ En este sentido, *vid.*, entre otros, Caruso Fontán, M. V./Pedreira González, F. M., *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*, Euro Editores/B de F Ltda., Madrid, 2014; Roxin, C., “¿Es la protección de bienes jurídico una finalidad del Derecho penal?,” AA. VV., en *La teoría del bien jurídico ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (traducción de Ortiz de Urbina, G. I.), Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 446 y ss; Hassemmer, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?,” AA. VV., en *La teoría del bien jurídico ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (traducción de Spinola Tártalo, B.), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 95 y ss, sobre todo p. 99; Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 2010, pp. 101 y 102; Muñoz Conde, F./García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 78 y ss.; Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1994, pp. 99 y ss; Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.S., *Derecho penal...*, cit., pp. 315 y ss.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparabla de la política criminal mexicana

tanto dichos momentos anímicos no constituyan, por sí solos, el delito, sino que se limiten a operar como simples factores de determinación de la dirección del actuar externo hacia consecuencias jurídicamente desaprobadas, su inclusión en los tipos no representará una vulneración del principio del hecho.³⁸

Acertada argumentación jurídica que es abonada por Jakobs desde el momento en que sostiene que, aunque sólo sea posible una interpretación afinada de la conducta si se considera el contexto subjetivo, no significa que resulte legítimo, en relación con cualquier movimiento corporal, imponer la investigación de la parte subjetiva. Si se quiere imponer a una persona la interpretación del significado de su conducta, aquella ha de haber dado más bien una justificación para hacerlo, es decir, que esa persona tiene que haberse convertido en deudora de una explicación. A falta de ello, agrega este autor, “no se ha abandonado aún el ámbito de lo privado y una consideración del aspecto interno degrada al ciudadano hasta convertirlo en un enemigo. En el Derecho penal de un Estado de libertades no se trata del control de los aspectos internos, con inclusión de los motivos, sino del control de lo externo. La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores [...]”.³⁹

Por dondequiera que se analice la cuestión, se podrá concluir que el hecho de que se lleve al campo de lo punible la constitución de una organización criminal se debe a una percepción social del peligro que es explotada, pese a las graves consecuencias descritas, por el legislador. Así, la intención de aparentar resultados inmediatos y el inquietante afán de protagonismo, determinados por la chapuza, se convierten en ley, o si se quiere, en “Derecho penal simbólico”.⁴⁰ Un reflejo de ello lo encontramos en la reciente reforma de 2016 en materia de delincuencia

organizada, pues, como dejaré ver más adelante, la intención de aparentar soluciones inmediatas, eficaces y efectivas contra este fenómeno criminal no hizo más que multiplicar e intensificar los esquemas de represión a extremos que no solamente son ilegítimos desde el punto de vista del Estado de Derecho sino inclusive disfuncionales. Ese es el caso de un nuevo tipo penal que se incorpora en el artículo 2 Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia, dado que, como expondré, la indeterminación de su contenido plantea graves problemas de interpretación que pueden llevar a resucitar el verbo típico de “acordar organizarse” que en su momento fue suprimido de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Lo peor es que esa tendencia a criminalizar en etapas tan anticipadas no es algo aislado ni tiene fecha de caducidad, más bien es incesante, tiende a propagarse y ha eternizado su vigencia. Así lo demuestran otras formas de irrupción en la esfera privada de las personas como aquella que, en el marco de los delitos contra la seguridad de la nación, sanciona, como se oye, actos preparatorios para la comisión de actos preparatorios. Particularmente me refiero a la conducta prevista y sancionada por el artículo 142 del Código Penal federal, en relación con el artículo 141 de este mismo texto punitivo mexicano,⁴¹ que consiste, nada más y nada menos, en la instigación, incitación o invitación para conspirar, o lo que es lo mismo, instigar, incitar o invitar para resolver de concierto la comisión de delitos. Se podrá decir que se trata de algo puntual y que responde a la importancia del bien jurídico que se pretende proteger, es decir, la seguridad de la nación, a lo que cabría responder que esta clase de medidas penales son propias de los sistemas dictatoriales. Precisamente en ellas los tiranos han visto armas políticas para restringir el derecho a la libre manifestación de las ideas y así garantizar su estancia en el poder.

³⁸ Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S., *Derecho penal...*, cit., p. 344.

³⁹ Jakobs, G., «Criminalización...», cit., pp. 301 y 302.

⁴⁰ Sobre el concepto de Derecho penal simbólico *vid.*, entre otros, AA. VV., *en Pena y Estado*, dirigido por Juan Bustos Ramírez, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1995; Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, BdeF, Argentina, 2010, pp. 482 y ss; Cancio Meliá, M., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, pp. 93 y ss; Merino Herrera, J., *La protección de testigos...*, cit., pp. 28 y ss; Díez Ripollés, J. L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002.

⁴¹ Ello, sin perjuicio de la multiplicación desmesurada y preocupante de la incriminación de los actos preparatorios a la comisión del delito que trajo la reciente reforma de junio de 2016 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Como veremos más adelante, mediante Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 16 de junio de 2016, se incorporó a dicha Ley especial federal el artículo 2o. Bis, conforme al cual “se impondrá hasta dos terceras partes de las penas previstas en el artículo 4o. del presente instrumento a quienes resuelvan de concierto cometer las conductas señaladas en el artículo 2o. de la presente Ley y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación”.

En estos dos ejemplos, es decir, en el relativo a la creación o fundación de una organización criminal y en el consistente en la punición de actos preparatorios a la comisión de actos preparatorios, el punto neurálgico no se halla en determinar si existe o no un bien jurídico, puesto que es evidente que la existencia de la paz pública, el orden constitucional, la seguridad pública o la seguridad de la nación —lo que dependerá del bien jurídico que asigne a estos efectos la legislación local—, pese a su contenido difuso, podría ponderarse su existencia e importancia; más bien tiene que ver con la comprobación de que efectivamente se trate de conductas que al desplegarse puedan lesionar o poner en peligro ese bien jurídico, y está claro que en ambos supuestos la balanza debe inclinarse al ejercicio de la libertad, puesto que una cosa es pensar en delinquir y otra muy distinta materializar el delito. Es acuciante asumir el criterio de que, sobre la base de los principios del hecho y de ofensividad, al actualizarse la conducta descrita, realmente sea tangible o verificable en el plano fáctico, y no sólo eso, sino que, además, lesione o ponga en peligro un bien jurídico. Parece, sin embargo, que para ello falta mucho, sobre todo cuando constatamos que en el sistema jurídico mexicano todavía es posible encontrar, entre otras anomalías propias de los esquemas autoritarios, estrategias legales como la del artículo 14, en relación con el artículo 103, ambos del Código Penal para el Estado de Hidalgo, que incriminan tentativas inidoneas y de imposible realización, tendencia de la que no se apartan el artículo 19 del Código Penal del Estado de Guanajuato y el artículo 15 del Código Penal para el Estado de Querétaro, por cuanto sancionan tentativas de imposible consumación.

Así pues, al ser absolutamente inocua la actividad no habrá justificación alguna para promover su punición, muy a pesar de que se pueda realizar una maniobra legislativa para reinventar un bien jurídico y así dar la apariencia de que se materializa un hecho potencialmente lesivo. De adoptarse en estos casos la propuesta de Jakobs, llegaríamos al absurdo de improvisar otro bien jurídico que, derivado de uno tan difuso como la paz pública, incrementara su imprecisión, hasta llegar a aniquilar la libertad del pensa-

miento e inclusive sancionar en función del estado de ánimo de las personas.

Lo que he planteado tiene importancia, en la medida en que en su descripción, como he reiterado, Jakobs identifica en esta clase de medidas claros atentados a los principios del hecho y de ofensividad, no obstante termina sucumbiendo, dado que, de forma desconcertante, ha dejado ver en sus trabajos que entiende que no queda más remedio que aplicar esa clase de medidas sobre los autores de aquellos delitos que son considerados de especial gravedad. En esta medida, es posible establecer que el análisis de esta base teórica del penalista alemán puede desarrollarse en dos direcciones, es decir, o bien atendiendo a una descripción de la realidad legislativa, o bien en relación a la propuesta de una línea político-criminal.

1.3. El Derecho penal del enemigo: la descripción de una línea político-criminal

Siguiendo entonces la descripción, pero asumiendo que lo que de ella resulte es avalado por Jakobs en determinados supuestos de incriminación, debo recordar que, unos años más tarde a sus primeros planteamientos sobre el Derecho penal del enemigo, este penalista alemán daba un concepto de enemigo en los siguientes términos: el enemigo, dada su hostilidad hacia la sociedad y hacia el Derecho, es y debe ser diferenciado del resto de los ciudadanos, puesto que no sólo de manera incidental en su comportamiento (ej. delincuencia sexual) o en su ocupación profesional (ej. delincuencia económica o tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (ej. organización terrorista), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho y por consiguiente, ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta por medio de su conducta.⁴²

Dicha demonización se agudizó en los marcos de regulación criminal tras los atentados del 11 de septiembre, y parece que ello influyó en el pensamiento de Jakobs. Por lo menos así puede deducirse de

⁴² Jakobs, G., “La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, AA. VV., en *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, traducción de Manso Porto, T., CGPJ, 2000, págs. 138 y 139; mismo autor, “Derecho penal del ciudadano...”, cit., págs. 39 y 40; *Pena estatal: significado y finalidad*, traducción de Cancio Meliá, M./Feijoo Sánchez, B., Civitas, Navarra, 2006, págs. 169 y 170; *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducción de Manso Porto, T., Thomson/Civitas, Madrid, 2004, págs. 44 y 45.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

los trabajos que realizó después de estos lamentables acontecimientos.⁴³

Desde esta perspectiva, la noción de enemigo debe distinguirse de la que se asigna al ciudadano, ya que éste sería quien de forma ocasional ha transgredido la norma penal y, por lo tanto, el Estado, ante un deslíz reparable⁴⁴ o, incluso, ante un simple error,⁴⁵ mantendría el diálogo con él.⁴⁶ Si bien a la persona o al ciudadano se atribuye una conducta que ha dañado la vigencia de la norma, ello no tendría la entidad suficiente como para entender que ya no ofrece la garantía de un comportamiento en lo fundamental, lo que quiere decir que prevalece respecto de él la confianza de que en el futuro se conducirá con fidelidad al ordenamiento jurídico;⁴⁷ seguridad cognitiva que en el enemigo se ha desvanecido. Por eso Jakobs se refiere al enemigo como aquel que ya no garantiza la seguridad cognitiva de un comportamiento en lo fundamental, por eso es y debe ser tratado como enemigo;⁴⁸ con el ciudadano el Estado entabla un diálogo al enemigo se le declara la “guerra”.

Esta dicotomía se reflejaría en el ordenamiento jurídico, máxime si se tiene en cuenta que Jakobs también soporta sus postulados en el mantenimiento de la vigencia de la norma. En este punto debe recordarse que la base teórica que este autor alemán ha desarrollado no es otra que la relativa al “Funcionalismo jurídico-penal”, misma que gira en torno a tres elementos fundamentales, esto es, la sociedad, la norma y la persona.⁴⁹ A estos efectos, conviene recordar que la sociedad implica un sistema que plasma todos los criterios, valores, máximas, ideales o esquemas de convivencia de sus miembros en el ordenamiento jurídico, de tal manera que éste se convierte en el reflejo de la sociedad, siendo el marco jurídico en general todo ese espejo de la sociedad, en tanto que el Derecho penal una parte de ese reflejo. De acuerdo

con ello, la persona o ciudadano mantendrá su estatus siempre que desarrolle su rol conforme al esquema establecido, de lo contrario podría perder dicha condición. Según esto, ese despojo se daría cuando ya no garantice la seguridad cognitiva de un comportamiento personal en lo fundamental; para ser más claro, cuando ya no ofrezca la confianza de que en el futuro se comportará conforme a Derecho.

Por regla general, ello ocurriría no tanto con la transgresión al orden penal de forma esporádica con actividades delictivas que no estén estigmatizadas, sino desarrollando su vida en un permanente estado de contravención al orden penal o, inclusive, cometiendo aquellos delitos sobre los cuales de inmediato opera el etiquetamiento. De hecho, es posible que el individuo cometa reiteradamente comportamientos delictivos y no adquiera el carácter de enemigo, por cuanto no se trate de aquellos que podrían etiquetarlo, del mismo modo que pueda ejecutar de forma puntual un delito atribuible a los enemigos y con ello adquirir automáticamente ese carácter. No olvidemos que basta con una simple imputación por delincuencia organizada, por lavado de dinero, por terrorismo, por trata de personas, por secuestro, por delitos contra la salud o por cualquier otro delito de los que se incluyen en este esquema de excepción, para que, desde el inicio, el aparato estatal ponga en marcha la estrategia planificada al efecto.

Con esto quiero enfatizar que la simple atribución de una responsabilidad penal motivada por un delito de aquellos que forman parte de este esquema de excepción, coloca a la persona en la condición de enemigo, siendo, por consiguiente, el sector delictivo el que origina que el Estado identifique a la persona como adversario, es decir, como un individuo peligroso. Esto puede resumirse del siguiente modo: el Derecho penal del ciudadano actúa en función de los

⁴³ Ello puede constatarse, por ejemplo, en Jakobs, G., “La Ciencia del Derecho penal...”, cit., pp. 119 y ss; mismo autor, “Derecho penal del ciudadano...”, cit., pp. 21 y ss; mismo autor, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”. AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá/Gómez – Jara Diez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, p. 93 y ss; mismo autor, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá / Gómez – Jara Diez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, pp. 77 y ss.

⁴⁴ Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., p. 36.

⁴⁵ Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., p. 47.

⁴⁶ Cfr. Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., p. 299.

⁴⁷ Cfr. Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., pp. 29, 30, 36 y 37.

⁴⁸ Cfr. Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., pp. 39, 40 y 68; mismo autor, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...”, cit., p. 106; mismo autor, “La Ciencia del Derecho penal...”, cit., pp. 138 y 139; Jakobs, G., *Dogmática de Derecho penal...*, cit., p. 43.

⁴⁹ Vid. Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez, B., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

presupuestos de la culpabilidad por el hecho cometido; mientras que el Derecho penal del enemigo combate peligros, se orienta al futuro. En otros términos: junto a la deuda del autor por el hecho sucedido, aparece lo necesario para el aseguramiento frente a hechos venideros,⁵⁰ esto es, para la defensa frente a agresiones futuras.⁵¹

Semejante dicotomía puede apreciarse en la regulación penal, sobre todo si se tiene en cuenta que los sistemas penales y procesales penales sufren la contaminación de esas manifestaciones del Derecho penal del enemigo, lo cual debe entenderse, como el mismo Jakobs señala, en el sentido de que ni el Derecho penal del enemigo ni el Derecho penal del ciudadano se aplican de forma integral o al modo puro, más bien conviven o se solapan en un mismo escenario jurídico.⁵² Lo que ocurre es que la balanza se inclina hacia uno u otro dependiendo de las circunstancias, y es evidente hacia dónde se decanta el esquema penal de la delincuencia organizada, y hacia dónde se orienta el que pueda aplicarse sobre los delitos que no suelen estar estigmatizados, aunque es verdad que en la realidad legislativa mexicana el Derecho penal del enemigo ha permeado gran parte de los marcos de regulación penal.

En este contexto entra en juego la noción de mantenimiento de la vigencia de la norma, pues conviene no olvidar que, al ser el ordenamiento jurídico el reflejo de la sociedad, toda transgresión al mismo será tributaria de una afectación al sistema establecido.⁵³ Desde esta perspectiva, no significa que toda contravención del orden penal, que está llamado a garantizar la identidad social, deba concebirse en el sentido de que la norma ya no rige en la realidad social, pues inclusive la transgresión permitiría al Estado confirmar su vigencia, de manera que éste, a través de la pena, podría confirmar su identidad social⁵⁴ y, en consecuencia, su identidad normativa ante los miembros de la sociedad, lo que significa que éstos pueden con-

ducir su vida de acuerdo a las expectativas previstas en el sistema. Éste sería, en efecto, uno de los sentidos de la orientación de la norma, que aparece como alternativo a otro derivado en que la norma no sea transgredida. Ambos constatarían el mantenimiento de la vigencia de la norma.⁵⁵

Pero la actuación contrafáctica no puede ser permanente, es decir, la transgresión al orden penal no puede ser infinita, porque entonces ello demostraría que la norma ya no rige en la realidad social, que se ha convertido en una promesa vacía; en definitiva, que ya no ofrece una garantía de que los demás se comportarán conforme a Derecho, y entonces habría perdido su vigencia.⁵⁶ Esa es la lógica que sigue Jakobs y que también impregna la aplicación del denominado Derecho de excepción, pues resulta claro que, frente a manifestaciones delictivas de especial gravedad, el Estado asume que el Derecho penal propio del Estado de Derecho, o si se prefiere, que el esquema normativo escrupuloso en el cumplimiento de los límites del *ius puniendi* pierde sentido o funcionalidad para evitar graves atentados contra bienes jurídicos de especial importancia. Por eso no sorprende que la configuración de los tipos penales venga marcada por esquemas tan preventivos que arrasan con el principio del hecho, de ofensividad y de culpabilidad. Porque el objetivo es muy claro: neutralizar a través de la criminalización en estadios muy previos a la lesión del bien jurídico, y por eso preocupantemente se sancionan peligros muy remotos. Pero la estrategia no se conforma con esto, porque se acoraza la neutralización con penas muy elevadas que, cuando no se presentan a través de cadenas perpetuas o maquilladas en este sentido, se materializan con la muerte del autor del delito. Ya sabemos que, además de lo anterior, viene el complemento de los métodos de investigación y el que opera en el desarrollo del procedimiento, para tener su desenlace durante la ejecución del reproche penal genuinamente inocuidador.

⁵⁰ Jakobs, G., *Pena estatal...*, cit., p. 13.

⁵¹ Jakobs, G., *Dogmática de Derecho penal...*, cit., p. 43.

⁵² Cfr. Jakobs, G., "Derecho penal del ciudadano...", cit., p. 23.

⁵³ Cfr. Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 9, 14 y ss, 26 y ss.

⁵⁴ Cfr. Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 10 y 11; mismo autor, *Derecho penal...*cit., p. 13; mismo autor *Dogmática de Derecho penal...*, cit., p. 41.

⁵⁵ Cfr. Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 10 y ss; mismo autor, *Derecho penal...*cit., pp. 9 y ss. *Vid*, además, pp. 44 y ss; mismo autor, "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...", cit., p. 100; Jakobs, G., "Derecho penal del ciudadano...", cit., pp. 37, 38 y 64.

⁵⁶ Jakobs, G., "Derecho penal del ciudadano...", cit., pp. 37 y 38; mismo autor, "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...", cit., pp. 98 y ss.

2. Un claro reflejo de esta línea político-criminal en la realidad mexicana

Con todo, es posible afirmar que el marco de regulación penal mexicano representa un muy claro ejemplo de los límites a los que puede llegar el Derecho penal del enemigo. Existen al menos cuatro puntos críticos, cada uno con sus diferentes variantes, de la proyección de este esquema de extralimitación que pueden desarrollarse y que, en la realidad legislativa mexicana, han proliferado. En este sentido, cabe partir de las cuatro particularidades típicas que, en principio, identifica Jakobs: 1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo, en su opinión, paradigmáticos los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas; 2) falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento (por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato); 3) paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia; 4) supresión de garantías procesales.⁵⁷

De ello resulta que, en sentido estricto, el Derecho penal del enemigo tiene su correlato en los métodos de investigación y en el proceso penal; de hecho, como quedó sentando, se hace referencia a un Derecho procesal penal del enemigo. Ambas líneas de intervención, como ya expresé, constituirían la estrategia para articular la lucha contra el adversario. Al menos así lo ha dejado ver Jakobs en sus diferentes trabajos sobre la materia. Esto quiere decir que la contaminación del Derecho penal que él mismo identifica sería la línea de ataque contra ámbitos delictivos percibidos como graves.

Concretamente en este sentido, propone concentrar en un marco de regulación específico esta clase de medidas, lo que respondería a la intención de evitar que la contaminación se siga propagando. Refiere a este respecto que si el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo se mezclan, existe el riesgo de que la laxitud de límites del Derecho penal del enemigo se extienda también en el Derecho penal del ciudadano.⁵⁸ Según esto, sería menos peligroso

desde la perspectiva del Estado de Derecho, un Derecho penal del enemigo claramente delimitado, que entremezclar sus fragmentos con todo el Derecho penal.⁵⁹ Es más, entiende que el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho, en la medida en que, a su vez, vincula a los ciudadanos y, exactamente, al Estado, sus órganos y funcionarios, en la lucha contra los enemigos. No obstante, aclara a este respecto, y parece que pretendiendo atenuar el marcado sentido de su propuesta normativa, que esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario.⁶⁰ Así, el Derecho penal del enemigo no implicaría una regulación para la “aniquilación ilimitada”, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una “*ultima ratio*” que es aplicada conscientemente en cuanto excepción como algo que no es idóneo para uso permanente.⁶¹

Debo recordar que, desde el inicio, expresé mi rechazo absoluto a esta clase de propuestas; porque de lo que se trata es de eliminar las manifestaciones de esa contaminación. La contaminación es la misma esté o no esté concentrada en un solo marco de regulación. Además, esto no es cuestión de nombres o de ubicaciones, sino de contenidos; se le llame cómo se le llame o se acomode donde se acomode, concentrado o no en un solo cuerpo normativo, entra en pugna con el Estado de Derecho y, por lo tanto, su desaparición no debe ser negociable. Pero si a semejante aberración se le quisiera atribuir dotes de funcionalidad, temo decir que en el caso mexicano ha fracasado, incluso que esta estrategia de condensación solamente ha servido para amplificar la contaminación existente, porque a los códigos penales tan divergentes de un Estado a otro, y a tantas leyes especiales que reparten restricciones a los espacios de libertad con la inclusión de delitos ocultos en ellas, hay que añadir otras leyes especiales que constituyen el reflejo mismo de la extralimitación.

Basta con hojear cualquier código penal del país —de los treinta y cuatro existentes— para encontrar fórmulas legales que generan terror penal y que permi-

⁵⁷ Jakobs, G., “La Ciencia del Derecho penal...”, cit., p. 138; mismo autor *Dogmática de Derecho penal...*, cit., pp. 43 y 44.

⁵⁸ Jakobs, G., *Pena estatal...*, cit., pp. 176 y 177.

⁵⁹ Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., p. 55.

⁶⁰ Jakobs, G., *Dogmática de Derecho penal...*, cit., p. 43.

⁶¹ Jakobs, G., “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...”, cit., p. 107.

ten intuir que esto, lejos de detenerse, lleva una inercia imparable. Pero el miedo y la preocupación incrementan cuando se constata la involución a través indicadores como la denominada Ley Antisecuestro⁶² y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.⁶³ En cualquiera de estos parámetros legales es posible deducir que aquí nadie se salva. Se trata de textos legales que, si se me permite, hacen las veces de fusiles que apuntan a cualquier ciudadano con el objeto de atemorizarlo y con la advertencia de que en cualquier momento podrá ser instrumentalizado en aras de la seguridad.⁶⁴

2.1. La constitucionalización del Derecho de excepción

La concentración del Derecho penal del enemigo en la legislación especial, que se suma a otras tantas manifestaciones distribuidas en todo el ordenamiento penal mexicano, viene marcada desde el texto constitucional, especialmente cuando se confiere al Congreso general, a través de la fracción XXI del artículo 73, la facultad de expedir leyes generales en materia de secuestro y de trata de personas, así como para legislar en materia de delincuencia organizada. Debo aclarar que no veo inconveniente en que sea el Congreso de la Unión el órgano legislativo facultado para legislar y expedir leyes en estos ámbitos, puesto que considero indispensable, en aras de la seguridad jurídica, optar por la unificación de la legislación penal; más bien la preocupación surge a causa del contenido de dichos cuerpos normativos.

De ese preocupante contenido ya se advierte en el artículo 16 de la Constitución general, siendo que

en él se recoge la habilitación para poner en marcha diversas medidas que, en el marco de la investigación, deberán aplicarse contra las personas imputadas por delincuencia organizada. Esta proyección del Derecho procesal penal del enemigo aparece con figuras como las consistentes en la “detención por caso urgente⁶⁵,” la “duplicidad del término de la retención⁶⁶,” el “arraigo⁶⁷,” la “intervención de comunicaciones”⁶⁸ y, evidentemente, desde el momento en que se constitucionaliza la controvertida noción de delincuencia organizada.⁶⁹ Más adelante, y concretamente en el segundo párrafo del artículo 19 de esta misma norma fundamental, se establece que la prisión preventiva oficiosa operará sobre delincuencia organizada, secuestro y otros supuestos,⁷⁰ aunque no hay que recorrer muchos artículos para encontrar la venia, con rango constitucional, de los beneficios para el colaborador con la justicia respecto de delitos relacionados con esta misma forma de criminalidad asociativa.⁷¹

En el artículo 20 de la norma fundamental, en el que ciertamente se encuentra una parte muy relevante de los cimientos de la reforma al sistema de justicia penal mexicano, continúa esa bipolaridad legislativa, y ello, aunque sólo sea porque a la regulación de la figura del arrepentido debemos agregar que el párrafo segundo de la fracción V del apartado B de este artículo constitucional, ignora la metamorfosis procesal que ahora debe materializarse en el caudal probatorio a los efectos del enjuiciamiento criminal —dato de prueba, medio de prueba y prueba—, pues resulta que en delincuencia organizada las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor

⁶² Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Ssecuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶³ Como dejaré ver más adelante, de dichos parámetros legales no se desmarca el Código de Justicia Militar.

⁶⁴ Debo recordar que no es menos represiva la “Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos”.

⁶⁵ *Vid.* párrafo sexto del artículo 16 de la Constitución general. *Vid.*, asimismo, artículo 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁶⁶ *Vid.* párrafo décimo del artículo 16 de la Constitución general. Del mismo modo, *vid.* artículo 11 Quáter de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

⁶⁷ *Vid.* párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución general. *Vid.*, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, del artículo 12 al artículo 12 Quintus.

⁶⁸ *Vid.* párrafo décimo tercero del artículo 16 de la Constitución general. *Vid.*, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, del artículo 16 al artículo 28.

⁶⁹ *Vid.* párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución general. *Vid.*, también, artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

⁷⁰ Como en los casos de homicidio doloso, violación, trata de personas, 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. *Vid.*, asimismo, artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁷¹ Especialmente *vid.* párrafo segundo de la fracción III del apartado B. del artículo 20 de la Constitución general, así como los artículos 35, 35 Bis y 36 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en los que se desarrollan esos beneficios por colaboración con la justicia.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

probatorio cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas.

Ni que decir tiene de la reserva de la identidad de quienes puedan declarar en contra de los que son imputados, acusados o procesados por los delitos de violación, secuestro, trata de personas, delincuencia organizada y cuando a juicio del órgano jurisdiccional dicha reserva sea necesaria para brindar protección, lo que encuentra sustento en la fracción V del apartado C del artículo 20 de la Constitución general.⁷² En realidad, esa es solamente una manifestación del hermetismo por el que se distingue el Derecho procesal penal del enemigo que ha ido ganando terreno por diversos frentes en el sistema de persecución penal mexicano. Especialmente en materia de delincuencia organizada se produce una combinación que regula la aniquilación del debido proceso —y con ello de la presunción de inocencia—, toda vez que, en cadena, arrasa con el derecho de defensa, con la igualdad procesal y con ciertos principios que forman el proceso penal acusatorio que postula el artículo 20 de la Constitución general. Me refiero a los principios de contradicción y de publicidad, que pierden relevancia si se trata de perseguir a las personas que se vinculan con la criminalidad organizada.

Desde esta perspectiva, sufre un considerable debilitamiento el derecho de defensa que consagra la fracción VI del apartado B del artículo 20 de nuestra norma fundamental. Para constatarlo no hay que ir muy lejos, porque precisamente esta misma fracción, después de reconocer el derecho del imputado a que tanto él como su defensor tengan acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle, y tras establecer que no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, termina señalando que este presupuesto de un proceso penal propio del Estado de Derecho podrá exceptuarse, o si se prefiere, trastocarse, en “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”. No es posible entender, sin embargo, cómo se evita una afectación del derecho de defensa si se habilita, cual estrategia policial, al debido proceso, un hermetismo que de una u otra forma estará presente durante todo el proceso y que, como es lógico, supone una desventaja al imputado o acusado que incidirá en la sentencia.

Aunque el artículo 13 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada al final cede la posibilidad de que tanto el imputado como su defensor puedan tener acceso a los registros de la investigación, lo cierto es que de inmediato limita la información que es indispensable para articular la estrategia de defensa desde el inicio, porque ocurre que el imputado y su defensor solamente podrán acceder a los registros de la investigación que tengan relación con los hechos imputados. Inclusive ese hermetismo se asegura con un candado legal que ordena al ministerio público y a sus auxiliares que guarden la mayor reserva sobre dicha información, traducíendose ello en la vulneración del derecho de defensa y, especialmente, por lo que se refiere al derecho que tiene la persona sometida a la acción de la justicia de conocer desde un primer momento todo lo que obre en las actuaciones y emplear lo que de éstas le pueda servir para demostrar su inocencia. Ciertamente, el debido proceso brilla por su ausencia; y es que no puede negarse que en estas condiciones se debilita la capacidad probatoria, es decir, se acotan los recursos para extraer el caudal probatorio que se ha de ofrecer y desahogar para soportar la defensa. Aunado a lo anterior, este mismo artículo 13 cierra con la restricción del principio de publicidad, siendo que, con el argumento de brindar seguridad a las víctimas o a los actores procesales, se deja abierta la puerta para que las audiencias se desarrollen a puerta cerrada.⁷³

⁷² Particularmente esta fracción V recoge el derecho de la víctima o del ofendido “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, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada, y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa”. En materia federal debe considerarse la Ley Federal de Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, así como los artículos 14 y 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. También prevén regulación a este respecto, los artículos 59 y siguientes de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, sobre todo la fracción VII del artículo 62 y el artículo 63 de dicha Ley General contra la Trata de Personas. En este sentido, *vid.* los artículos 26 y siguientes de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la fracción XXVI del artículo 109 y el párrafo cuarto del artículo 277, ambos del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁷³ Vulneración del principio de publicidad que encuentra sustento en la fracción V del apartado B. del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Este hermetismo procesal también se manifiesta a través de la reserva de la identidad de las personas que, por rendir testimonio o declarar en contra de algún miembro de la delincuencia organizada, puedan verse en situación de riesgo o peligro. De hecho, esta reserva de la identidad podrá mantenerse en el procedimiento penal si se trata del acusador, la víctima u ofendido o menor de edad,⁷⁴ pero también si se trata de agentes de las fuerzas del orden público que participan en las operaciones encubiertas, en ejecución de órdenes de aprehensión, en detenciones en flagrancia y por caso urgente y en cateos,⁷⁵ sin que me olvide de considerar la tan peligrosa reserva de la identidad de los testigos colaboradores o arrepentidos.⁷⁶ Ahora bien, por mucho que se atribuya funcionalidad a la reserva de identidad, ello no disminuye la grave afectación que la misma causa al debido proceso, dado que en esta medida el derecho de la persona imputada a ser informada de los hechos que se le imputan incluye conocer los datos del acusador o de las personas que declaran en su contra. Así, una vez más, la igualdad procesal se convierte en una promesa vacía, al tiempo que el principio de contradicción pierde el rango que le confiere el artículo 20 de la Constitución general. En definitiva, también por esta vía se echa abajo la máxima constitucional según la cual la “presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral⁷⁷.”

Para seguir con la batería de medidas excepcionales que tienen aplicación desde el inicio de la investigación y durante el procedimiento, no debe pasarse por alto el párrafo segundo del artículo 22 de la norma fundamental, dado que en su contenido se inserta

la amorfa figura de la extinción de dominio, la cual, como sabemos, se aplica en función de un esquema de *numerus clausus* en el que se engloban los delitos de secuestro, de delincuencia organizada, de trata de personas, de robo de vehículo, de enriquecimiento ilícito y contra la salud.⁷⁸

Cuando menos en materia de delincuencia organizada, todo esto no termina con una sentencia que apunta a cotas insostenibles desde la perspectiva del Estado de Derecho, porque también en la ejecución de la sanción penal se corrobora esa firme voluntad legislativa de inocuidad. No hay que olvidar que el artículo 18 de la Norma Fundamental restringe el derecho de los sentenciados por delincuencia organizada a purgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a sus domicilios. Pero la vindicación no se conforma con lo anterior, en virtud de que la ejecución de las sentencias sobre los miembros de la delincuencia organizada se desarrollará en centros especiales —como también ocurre con la prisión preventiva— y con la facultad de las autoridades para restringir las comunicaciones de los sentenciados y para imponerles medidas de vigilancia especial aún en dichos centros especiales. Esa tónica de supresión del enemigo se trasladó a la recientemente publicada Ley Nacional de Ejecución Penal,⁷⁹ a cuyo contenido, como era esperable, se extiende la estrategia neutralizadora de evitar tanto los beneficios preliberacionales como la aplicación de sanciones no privativas de libertad sobre los sentenciados por delincuencia organizada, secuestro y trata de personas. Me refiero a la “libertad condicionada⁸⁰,” a la “libertad anticipada⁸¹,” “a la comutación de la pena⁸²” y “a la sustitución de la pena privativa de libertad⁸³,” que a la vez conviven

⁷⁴ Vid. artículos 14 y 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

⁷⁵ Vid. artículo 11 Bis. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

⁷⁶ Vid., entre otros, artículos 13, 15, 16, 18 y 35 de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, así como los artículos 14 y 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

⁷⁷ Vid. fracción IV del apartado A. del artículo 20 de la Constitución general.

⁷⁸ Conviene recordar que dicho mandato constitucional se desarrolla, en materia federal, en la Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mientras que en el fuero común a través de leyes *ad hoc* que han venido creando la entidades federativas. Sólo por citar algunos ejemplos, ese es el caso de la Ciudad de México y de Estados como Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Sonora, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Zacatecas, Aguascalientes, Campeche, Coahuila y Colima.

⁷⁹ Vid. Decreto por el que se explide la Ley Nacional de Ejecución Penal; se adicionan las fracciones XXXV, XXXVI y XXXVII y un quinto párrafo, y se reforma el tercer párrafo del artículo 225 del Código Penal federal, *Diario Oficial de la Federación* de 16 de junio de 2016. Ese mandato constitucional se desarrolla, por ejemplo, en los artículos 2, párrafo segundo, 5, 31, 37, 49 y 50 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, sin perjuicio de que a estos efectos deba considerarse los artículos 42, 43 y 45 de la Ley federal contra la delincuencia organizada.

⁸⁰ Vid. artículo 137 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

⁸¹ Vid. artículo 141 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

⁸² Vid. artículo 146 de la Ley Nacional de Ejecución Penal. En particular, este artículo prohíbe la aplicación de la medida por criterios de política penitenciaria sobre los delitos que merezcan prisión preventiva oficiosa, conforme al artículo 19 de la Constitución general.

⁸³ Vid. artículo 144 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

con la “prohibición de permisos extraordinarios de salida por razones humanitarias⁸⁴.”

En el terreno de la condensación crítica del Derecho procesal penal del enemigo también nos encontramos con métodos de investigación que incluso se desprecupan de tener previsión constitucional. Ese es el caso de los artículos 11 y 11 Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en los que se integra una muy modesta regulación de las actividades del agente encubierto, es decir, del infiltrado policial, y lo que es peor, para llevar a cabo dicho método de investigación ni siquiera es necesario que medie la autorización y vigilancia judicial de la medida, ya que de ello se encargará una autoridad tan parcial como el Procurador General de la República. Además, la regulación de esta figura, junto con la relativa a la entrega vigilada, se extiende al Código Nacional de Procedimientos Penales y, justamente, dentro de las “actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del Juez de control”.⁸⁵ Ello convive con otras técnicas de investigación de reciente incorporación en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, dentro de las que se hallan, por ejemplo, la utilización de medios, instrumentos o herramientas que sean necesarios para la creación de inteligencia; la vigilancia electrónica; seguimiento de personas, y la colaboración de informantes.⁸⁶

No resulta menos llamativo el hecho de que, en términos de los artículos 29, 30 y 31 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se amplíen los alcances del aseguramiento de bienes a aquellos que de una u otra forma puedan tener relación con una persona que se vincule con la delincuencia organizada, pero, además, que dicho aseguramiento pueda realizarse en cualquier momento de la investigación o del proceso penal. Esto quiere decir que, mientras que fuera del derecho de excepción el aseguramiento de bienes constituye una medida cautelar que provisionalmente recae sobre los instrumentos, objetos o productos del delito, así como sobre los bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con éste, cuando se trate de personas sobre las que se presuma —fundadamente en función de indicios razonables— que forman parte de la delincuencia organizada, además de esta forma convencional de aseguramiento,

se podrán asegurar los bienes de dichas personas y aquellos respecto de los cuales se conduzcan como dueñas, de la misma forma que aquellos sobre los que se pueda presumir que son propiedad de un miembro de la delincuencia organizada o que éste se conduce como dueño de los mismos.

2.2. Aspectos críticos del Derecho penal del enemigo

Por lo que corresponde al Derecho penal del enemigo, no puedo pasar por alto lo relativo a la noción de delincuencia organizada que contempla el artículo 2° de la ley federal de la materia, por cuanto relaja las exigencias de configuración de la organización criminal y plantea problemas desde el punto de vista del principio de legalidad, lo que se conjuga con la sanción penal que el artículo 4° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada impone a los miembros o integrantes de la organización. Con respecto a ello, cabe considerar que este precepto dedica dos bloques de sanciones atendiendo a la naturaleza del delito al que se oriente el aparato organizativo, de suerte que incrementa la pena considerablemente cuando se trate de delitos contra la salud; de operaciones con recursos de procedencia ilícita; de trata de personas; de secuestro, y de delitos cometidos en materia de robo de hidrocarburos, y la disminuye en los restantes supuestos. Ambos bloques, a su vez, se fraccionan en cuatro marcos punitivos diferentes, dos de ellos se dedican a los hombres clave de la organización, mientras que los otros dos a los meros integrantes.

Así pues, se aplicará una pena de veinte a cuarenta años de prisión para quien administre, dirija o supervise una organización criminal que se oriente a los delitos considerados en el primero de los bloques a que hecho referencia en el párrafo anterior, misma que disminuye a un marco punitivo de diez a veinte años de prisión para los otros miembros. Conviene no olvidar que el reproche penal que en este caso procede, es autónomo al que se pueda aplicar a cada uno de los miembros por los delitos que se puedan cometer en el seno del aparato organizativo, con lo que quiero poner de relieve que dicha sanción viene dada a un tipo penal de peligro abstracto sobre el bien jurídico “seguridad pública”. Si esto se observa desde el

⁸⁴ Vid. artículo 145 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

⁸⁵ Vid. artículo 251 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁸⁶ Vid. artículo 11 Bis. 1 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

punto de vista jurídico-penal, lo esperable sería que la sanción penal disminuyera cuando se trate de actividades abstractamente peligrosas, aunque no deo lado que la pena también debe graduarse atendiendo a la importancia del bien jurídico. Valorarlo tiene relevancia, en la medida en que la sanción penal de los hombres clave de la organización viene motivada por la trascendencia de su actividad en un grupo que se conforma de al menos tres personas que, al estar organizadas para la comisión de ciertos delitos, suponen un peligro permanente para el bien jurídico de interés colectivo seguridad pública. A partir ahí debe hacerse una compensación entre la criminalización anticipada y la reacción penal. Dicho esto en otros términos: debe existir una modulación de la sanción penal sobre la base del remoto peligro, peligro que se percibe con motivo de la existencia de la organización, y ello, muy a pesar de que los miembros de ésta ni siquiera hayan dado inicio a la realización de los delitos que forman parte de su programa criminal. Una vez que se realiza dicha ponderación, habrá que acudir al bien jurídico seguridad pública, cuyo carácter difuso parece ser que no lo despoja de la importancia que en él se percibe.⁸⁷

Queda claro que esta ponderación no prevaleció respecto de los otros factores que debieron valorarse al momento de definir la sanción penal que, en el inciso a) de la fracción I del artículo 4º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se destinó a los hombres clave de los aparatos organizativos dirigidos a la realización de los delitos contra la salud, operaciones con recursos de procedencia ilícita, trata de personas, secuestro y delitos cometidos en materia de robo de hidrocarburos, lo que cabe deducir no sólo del muy elevado nivel de pena mínima, sino también por el amplio margen de discrecionalidad que se confiere al juzgador entre la pena mínima y la pena máxima, que es de veinte años.

Parece evidente que en ello prevaleció la distorsión del sentido del principio de proporcionalidad en los Estados democráticos, anomalía que se combinó con otros factores centrados en intereses políticos y que responden a la percepción social sobre el fenómeno delictivo. Esta última, en efecto, sirve para satis-

facer el protagonismo que exigen aquellos. Comparto las opiniones que avalan la intervención penal en esta clase de supuestos de peligro abstracto, cuestión distinta es que deba suscribir las formas en que ello se realiza. Esto puede plantearse sobre la base del principio de mínima intervención y, más concretamente, recurriendo al carácter fragmentario del Derecho penal, puesto que, por esta vía, el asunto se resuelve verificando la afectación de la conducta al bien jurídico y constatando la importancia percibida en éste, y considero que ambos elementos concurren en el caso de delincuencia organizada. Pero a la par del análisis técnico de la medida, aparecen las valoraciones político-criminales que tienen que ver, entre otras cosas, con los factores criminológicos y el impacto social que los mismos generan, sin que pase inadvertido que el Derecho penal simbólico juega un papel relevante sobre todo en el marco de la persecución penal de la delincuencia organizada.

En cualquier caso, no es posible asumir penas desmesuradas como la que, a estos efectos, se impone sobre los hombres clave de la organización,⁸⁸ lo que se fortalece al realizar una simple comparación entre este delito de peligro abstracto y otro de lesión a un bien jurídico tan relevante como la vida. En particular, en el artículo 307 del Código Penal Federal queda previsto y sancionado el homicidio simple intencional con una pena que va de doce a veinticuatro años de prisión, mientras que el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal impone al homicidio simple una pena de ocho a veinte años, marcos penales que, al margen de las diferencias que presentan entre sí, son considerablemente menores al que se destina al cabecilla de un grupo criminal que se oriente a la realización de delitos contra la salud, operaciones con recursos de procedencia ilícita, trata de personas, secuestro y delitos cometidos en materia de robo de hidrocarburos. Así las cosas, el inconveniente no estriba en el empleo de la medida, sino en la forma en que se estructura para su aplicación.

Pero todavía falta considerar el dato con el que pretende justificarse la intensificación del rigor punitivo, que no es otro que el derivado de que el grupo se oriente a la comisión de determinados delitos. Con di-

⁸⁷ Sobre ello *vid. supra* cita 28.

⁸⁸ Como tampoco las penas que se imponen a los integrantes de la organización en términos de la fracción II del inciso a) del citado artículo 4, pues en este caso queda contemplado un marco punitivo de 10 a 20 años de prisión. No es menos preocupante la sanción que va de 8 a 16 años para los hombres clave de la organización que recoge la fracción I del inciso b) de este mismo artículo 4 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

cha agravación, que responde a un elemento finalístico, se olvida que en materia de delincuencia organizada la reacción penal se soporta por la protección de un bien jurídico diferente al de dichos delitos-fin, de modo que el tipo de injusto cobra su propia vida y esencia atendiendo a la protección de algo tan difuso como la seguridad pública, y no con respecto a la salud pública,⁸⁹ a la licitud de los bienes en el tráfico financiero y en el mercado,⁹⁰ a la libertad ambulatoria,⁹¹ a la libertad y la dignidad humana⁹² o al patrimonio.⁹³ Si quiere respetarse al máximo el Estado de Derecho, la única vía es optar por las exigencias del principio de exclusiva protección del bien jurídico, que lleva a la conclusión de que, en cada caso, se sancione en función del bien jurídico que pueda verse afectado. Esto quiere decir que el bien jurídico no debe ser concebido como una válvula de escape para fundamentar el exceso en la represión penal, sino más bien como un criterio limitador del *ius puniendi*⁹⁴ que, soportado en otros principios garantísticos, como el principio de proporcionalidad en sentido amplio, seleccione las conductas que serán materia de incriminación y la pena que, en función de un muy depurado análisis de las cosas, por lo menos tenga en cuenta la idoneidad o eficacia de la intervención penal, la necesidad de la misma y la proporcionalidad en sentido estricto,⁹⁵ pero, sobre todo, el concepto de dignidad humana. Si se flexibilizan sus alcances, como en el asunto que nos ocupa, está garantizado el aniquilamiento del Estado de Derecho. Esta crónica situación podría explicarse a partir de los delitos contra la salud, por cuanto, en su gran mayoría, éstos son de peligro abstracto, de lo que resulta que, al combinarse delincuencia organizada con este delito fin, se sanciona el peligro abstracto del peligro abstracto. De esta forma, surge una razón más para no avalar un marco punitivo tan dilatado.

De ello se desprende que sería infructuoso acudir al principio de proporcionalidad para fundamentar la incorporación de estos delitos en la citada fracción I del referido artículo 4º, porque el problema de fondo descrito, esto es, el que tiene que ver con el tipo de injusto, llevaría a calificar a la medida como desproporcionada. No hay forma, por consiguiente, de justificar el incremento del rigor punitivo, de manera que efectivamente la cuestión debe resolverse a partir del principio de proporcionalidad, lo que en realidad entraña suprimir la agravación de la sanción penal por carecer de legitimación dadas las deficiencias de base expuestas. Así, toda medida penal que carezca de sustento, incluido el aumento de la pena, será desproporcionada y, en consecuencia, no tiene acomodo en el marco de un esquema genuinamente democrático.

Lo anterior es traído a colación porque, precisamente, para justificar dicha inclusión, o lo que es lo mismo, para sustentar el incremento de la pena sobre los miembros de la delincuencia organizada cuando la organización se oriente a la comisión de ciertos delitos, el legislador mexicano incurrió en el error de invocar el principio de proporcionalidad, mismo que, como sabemos, con la reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia quedó plasmado en el párrafo primero del artículo 22 de la Constitución general de la República a través del criterio que sigue el principio de proporcionalidad en sentido estricto derivado en que “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. El problema se halla, como señalé, en la interpretación equivocada del principio de proporcionalidad, y a este respecto conviene recordar que el principio de proporcionalidad, antes que implicar una habilitación al Estado para el exceso o la arbitrariedad, constituye

⁸⁹ Como ocurre con los delitos previstos y sancionados en los artículos 194, 195, párrafo primero y 196 Ter del Código Penal federal.

⁹⁰ Así cabe extraer del artículo 400 BIS del Código Penal federal.

⁹¹ Como fundamentalmente ocurre con los delitos en materia de secuestro; sobre todo si se tiene en cuenta el tipo básico que se integra en el artículo 9 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

⁹² Como mínimo, estos bienes jurídicos quedan bajo la protección de los delitos previstos y sancionados en el Libro Primero, Título Segundo de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.

⁹³ *Vid.* los delitos previstos en las fracciones I y II del artículo 8; así como las fracciones I, II y III del artículo 9, estas últimas en relación con el inciso d), y el último párrafo de dicho artículo, todas de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos.

⁹⁴ En este sentido, Caruso Fontán, M. V./Pedreira González, F. M., *Principios y garantías...*, cit., pp. 186 y 188; Hassemer, W., “¿Puede haber delitos...”, cit., pp. 98 y ss.

⁹⁵ Sobre ello *vid.*, extensamente, Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999, pp. 149 y ss.

un límite material al *ius puniendi*. No en vano este principio también es identificado como principio de prohibición de exceso.⁹⁶ Sobre todo por esta vía, el monopolio estatal de la violencia debe ser sometido a un muy riguroso control.

En el asunto que nos ocupa, sin embargo, el legislador mexicano no lo interpreta de esta forma; por lo menos así cabe deducirlo del corto y fugaz proceso legislativo que culminó en las importantes reformas de que fue objeto la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en junio de 2016. Concretamente, la inserción en el fracción I del artículo 4 de más supuestos que se sancionan con mayor rigor se pretendió soportar en el principio constitucional de proporcionalidad de las penas,⁹⁷ deficiencia que fue tomada sin objeción alguna de la iniciativa que en realidad definió el actual contenido de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.⁹⁸ De todas formas, los argumentos que se dieron en este contexto fueron muy modestos, por no decir que nulos.

No basta, por lo tanto, con sustentar la clasificación de dichos delitos en la fracción I del citado artículo 4 en el principio de proporcionalidad en sentido estricto —la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del injusto—, pues al margen de la ponderación que deba hacerse a dicho fin,⁹⁹ habrá que evitar que la medida se oriente a fines ilegítimos. Con razón se dice que no se trata de atar las manos del legislador, que un Estado social y democrático de Derecho debe contar con un razonable margen de maniobra en el diseño de su política criminal, sino fundamentalmente de establecer unos límites máximos, derivados de la idea del Estado de Derecho y de la dignidad individual, que eviten la irracionalidad y la desmesura.¹⁰⁰ Es más, si se trata de graduar los marcos punitivos, como principio garantístico, la proporcionalidad se opone a

ser desbordada hacia arriba, pero no a ser desbordada hacia abajo.¹⁰¹

Al margen de los factores políticos o criminológicos que conduzcan al legislador a imprimir especial rigor punitivo en el sentido expuesto, lo cierto es que, desde el punto de vista técnico, es posible plantear otra reflexión que demuestra que la medida, por lo menos, es contradictoria. Y es que, desde esta perspectiva de análisis, no veo una razón de peso para aumentar el marco punitivo cuando la organización se oriente a los delitos contra la salud, operaciones con recursos de procedencia ilícita, trata de personas, secuestro y delitos cometidos en materia de robo de hidrocarburos, y disminuirlo en supuestos muy graves como el terrorismo, el terrorismo internacional, la financiación del terrorismo, el acopio y tráfico de armas, pornografía infantil, tráfico de personas, tráfico de órganos o turismo sexual. Por ejemplo, si se opta por dirigir la atención hacia los delitos de terrorismo con el objeto de hacer una comparación con respecto a los delitos contra la salud, se podrá concluir que, objetivamente, la libertad, la vida, la integridad, el patrimonio y la seguridad nacional pueden tener mayor importancia que la salud pública. Frente a ello se podrá sostener que ésta es de interés general para la protección de la salud individual, a lo que cabría responder que, sea como fuere, lo que aquí se sanciona es un mero peligro, mientras que en los comportamientos típicos de terrorismo se reprochan penalmente ataques que no generan menos preocupación para el contexto social, y ello, siquiera sea por el carácter pluriofensivo de la delincuencia terrorista.

Ahora bien, lo anterior no debe entenderse en el sentido de que estoy avalando que se sancione, inclusive en materia de secuestro o en la represión penal antiterrorista, con una pena de veinte a cuarenta años

⁹⁶ Caruso Fontán, M. V./Pedreira González, F. M., *Principios y garantías...*, cit., pp. 197 y ss; Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.S., *Derecho penal...*, cit., pp. 81 y 82.

⁹⁷ *Vid. Diario de los debates de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos*, núm. 30 de 28 de abril de 2016, p. 2179;

⁹⁸ *Vid.* “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”, que fue presentada el 25 de noviembre de 2014 por los Senadores Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Graciela Ortiz González, Ana Lilia Herrera Anzaldo, Marcela Guerra Castillo y Blanca Alcalá Ruiz (*Vid. Gaceta del Senado* núm. 59, tomo I, de 25 de noviembre de 2014, pp. 156 y ss; particularmente con respecto al principio de proporcionalidad *vid.* p. 158).

⁹⁹ Sobre la base de factores como la importancia del bien jurídico, la gravedad del ataque o el grado de ataque, esto es, si se trata de lesión o de peligro, la culpabilidad, grado de ejecución y el grado de intervención en el hecho.

¹⁰⁰ Caruso Fontán, M. V./Pedreira González, F. M., *Principios y garantías...*, cit., p. 169. En igual sentido Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999, pp. 285 y 294, cuando refiere que es de carácter constitucional y se puede inferir del valor de justicia del Estado de Derecho, de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de la dignidad de la persona, constituyendo, por consiguiente, un límite constitucional a la función preventiva de la pena [...].

¹⁰¹ Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo...*, cit., p. 413.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparabile de la política criminal mexicana

a los líderes de una organización criminal; sencillamente, lo que pretendo es demostrar el contrasentido de la regulación penal, que no refleja otra cosa que la visión esquizofrénica que tenemos sobre ciertos delitos. No comparto, por lo tanto, el hecho de justificar la intensificación del rigor punitivo con motivo de un elemento subjetivo del injusto que, por sí mismo, ya justifica la injerencia penal en materia de delincuencia organizada. A este respecto, conviene no olvidar que un elemento determinante para atribuir responsabilidad penal por delincuencia organizada, radica en el hecho de que sus autores tengan como fin o resultado la realización de determinados delitos. En resumen, el principio de proporcionalidad demanda que se apueste por una reducción de esas penas desmesuradas sobre delitos de peligro abstracto que se materializan con meras planificaciones.

En todo esto, tampoco puede pasar inadvertida la identificada como Ley General Antisecuestro, pues en ella queda bien definida la línea de lucha contra el enemigo. Para comprobarlo, basta con remitirse al artículo 9 de esta ley general, en el que se integra una pena para el tipo básico de cuarenta a ochenta años de prisión, misma que sufre un incremento considerable a partir de la configuración de cualquiera de las circunstancias agravantes específicas que se recogen en dos secciones del artículo 10, de modo que en la fracción I de éste la pena de prisión es de cincuenta a noventa años, mientras que en la fracción II se conserva el mínimo de este marco punitivo y se aumenta a 100 años el máximo. Ahora bien, si la víctima es privada de la vida por los autores o partícipes, el marco penal será de ochenta a ciento cuarenta años de prisión. Una vez más, el problema no radica en que se sancionen las manifestaciones más graves de restricción de la libertad, sino en la reacción penal que se destina a esta clase de conductas. El fin de la pena es muy claro: prevención general negativa e inocuidad. También es cierto que ni con el terror penal se ha podido evitar la insostenible situación que vive nuestro país en materia de secuestro, y no es poco probable que el secuestrador se rija, antes que por el miedo a la pena, por la convicción de que el sistema de persecución penal tiene tales deficiencias que podrá sustraerse de la acción de la justicia penal. Ya sabemos, por otra parte, que si se consigue

alguna detención en este contexto, la sentencia garantiza, a través del papel de verdugo que juega el juez, la neutralización de la persona con el cumplimiento integral de la pena.

2.3. La vuelta a la extralimitación

Da la impresión de que la anomalía de sancionar los actos de fundación o constitución de una organización criminal se resiste a desaparecer por completo, tal y como lo demuestra un tipo penal cuya redacción, con un claro sacrificio del principio de taxatividad, viene marcada por la indeterminación. Me refiero al nuevo artículo 2° Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que inserta una fórmula legal poco precisa y susceptible a ser interpretada en al menos dos direcciones, es decir, o bien como acto preparatorio a la comisión de los delitos-fin del artículo 2 de esta ley especial, o bien como un supuesto de represión penal que podría resucitar la figura de “acordar organizarse” que creíamos superada.

Conviene recordar que el 16 de junio de 2016 se publicó una importante reforma a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada,¹⁰² a través de la cual, entre otras cosas, se incorporó ese tipo penal que en principio adquiere los rasgos de un acto preparatorio a la comisión del delito y, básicamente, de la conspiración para delinquir. En concreto, el artículo 2° Bis de esta ley especial establece lo siguiente:

Se impondrá hasta dos terceras partes de las penas previstas en el artículo 4o. del presente instrumento a quienes resuelvan de concierto cometer las conductas señaladas en el artículo 2o. de la presente Ley y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación.

A primera vista, la redacción típica sugiere que será punible la conspiración para cometer cualquiera de los delitos-fin (conductas) que configuran a la delincuencia organizada, lo que de todas formas implicaría involución, dado que en los genuinos Estados democráticos la incriminación de los actos preparatorios debe limitarse a un núcleo muy reducido, y una lectura superficial del artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada demuestra que lo que menos se puede predicar de esta regulación penal

¹⁰² Vid. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 16 de junio de 2016.

es que se ciñe a ese sistema de *numerus clausus*; por el contrario, esa abundante lista de comportamientos delictivos que materializan el elemento tendencial del tipo penal de integración en la delincuencia organizada no ha dejado de crecer. En esta medida, se puede decir que la reforma de junio de 2016 no trajo más que una multiplicación desmesurada y preocupante de la incriminación de los actos preparatorios a la comisión del delito, eso sí, siempre y cuando la locución “cometer las conductas señaladas en el artículo 2^o” se refiera a los delitos-fin”. De otra forma, se tendría que asumir el absurdo de centrar la atención en la expresión “conductas que por sí o unidas a otras tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos [...]”, pero también la posibilidad de que con esta nueva medida se pretenda abarcar los actos de “preparar” o “acordar” la conformación de una organización criminal.

Las cosas no se dilucidan si, para interpretar los alcances de este nuevo tipo penal, se recurre al proceso legislativo que siguió su creación. Inclusive se puede decir que la confusión se agudiza cuando se busca la respuesta en los argumentos que, desde el inicio, soportaron su inclusión en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Y es que la posible rectificación de los errores de fondo que traía la medida penal desde la iniciativa que la propuso¹⁰³ no se dejó ver con claridad en el proceso legislativo que se tuvo que llevar a cabo con celeridad para conseguir que, antes del 18 de junio de 2016, se publicara el considerable paquete de reformas de que fue objeto el contenido de esta Ley especial. Sí, como siempre, tarde, al vapor y con poca fortuna.

En correspondencia con ello, cabe considerar que la iniciativa que planteó la incorporación del delito que ahora se prevé y sanciona en el artículo 2 Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, empleaba una redacción que no permitía deducir que se enfocaba en la sanción de los actos preparatorios a la comisión de los delitos-fin, puesto que hacía referencia a las actividades de “acordar” o preparar la comisión del delito de delincuencia organizada”,

de lo que solamente es posible extraer que con esta medida penal se pretendía abarcar conductas afines a los delitos de “creación” o “fundación” de una organización criminal. En efecto, si bien con una interpretación muy forzada, dada la deficiencia jurídico-penal que presentaba la redacción que ofrecía la propuesta inicial, era más factible entender que la cuestión se orientaba a revivir la figura de “acordar organizarse” que, en 2009, ya habíamos conseguido eliminar de nuestro sistema de represión penal contra la delincuencia organizada. Más aún: lo único que era posible interpretar es que la iniciativa se refería, aunque con un grave error de técnica jurídico-penal, a los actos tendentes a la creación de una organización criminal. Ciertamente, llamar a las cosas por su nombre tiene especial relevancia, expresión que resulta inobjetable cuando nos encontramos con propuestas como la que a continuación se reproduce:

Artículo 2^o bis- Se sancionará hasta con la mitad de las penas previstas en el artículo 4 de esta Ley a quienes acuerden o preparen con dos o más personas la comisión del delito de delincuencia organizada y determinen los medios para ello.¹⁰⁴

El hecho de que este texto de la iniciativa conjugara los verbos “acordar” o “preparar” con la expresión “comisión del delito de delincuencia organizada”, no sugería otra cosa que un enfoque en la actividad organizativa del aparato criminal, y no con respecto a los delitos-fin. Para evitar confusiones, la redacción debió hacer mención a los delitos que se encuentran dentro del catálogo del artículo 2^o de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, esto es, aquellos a cuya comisión debe encaminarse la organización delictiva para que se configure delincuencia organizada. Es verdad que ya en el Dictamen (de primera lectura) de las Comisiones Unidas de Justicia y Estudios Legislativos del Senado de la República —que fue la cámara de origen— se mejoró la redacción del artículo 2 Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada;¹⁰⁵ de hecho, éste fue el contenido que finalmente entró en

¹⁰³ Me refiero a la “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”, que fue presentada el 25 de noviembre de 2014 por los Senadores Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Graciela Ortiz González, Ana Lilia Herrera Anzaldo, Marcela Guerra Castillo y Blanca Alcalá Ruiz (*Vid. Gaceta del Senado* núm. 59, tomo I, de 25 de noviembre de 2014, pp. 156 y ss).

¹⁰⁴ *Idem*, p. 165.

¹⁰⁵ *Vid. Diario de los debates de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos*, núm. 30 de 28 de abril de 2016, pp. 2141, 2142 y 2193.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

vigor el 16 de junio de 2016; no es menos cierto que ello no elimina el desconcierto que provoca el intento de hacer una interpretación por la vía de su redacción legal. Es más, ni siquiera es posible precisar los alcances de la medida penal acudiendo a los fundamentos que se invocaron en el proceso legislativo que llevó a su incorporación.

Aquí el problema radica en definir a qué se refiere el texto vigente con la expresión “conductas señaladas en el artículo 2° de la presente Ley”, porque la imprecisión es de tal envergadura que puede llevar a que se busque la salida en las actividades dirigidas a la “creación de una organización de hecho”, pero también a que se opte por las conductas delictivas fin e inclusive no es posible descartar que surja alguna interpretación que pueda llegar a considerar las “conductas que por sí o unidas a otras tengan como fin o resultado [...]”. Ante tal situación, se podría decir que la lógica conduce a los delitos-fin, sin embargo con ello se estaría dejando de lado el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad penal, mismo que, conforme a nuestro régimen constitucional, se plasma en la prohibición de imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata¹⁰⁶. Se sobrepone, en efecto, el mandato de certeza¹⁰⁷ o de taxatividad,¹⁰⁸ o si se quiere, el derecho fundamental de exacta aplicación de la ley en materia penal,¹⁰⁹ según el cual, el legislador viene obligado a la máxima concreción, precisión y claridad posibles en la construcción legislativa, lo que siempre repercutirá en la labor del órgano jurisdiccional, porque es evidente que el trabajo de aquél debe delimitar con especial claridad el sentido de los tipos penales para evitar la arbitrariedad del Estado a través de la actividad de éste, es decir, del juzgador.¹¹⁰

Con razón se pone de relieve que este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional

que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. [...] al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación.¹¹¹

Está claro que ese mandato de determinación no se cumple en el caso de la descripción típica del artículo 2 Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, pues no es posible enterarse de cuál será la conducta punible, cuestión que abre la puerta a la aplicación por analogía o por mayoría de razón, esto es, a la inseguridad jurídica. En esta medida, el destinatario de la norma queda a expensas de la interpretación del juzgador. Frente a ello se podrá sostener que la solución puede encontrarse en el proceso legislativo que llevó a la creación del tipo penal, sin embargo, cabe observar que en los dictámenes que se emitieron en ambas Cámaras únicamente se reprodujeron los argumentos que de raíz traía la propuesta inicial, tal y como lo demuestra el hecho de que hasta el final en ellos se sostuviera que se coincidía en la necesidad de “tipificar la participación que se tiene en un grupo delictivo, específicamente aquella relacionada con el acordar o preparar la comisión del delito de delincuencia organizada, y además determinen los medios para ello”. Por lo tanto, por esta vía no es posible extraer los criterios legislativos que den luz sobre el alcance del tipo penal.

¹⁰⁶ Vid. tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰⁷ Cfr. Kuhlen, L., “IX. Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía”, AA. VV. en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, traducción de Nanze, A., Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 156, 157 y 158.

¹⁰⁸ Cfr. Caruso Fontán, M. V./Pedreira González, F. M., *Principios y garantías...*, cit., p. 169.

¹⁰⁹ Cfr. Primers Sala, Tesis 1a./J. 133/2011 (9a.), jurisprudencia constitucional-penal, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 3, p. 2118.

¹¹⁰ Cfr. Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis X.2o. J/22, jurisprudencia penal, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo II, mayo de 2008, p. 879.

¹¹¹ Cfr. Primera Sala, Tesis 1a./J. 54/2014 (10a.), jurisprudencia constitucional, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 8, julio de 2014, Tomo I, p. 131. En similar sentido vid. Pleno, Tesis P./J. 100/2006, jurisprudencia constitucional-administrativa, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIV, p. 1667.

A esto hay que añadir que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que también sirvió de referente para incorporar la medida, no fue interpretada correctamente, dado que ni siquiera se identificó en su contenido la disposición adecuada, siendo que si en realidad se trata de un acto preparatorio a la comisión de los delitos-fin se debe invocar el subinciso i) del inciso a) del artículo 5 de este instrumento jurídico internacional, y no, como se hizo en el proceso legislativo, el subinciso ii) del inciso a) del apartado 1 de este mismo artículo 5, y ello, por la elemental razón de que en éste en realidad se recoge la figura del “integrante” de la organización criminal. Ciertamente, otro problema al que se enfrenta este nuevo tipo penal es de base y tiene que ver con un error de apreciación sobre la medida de Derecho penal internacional a partir de la cual se pretende sustentar su creación.

Por donde se mire, el artículo 2 Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es una clara manifestación del Derecho penal del enemigo. Si con él se sancionan los actos preparatorios a la comisión de los delitos fin no disminuye la preocupación, pero ésta se muestra con mayor contundencia cuando ni siquiera podemos definir cuál es la naturaleza jurídica de dicho tipo penal, esto es, si se trata de un acto preparatorio o si, por el contrario, criminaliza los actos de acordar o preparar la constitución de una organización criminal. En cualquier caso, la indeterminación converge en el Derecho penal del enemigo.

2.4. Aspectos críticos del Derecho penal militar

Las cosas no mejoran en un ámbito que, por su propia naturaleza, se desarrolla paralelamente al civil, como ocurre con el de la justicia militar. Es más, se puede afirmar que el esquema de represión penal propio del enemigo se proyecta con especial intensidad en este marco de regulación, cuestión que puede comprobarse si se acude a los artículos 275 Bis y 275 Ter del Código de Justicia Militar, por cuanto en estos preceptos se contemplan supuestos de tratamiento penal y procesal penal que recaen sobre los militares que tengan relación con la delincuencia organizada.

En un capítulo al que denomina “Traición a las fuerzas armadas”, el Código de Justicia Militar se remite al concepto de delincuencia organizada del artículo 2º de la Ley federal de la materia,¹¹² pero ello, a los efectos de interpretación de un cúmulo de tipos penales que dedica a esta forma de criminalidad. Concretamente, en el artículo 275 Bis se contempla una figura delictiva que ya tiene su propio tratamiento en los artículos 2 y 4 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que no es otro que el de integración o pertenencia a la estructura organizativa que describe el primero de estos preceptos. En este caso, se trata de un comportamiento que solamente puede agotarse a partir de autoría directa o material, pues el núcleo típico de la acción se reduce al verbo rector de pertenecer dolosamente a una agrupación delictiva,¹¹³ lo que, si bien se configura con un acto instantáneo, en todo caso deberá verificarse la adherencia y disponibilidad del autor para el desarrollo del programa criminal objetivamente pretendido por la organización.

Parece ser que esta descripción típica tiene su correlato en el referido artículo 275 Bis, que impone una pena, sí, como se oye, de “treinta a sesenta años de prisión” para el militar que se incorpore a la delincuencia organizada, incriminación que, por mucho que pretenda justificarse a partir del concepto de disciplina militar y sobre la base del vínculo que la persona tenga con ésta, al menos es de muy dudosa legitimidad material. En esta medida, debe enfatizarse que, tratándose de delincuencia organizada, se pone en peligro un bien jurídico de interés colectivo para todos los sectores y fueros de la población mexicana, de suerte que será la Federación la que deba encargarse de la investigación, acusación y enjuiciamiento de toda persona que tenga vínculos con la delincuencia organizada. Ahora bien, si se invoca el razonamiento de que, sin perjuicio de ello, la justicia militar debe intervenir por tratarse de militares, entonces, se estaría incurriendo en una muy grave vulneración al principio *ne bis in idem*. Este principio, de consagración universal y que reconoce nuestra Constitución Federal en su artículo 23, constituye un derecho humano de contenido procesal del que no

¹¹² Vid. último párrafo del artículo 275 Bis del Código de Justicia Militar.

¹¹³ Vid. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Tesis II.2º.P.J/1(10ª.), Jurisprudencia penal, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXII, julio de 2013, tomo 2, pág. 1178; Plenos de Circuito, Tesis: PC.II. J/3 P (10a.), Jurisprudencia, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Tomo II, junio de 2014, p. 1084.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

puede ser despojado el ser humano, huelga decirlo, sea o no militar.

Sin embargo, esta vertiente procesal del *ne bis in idem*, que textualmente reconoce el artículo 23 de la Constitución federal, también tiene su significación material, esto es, su proyección en el ámbito estrictamente penal que corporiza, por lo tanto, el principio material de que “nadie debe ser castigado dos veces por la misma infracción”. De este modo, se trata de evitar la duplicidad en la incriminación por supuestos idénticos por lo que se refiere al sujeto, al hecho mismo y su fundamento.¹¹⁴ A partir de ahí, se fortalece mi planteamiento con respecto a la pugna que se da entre dos legislaciones paralelas en la que una de ellas es de tal fragilidad que debe ser bloqueada en aras del Estado de Derecho, de suerte que aquí también despliega sus efectos el concurso aparente de leyes penales que, precisamente, da pauta a la aplicación de la norma que mejor se amolde al supuesto del hecho, aunque también es verdad que no es necesario acudir al principio de especialidad dado que, en este contexto, ni siquiera debería ponderar si en asuntos de delincuencia organizada pueden aplicarse las sanciones del Código de Justicia Militar.

Lo anterior debe analizarse desde la óptica del tipo de injusto y, en lo esencial, cuando se cuenta con una ley especial que integra un tipo penal destinado a la protección de un bien jurídico de titularidad colectiva que se aplica a un caso concreto que en él encaja, quedando hasta ahí limitado el Estado para tener injerencia penal. Si por el contrario se argumenta que también corresponde a la justicia militar conocer de esos hechos en los que participó ese mismo sujeto y a quien ya se le aplicó una pena por ello, está claro que se vulnera el *ne bis in idem*, sin que tenga relevancia alguna, como ya señalé, que se pretenda justificar la intervención por la vía de un contenido de injusto diferente, aunque sólo sea aludiendo a un régimen jurídico y un objeto de protección diferente. En definitiva, se trata de delincuencia organizada, que tiene su propia esencia típica y regulación específica, y en esa dirección debe desplegarse la reacción estatal.

Lo mismo cabe observar de un conjunto de acciones delictivas que se integran en el artículo 275 Ter del Código de Justicia Militar, para las cuales se dedica el mismo rango de pena que va de quince a sesenta años de prisión. De este modo, se sancionan

actividades de muy distinta naturaleza y grado de intervención en el hecho, de tal manera que es posible encontrar, desde actos de participación como la inducción elevada a grado de autoría, pasando por ciertas actividades de colaboración en hechos concretos, hasta diversas formas de omisión.

Bibliografía

- AA. VV., en *Pena y Estado*, dirigido por Juan Bustos Ramírez, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1995.
- Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999.
- Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1994.
- Cancio Meliá, M., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006.
- Cancio Meliá, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en *Delitos de organización*, BdeF, Argentina, 2008.
- Caruso Fontán, M. V./Pedreira González, F. M., *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*, Euro Editores/B de F Ltda., Madrid, 2014.
- Cobo del Rosal, M./Quintanar Díez, M., *Instituciones de Derecho penal español. Parte general*, CESEJ, Madrid, 2004.
- Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Díez Ripollés, J. L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002.
- Feijoo Sánchez, B., “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vols. I, coordinado por Cancio Meliá / Gomez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.
- García Pablos de Molina, A., *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978.
- García Ramírez, S., *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, Porrúa, México, 2000.

¹¹⁴ Cfr. Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T. S., *Derecho penal...*, cit., pp. 91 y 92

- Gómez-Jara Díez, C., “Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: sobre la necesaria orientación de la normativización jurídico-penal”, AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, coordinado por Cancio Meliá / Gómez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.
- Hassemer, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. AA. VV., en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (traducción de Spínola Tártalo, B.), Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Jakobs, G., “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”. AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá/Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006.
- Jakobs, G., “¿Terroristas como personas en Derecho?”, AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá / Gómez- Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006.
- Jakobs, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de Derecho penal*, traducido por Peñaranda Ramos, E. / Suárez González, C. / Cancio Meliá, M., Civitas, Madrid, 1997.
- Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006.
- Jakobs, G., “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, AA. VV., en *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, traducción de Manso Porto, T., CGPJ, 2000.
- Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, traducido por Cuello Contreras / Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Jakobs, G., *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducción de Manso Porto, T., Thomson/Civitas, Madrid, 2004.
- Jakobs, G., *Pena estatal: significado y finalidad*, traducción de Cancio Meliá, M./Feijoo Sánchez, B., Civitas, Navarra, 2006.
- Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez, B., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- Kuhlen, L., “IX. Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía”, AA. VV. en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, traducción de Nanze, A., Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 2010.
- Martínez-Buján, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Merino Herrera, J., *La protección de testigos en el marco de la persecución penal de la delincuencia organizada*, Inacipe/BOSCH, México, 2013.
- Muñoz Conde, F./García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Neumann, U., “Derecho penal del enemigo”, AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, coordinado por Cancio Meliá / Gómez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.
- Ortiz Dorantes, A., *El delito de lavado de dinero*, Porrúa, México, 2011.
- Palma Herrera, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, EDERSA, Madrid, 2000.
- Pedreira González, F. M./Merino Herrera, J., “EL «Derecho penal del enemigo» como método de lucha contra el narcotráfico”, *Derecho penal mínimo*, núm. 10, octubre de 2012.
- Polaino Navarrete, M./Polaino-Orts, M., “Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos”, AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, coordinado por Cancio Meliá / Gomez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.
- Polaino Navarrete, M./Polaino-Orts, M., *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Grijley, Perú, 2004.
- Roxin, C., “¿Es la protección de bienes jurídico una finalidad del Derecho penal?, AA. VV., en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (traducción de Ortiz de Urbina, G. I.), Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Schünemann, B., “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desantención teórica”, AA.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparables de la política criminal mexicana

VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, coordinado por Cancio Meliá / Gómez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.

Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, BdeF, Argentina, 2010.

Terradillos Basoco, J. M., “Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado 'Derecho penal del enemigo'”, AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, coordinado por Cancio Meliá / Gómez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal