

Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo

Rogelio Barba Álvarez¹

Sumario: I Introducción. II Breve síntesis sobre la teoría del derecho penal del enemigo, III Bases para su construcción. IV Características del derecho penal del enemigo. V. El derecho penal del enemigo en México. VI Consideraciones criminológicas. VII Conclusiones.

Resumen: Sobre la teoría del derecho penal del enemigo se concentra el objeto de estudio de la criminología, esto es la persona como no ciudadana o no reconocida por el Estado, desde una perspectiva criminológica el tema más actual del derecho penal encierra un gran interés interdisciplinario, para conseguir los fines científicos; aportar una explicación de este fenómeno que actúa de manera deliberada hacia las instituciones estatales plenamente reconocidas por el pacto social.

Palabras clave: Derecho penal del enemigo, la persona como objeto de estudio criminológico, las actividades criminales.

I. Introducción

El llamado derecho penal del enemigo, tiene su nacimiento en 1985 por Günter Jakobs, concretamente en un artículo sobre la cuestión de la criminalización de conductas en el ámbito previo desde la política criminal² por uno de los juristas más brillantes y reconocidos en el derecho penal actual³, no es hasta el presente milenio cuando su discusión doctrinal cobra verdadera relevancia científico-jurídica⁴, y quizás, a raíz de los actos terroristas del

¹ Doctor en Derecho penal y Criminólogo por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Investigador de la Universidad de Guadalajara y del Sistema Nacional de Investigadores, CONACYT.

² En Alemania en la Revista de ciencia penal ZStW. N. 97. 1985. pp. 753 y ss.

³ Luigui Ferrajoli El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. Roma. 2006. Luis Flavio Gomes. Río de Janeiro Brasil. 2006. Muñoz Conde F. El Derecho penal del enemigo. INACIPE 2004. Silva Sánchez J., M. La expansión del derecho penal. Madrid. 2000.

⁴ Existe una verdadera fascinación e inquietud por parte de juristas de todo el mundo para tratar este tema tan sugestivo, provocador y escandaloso del derecho penal del enemigo de Günter Jakobs, que penalistas, filósofos y criminólogos se reúnen para discutir el tema, cabe señalar la basta bibliografía que ha generado esta posición de tan ilustre prof. alemán: El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal, Luigui Ferrajoli. *Questione Giustizia* 2/2006. El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo." Luis Gracia Martín Valencia 2006. "Direito penal" do inimigo e os inimigos do direito penal. Luis Flavio Gomes y Alice Bianchini. *Revista Ultima Ratio*. Año 1. No 0. Rio de Janeiro 2006. La expansión del derecho penal. Silva Sánchez J. M. Madrid. 2001. Tendencias atuais em direito penal e política

11/09/2001 a las Torres gemelas en N. Y., es donde parte la segunda fase de mayor interés para el llamado derecho penal del enemigo, como la manifestación más evidente e inequívoca de un acto típico de enemigo. Este hecho ejecutado por el terrorismo religioso⁵, se pondera como el principal acto señalado para

criminal. tradução de Helga Sabotta de Araujo, em Revista Brasileira de ciencias Criminais (Ibccrim). No. 47. Sao Paulo: RT. Março-abril 2004. tolerancia zero ao direito penal do inimigo Muñoz Conde F. Revista electrónica de ciencias Jurídicas. RECJ0101/05 www.pgj.ma.gov.br/ampem1.asp. consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. Gracia Martín. RECPC07-02-2005. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. Crespo Eduardo. Ciencias penais. Ano 1. Sao Paulo. Julio-dezembro de 2004. il diritto penale di fronte al "nemico". M. Donini. Milano 2004. Derecho de enemigo o derecho penal del ciudadano. Jakobs G. Bogota, 2005. Guerra y derecho penal de enemigo. A. Aponte. Bogota. Buscando al enemigo: de Satán al derecho penal cool. Zaffaroni R. Milano. 2006. Nemici e criminali. Le logiche del controllo. Milano 2006. Derecho penal del enemigo: garantía estatal de una "libertad real", del ciudadano. Una glosa a Miguel Polaina-Orts, de Caro Jhon J. A. Cuadernos de Política Criminal. Madrid. 2007, Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto. Miguel Polaino Orts. Lima. 2006, Nota sobre el derecho penal del enemigo (replica al prof. Caron Jhon), Polaino Orts, M. CPC. Madrid. 2006. El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho. Feijóo Sánchez B. Estudios penales y política criminal. México. 2006. los indeseados como enemigos, la exclusión de seres humanos del status personae, Silva Sánchez J.M. RECPC 09-01, 2007. Bases teóricas del "nuevo" derecho penal scmittiano: el derecho penal y procesal penal del "enemigo". Portilla Contreras G. Derecho penal u sistema penitenciario, problemáticas en la contemporaneidad. IUS revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla. N. 19 2007.

⁵ Uno de los problemas fundamentales de la definición del terrorismo reside en la naturaleza subjetiva del terror, puesto que el terror, es utilizado comúnmente por la delincuencia tradicional o como se conoce en la dogmática penal, los delitos de derecho penal nuclear, como son: narcotráfico, robo a bancos, asalto a mano armada, secuestros etc. La compleja acción recíproca entre las fuerzas subjetivas y las respuestas individuales, frecuentemente irracionales, dificultan mucho más la definición de terror y su estudio científico. Por tal motivo, como también por su inherente naturaleza ideológica, los investigadores del comportamiento han tendido hasta no hace mucho tiempo, soslayar la cuestión del terror y del terrorismo, han estudiado en particular a los líderes, regímenes y gobiernos responsables del desarrollo de teorías y criterios explícitos del terrorismo, o han intentado valorar las condiciones previas socio-económicas y políticas para el terrorismo y las consecuencias de éste. Lo primero que apreciaron estos autores fue que el uso del terror no tiene por qué estar motivado políticamente. No hay duda de que los delincuentes convencionales recurren cada vez más a tácticas de tipo terrorista para obtener ventajas personales y otros actos delictivos que nos consternan día con día nos producen terror y por ello cambiamos nuestros hábitos y costumbres cotidianas, estigmatizando aquellas zonas y circunstancias donde ha ocurrido el drama criminal, tratando de evitarlas. Finalmente, algunos miembros de la sociedad, aburridos, sádicos, o simples delincuentes, pueden aterrorizar a otros para dar expresión a sus frustraciones, descargar sus iras o intervenir en actos simbólicos de protesta contra la sociedad. A veces se hacen confusas las diferencias entre las distintas formas de terrorismo porque los delincuentes o sicópatas que emplean tácticas de terror pueden pretender legitimar sus actos adoptando consignas políticas, estas desorientaciones, junto con el uso de la palabra terrorismo casi siempre como término peyorativo para referirse a acciones de alguna organización opuesta, hacen casi insolubles los problemas de definición. Por todo esto los actos cometidos por medio del terror tanto la delincuencia tradicional o la ejecutada por personas con desequilibrios emocionales no constituye terrorismo, puesto que se puede utilizar el terror para fines delictivos o personales. El terrorismo religioso o fanático se encuentra representado principalmente en el medio oriente y su arquetipo esta motivado por la creencia religiosa, principalmente la musulmana, los actos que motivan al terrorista religioso no son por un mandato de la norma jurídica sino por una norma más allá de su conciencia, inculcada desde pequeño en las llamadas madrazas.

identificar a los enemigos, según la teoría de Jakobs, donde además los crímenes económicos, la delincuencia organizada, la delincuencia sexual y otras infracciones penales graves como el parricidio y el secuestro son, el conjunto de conductas criminales, a los que el derecho los debe señalar como enemigos⁶. Precisamente el “enemigo”, forma parte del presente estudio, desde el punto de vista de la antropología criminal el hombre delincuente, es lo que marca la pauta para el estudio e identifica la orientación positivista, conocida como criminología. Esta ciencia reconocida a principios del SXX⁷, orienta los estudios hacía la persona del delincuente, desde un método interdisciplinario como un ente bio-psico-social, si el enemigo es considerado no-persona por su actitud beligerante en contra de la norma establecida, o por el contrario la persona considerada enemiga es aquella que por sus características personales y por su peligrosidad, no se le deben reconocer ciertos derechos constitucionales, entonces trataríamos de despejar y delimitar a la persona que por sus actividades y por su negativa al curso jurídico de comportamiento no es apta para seguir en la sociedad plenamente constituida tal y como lo señala Jakobs en su teoría, la pregunta sería como reconocer al enemigo o como identificarlo más allá de ese comportamiento ejecutado en contra de la sociedad y más que debemos de hacer con él.

Pero esto además ya teniendo plena identificación, no se podría confundir con aquellas personas que se encuentran marginadas de la sociedad, por otras causas endógenas, no estaríamos, provocando un derecho de exclusión de personas indeseadas por el solo hecho de no pertenecer a la escala de valores reconocida por la sociedad, en este caso la criminología trataría de resolver este tipo de dudas, las cuales se acrecentan con el tratamiento a esos enemigos, coartando los fines de la pena, al establecer constitucionalmente que el fin de ésta sería la resocialización del delincuente.

Esta exclusión de enemigo del derecho se manifiesta en el racismo, tal y como se expresa en las leyes norteamericanas con la injustificación de la base de Guantánamo, el señalar al terrorista como sinónimo de pulsión homicida irracional, sirve para caracterizar al enemigo como no humano, no persona, que no

⁶ Günter Jakobs/Cancio Meliá. Derecho penal del Enemigo. Buenos Aires. 2005. p. 39.

⁷ García- Pablos de Molina A. Manual de Criminología. 1996, p 15 y ss. Este autor menciona que la criminología como ciencia es reconocida a principios del S. XX, después de una atormentada relación con el derecho penal.

merece ser tratado con los instrumentos del derecho ni con los de la política⁸. Esta teoría se sumerge en la clara identificación de la biotipología criminal, asociado al enemigo y como consecuencia de una nueva y radical asimetría entre unos y otros, o mejor aún la diferencia entre “ellos” los malos las no- personas y nosotros los “buenos” los ciudadanos. Alejada esta teoría de los principios del derecho penal liberal será motivo para enriquecer este apasionante tema de actualidad.

II. Breve síntesis sobre la teoría del derecho penal del enemigo.

Jakobs preocupado por los peligros de la nueva sociedad de riesgos, y partiendo de las construcciones contractualistas del Estado de Hobbes, Kant, Rosseau y Fichte⁹ propone el Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) en oposición al de los ciudadanos (*Bürgerstrafrecht*). Según este autor, el *enemigo* es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta.

El tránsito del *ciudadano* al de *enemigo* se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas¹⁰. Y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de *peligrosidad*, a la que habría que hacer frente de modo expeditivo a través de un ordenamiento jurídico especial. Así, esta modalidad de Derecho podría interpretarse como un Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos.

⁸ Luigi Ferrajoli. *op. cit.* p. 11.

⁹ Según dichos autores, citados por Jakobs, estiman que cualquier malhechor que ataca al derecho social deja de ser miembro del Estado, imponiéndole la pena al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano, siguiendo a Fichte “quien abandona el contrato social pierde sus derechos como ciudadano y como ser humano pasando a un estado de ausencia completa de derechos”, Hobbes y Kant coinciden al estimar que quien manifiesta su constante aberración a la sociedad y al Estado plenamente constituido, quien no acepta un estado comunitario legal debe ser tratado como enemigo *vid.* Jakobs. *op. cit.* p. 26.

¹⁰ Barba Álvarez R. *op. cit.* pp. 142 y ss.

El argumento iusfilosófico se encamina hacia la persona que no quiera aceptar las reglas establecidas jurídicamente, ésta no puede disfrutar de los beneficios del concepto de persona, por lo tanto el enemigo es una no-persona, como no es una persona se socavan para éste las garantías procesales¹¹.

Estaríamos así ante un derecho de emergencia¹², en la que la sociedad ante la situación excepcional de conflicto creada, renuncia a sus garantías personales contrario a los principios liberales del Estado constitucional y democrático de derecho. Estas características del derecho material punitivo también se trasladan al Derecho Procesal y se hacen visibles ante determinados imputados “peligrosos” mediante mecanismos de control sui generis como la prisión preventiva, la incomunicación, las intervenciones telefónicas, los agentes encubiertos, propuestas que ya se encuentran tratadas en las legislaciones especiales¹³ de ciertos países, Esto conlleva al desarrollo y propuesta de la expansión del derecho penal que Silva Sánchez¹⁴ propone, el cual pareciera que su crecimiento es inevitable.

Por lo tanto el enemigo debe de ser tratado como un objeto de coacción, al no ostentar el status de persona, el ciudadano después de cometer un acto delictivo continua con su status de persona, al enemigo no se le puede imponer una pena sino con una medida de seguridad predelictual, por su peligrosidad por el daño futuro el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma mientras que el derecho penal del enemigo combate primordialmente peligros, a todo esto se formulan las siguientes consideraciones:

III. Bases para su construcción.

Sucintamente podemos advertir que el derecho penal del enemigo puede resumirse mediante: la flexibilización del principio de legalidad, al describir vagamente tipos penales y las penas correspondientes, la inobservancia de los principios rectores de un

¹¹ Sus principales fundamentos de la construcción de su teoría en Jakobs, Günther-Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo. op. cit.* pp. 21-56.

¹² Luis Flavio Gomes/ Alice Bianchini, *Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal, Ultima Ratio.* Rio de Janeiro. Año 1. No. 0. 2006. p. 354.

¹³ Ley Federal Contra la Delincuencia organizada, aprobada y publicada en el DOF 2006 México y la Ley de Enjuiciamiento criminal Española, etc.

¹⁴ SILVA SANCHEZ, J. *op. cit.* p. 163.

derecho penal enmarcado en un estado de derecho, proporcionalidad, mínima intervención, fragmanteriedad, etc., aumento desproporcionado de las penas, creación de nuevos delitos, endurecimiento sin causa de la exclusión penal, exagerada anticipación de la tutela penal, eliminación de derechos y garantías procesales fundamentales, proliferación de policías encubiertos en todos los niveles, utilización de medidas cautelares de manera injustificada; interceptaciones telefónicas, ampliación de términos constitucionales en las averiguaciones previas etc.

En este sentido las teorías contemporáneas del derecho penal asientan estas características en un derecho penal simbólico, entendido por Zaffaroni¹⁵ como aquel que se forma en base a: a) fundarse en un hecho nuevo o extraordinario; b) la existencia de un reclamo de la opinión pública a su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo; c) la sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal liberal (vulnerándose principios de intervención mínima, de legalidad -con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro-, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de resocialización del condenado, etc.); d) los efectos de esa legislación *para el caso concreto* sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan a la sociedad una sensación de solución o reducción del problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente¹⁶, dando nacimiento a un *Derecho Penal simbólico*¹⁷.

Por lo tanto el derecho penal del enemigo se fusiona con la “expansión del derecho penal”, y el “derecho penal simbólico” hacia la protección de bienes jurídicos de nuevo cuño, en base a intereses legítimos de la sociedad necesitada de protección por las nuevas agresiones del “enemigo”, mientras que también se fortalece el derecho “penal simbólico”, la sociedad al verse necesitada de protección por ataques que contravienen sus derechos, el estado justifica el ejercicio del “ius puniendi”, para incorporar nuevos tipos penales y aumentar las penas a delitos que la sociedad “aclama” con vehemencia, en consecuencia los derechos más fundamentales, como el libre tránsito, la intimidad

¹⁵ Luis Flavio G., Alice B., op. cit. p.337 y ss.

¹⁶ *Ibidem.* p. 617.

¹⁷ Barba Álvarez R. y Gorjon Gómez F. J. Apuntes sobre el derecho penal mínimo y el derecho penal máximo. Estudios Penales y Política criminal. México. 2006. pp. 501 y ss.

etc. serán renunciados con el fin de proporcionar seguridad y protección a los ciudadanos.

IV. Características del derecho penal del enemigo.

1. El derecho penal mínimo no es considerado en esta teoría.
2. La peligrosidad del delincuente es ponderada como consecuencia de la abolición del principio de proporcionalidad.
3. La atribución a la policía se desproporciona de manera exagerada.
4. Las pruebas de descargo por parte de los agentes encubiertos rebasa los límites de los derechos del reo.
5. El esquema bélico del derecho penal de enemigo contradice radicalmente la idea misma del derecho penal en todos sus elementos y momentos, primeramente, en el modo de concebir el tipo penal y, luego en la concepción del juicio¹⁸
6. Las penas privativas de libertad se ponderan como mecanismos adecuados para cubrir las necesidades de protección jurídica y la neutralidad de los delincuentes peligrosos.

V. El derecho penal del enemigo en México.

Las políticas públicas orientadas a la protección y seguridad ciudadana en México, comienzan con la preocupación y puesta en marcha del gobierno-sociedad en la mega manifestación ocurrida en el gobierno de Vicente Fox, y del que se destaca el programa de seguridad nacional con los 10 puntos del gobierno federal para la luchar contra la criminalidad, sin embargo tenemos que pasados los años la criminalidad se mantuvo, no se pudo controlar. Con la llegada del presidente Felipe Calderón, se inician los operativos militares en diversas entidades de la República con resultados muy cuestionados, alertados por el clamor social el presidente en un

¹⁸ Luigui Ferrajoli, op. cit, p. 12.

discurso proclamado en la Ciudad de Monterrey, pone en marcha el programa “Limpiemos México”, en el que aborda al “enemigo”, “enemigos de México”, y “adversarios”, por un lado hace mención de la lucha contra el “crimen organizado”.

En este sentido, como lo hemos señalado¹⁹, delincuencia organizada no puede ser sinónimo de crimen organizado porque delincuencia organizada tiene connotaciones internacionales mientras que el crimen organizado es aquel en el que se reúnen un grupo de personas para delinquir sin estructura formalizada²⁰, mientras que las organizaciones criminales reconocidas por las instituciones internacionales cuentan con características que las hace diferentes de la concepción anterior, así mismo no podemos aceptar que existen 100 mafias operando en México²¹, lo más adecuado es mencionar que existen organizaciones de corte mafioso, pues mafia solo hay una²². “Limpiemos México”, contiene puntos irracionales que provocan el “no derecho”, se relajan los principios constitucionales al autorizar la violación de derechos fundamentales a los menores, con el subprograma de “mochila segura”, se trata de recuperar los espacios marginando a los vagabundos, excluyéndolos de los parques y jardines, crear zonas de tolerancia para la prostitución y criminalizando las conductas antisociales como la drogadicción y la vagancia. Mientras que la

¹⁹ Barba Álvarez R. La criminología en el estudio de la delincuencia organizada. CPC. Madrid. 2001.

²⁰ En primer lugar, empieza a contraponer el término; así el vocablo criminalidad organizada y crimen organizado, el primero hace referencia de manera general, involucra las características que establece la ONU, INTERPOL O EUROPOL, de una manera analítica y subjetiva, mientras que el segundo hace referencia a la actividad concreta al (delito) llevada a cabo por estos grupos, así mismo éste último, puede ser crimen organizado a toda conducta tipificada por la ley y que se encuentra en el Código Penal y con la característica que para llevarlo a cabo sea necesario organizarse entre dos o mas personas, actividad que por lo regular realiza la delincuencia común, sin una organización herméticamente estructurada, sin jefe ni escalas jerárquicas, ni mucho menos códigos secretos para acceder, y por esta naturaleza no tiene efectos trascendentales a escala internacional.

²¹ El Subprocurador José Luis Santiago Vasconcelos, en conferencia de prensa afirma la existencia de 100 mafias. Periódico Público Milenio. 2006.

²² Contraposición entre mafia y delincuencia organizada; la mafia puede ser un modelo tácito de delincuencia organizada con todos los requisitos para etiquetarla, pero la mafia mas bien hace referencia a la delincuencia organizada en el interior de Italia junto a la Ndrángueta Calabresa, Camorra Napolitana o la Cosa Nostra estadounidense, la mafia tiene otra acepción por ejemplo como lo describe CARLO A. CARANCI, dice que la mafia no es una organización, ni una sociedad secreta, sino un método, para vivir en la sociedad siciliana, este es un ejemplo de tantos que pueden existir con relación a la mafia, pues se ha escrito mucho de este tema de diferentes puntos de vista, sociológico, psicológico, criminológico, y legal.

norma penal positiva sufre de la hipertrofia legislativa al crearse la figura del “Feminicidio”, como tipo penal que atenta contra las mujeres, se crean las figuras penales de turismo sexual, y existen tres leyes estatales contra la delincuencia organizada en Baja California, Morelos y Jalisco, que reconocen el derecho premial, el falso colaborador y los procedimientos sumarísimos donde se extienden las facultades de los policías para la persecución de los delincuentes²³

VI. Consideraciones criminológicas.

La criminología como ciencia de la generosidad rechaza los principios del derecho penal del enemigo, es la ciencia de la esperanza, que a través de los mecanismos jurídicos y no jurídicos se logre la anhelada paz social perturbada, la persona delincuente, forma parte del objeto de estudio, en este caso donde se niega al delincuente el status de persona, la criminología perdería su razón de ser, porque aunque el hombre delincuente cometa los delitos más atroces nunca negará su status, con la finalidad de que el hombre que cometió aquel delito pueda ser reintegrado a la sociedad, un sector de esta doctrina positivista aceptaba la pena de muerte del infractor, pero con carácter de persona, con la finalidad de aplicar la prevención general. La criminología como ciencia interdisciplinaria establece su relación con cada uno de los fragmentos del sistema penal así podemos señalar las siguientes consideraciones donde la criminología tiene estrecha relación:

- a) Sobre el derecho penal actual.- no podríamos hablar de un derecho penal “bueno”, o benevolente porque entraríamos a una grave contradicción, no existe en el mundo tal consideración, lo que si podemos encontrar es un ordenamiento penal configurado con todas las reglas necesarias para la ejecución de las penas con la naturaleza de protección de bienes jurídicos imprescindibles de tutela y sobre la prevención de conductas contrarias al derecho que deben ser sancionadas por el ejecutivo con la finalidad de reinserción,

²³ La Ley Contra la delincuencia organizada del Estado de Baja California, en sus artículos del 22-24, incorporan el derecho premial en el sentido de ofrecer al colaborado de la justicia beneficios, así la Ley Estatal contra la delincuencia organizada para el Estado de Morelos, en sus artículos del 10 al 12, en el mismo sentido, La Ley Contra la delincuencia organizada para el distrito federal en sus artículos del 23-27, señalan esta prerrogativa, y la ley contra la delincuencia organizada de Jalisco en su artículo 5 menciona este derecho premial.

al impedir nuevos delitos por la prevención especial positiva, la represión que caracteriza al derecho penal, actualmente pierde su legitimidad y por demás su eficacia al imponer penas y medidas de seguridad irracionales, el caso mas ejemplarizante lo podemos resumir en la penalidad del homicidio calificado que puede llegar hasta los 60 años.

- b) Principios imprescindibles de Beccaria: El principio de legalidad de los delitos y de las penas constituye una de las limitaciones más importantes del poder punitivo del Estado. Se expresa de la siguiente forma: ningún hecho puede ser estimado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal (*nullum crimen sine lege*); no podrá aplicarse ninguna pena que no haya sido previamente establecida por la ley (*nulla poena sine lege*). Su formulación latina (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) procede de Von Feuerbach, que lo expone en relación con su teoría de la pena como coacción psicológica. A esta previsión legal se le asigna la consideración de hechos punibles como tipos de acción, y no como tipos de autor, se sanciona por lo que se hace, no por lo que se es, se trata de identificar los hechos constitutivos de delito a través de un examen legal bajo el ordenamiento de bienes jurídicos tutelados, en dirigir el juicio a la ratificación de la prueba de los hechos y no de la mala interpretación o abuso sobre las personas culpables. Consecuencias de la proclamación del principio de legalidad.

Es reiterada la doctrina que deduce que el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal implica, por lo menos, tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, en el caso del derecho penal del enemigo este principio fundamental en los pensamientos de Beccaria se ven amenazados, al castigar por lo que se es y no por lo que se hace²⁴, el derecho penal como última ratio del estado se invierte en este esquema, al ponderar conductas que en su momento pueden ser o debieran ser atendidas por otros ordenamientos jurídicos, tal es el caso del graffiti en Jalisco, en el

²⁴ Luigi Ferrajoli. *op. cit.* p. 13.

que la conducta reincidente se eleva al rango penal, esto es la última ratio se consagra como prima ratio del Estado, el principio de proporcionalidad es amenaza con el derecho penal del enemigo Indica que la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponderse con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto, respectivamente,

El derecho penal en México no considera este principio para establecer debidamente las penas congruentemente con el hecho cometido, destacamos la penalidad del homicidio calificado en las entidades del Chihuahua que alcanzan la pena de hasta 50 años, mientras que en el D. F. son de 50, en la Estado de México legan hasta 60, mientras que para el Estado de Jalisco 40. Principio de Intervención Mínima, El Derecho penal esta dirigido a posibilitar la vida del hombre en sociedad ordenando las relaciones humanas y protegiendo bienes jurídicos que son estimados como fundamentales para la convivencia, en el caso que nos ocupa la convivencia la marca las sociedades de mayor protección jurídica, las más privilegiadas, considera que la homosexualidad, debería ser castigada, mientras que para los delitos de corrupción de menores se equipara con la homosexualidad, se preocupan en algunas entidades más por la homosexualidad que por la indemnidad sexual²⁵.

Principio de Presunción de Inocencia, En el Derecho Penal no encuentra una proclamación expresa, pero si orienta algunos de sus contenidos. Fundamentalmente supone un limite frente al legislador, que actúa paralelamente y en coordinación con el principio de culpabilidad, desterrando normas penales que concreten sus contenidos sobre presunciones de culpabilidad o de realización de determinados hechos, este principio se desvanece al negar al “enemigo” cualquier capacidad jurídica para defenderse, pues al momento de identificarlo como un delincuente de peligrosidad futura, sus derechos y en especial este principio desaparecen.

Principio de Necesidad. De lo expuesto para los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, esencialmente del primero de ellos, se deduce la defensa del principio de necesidad de pena como exigencia adicional a la culpabilidad. La pena adecuada a la medida de culpabilidad tendrá que ser, además, necesaria para responder a las exigencias de la prevención general y de la

²⁵ Vid. Código penal de Jalisco en sus artículos relacionados.

prevención especial. c) función de la prisión, a raíz de los postulados de Beccaria a finales del S. XVIII, el sistema penitenciario se orientó hacia la humanización de las condenas, al proponer la higiene en los reclusorios, la separación de los presos, los alimentos suficientes y sobre todo los programas de readaptación social, con el fin de reinsertar al hombre en sociedad, actualmente el sistema penitenciario prolifera la mala alimentación de los presos, el hacinamiento, la sobrepoblación²⁶, el tráfico de drogas, por lo que la prisión se vuelve un ejercicio retribucionista, al no generar las expectativas que la sociedad exige, la prisión es retribución de un mal al mal cometido, así el derecho penal se potencializa de manera perversa para el reo con prácticas punitivas y totalmente represivas, volvemos con el ejemplo de las cárceles que se encuentran en Guantánamo y en Medio Oriente.

El derecho penal del enemigo amenaza seriamente a los instrumentos jurídicos racionales establecidos, y se erige orientado a dominar castigando a los miserables, a los pobres, marginados, excluidos, drogadictos, alcohólicos, homosexuales, prostitutas y travestidos, potencializa su ejecución para penar a los poderosos, a la criminalidad organizada, los terroristas, secuestradores, violadores etc. se establece además de manera trágica, diabolizando algunos grupos de delincuentes, el derecho penal para el ciudadano en un Estado social y democrático de derecho puede ser hasta un pleonismo, mientras, mientras que el derecho penal del enemigo es una contradicción, como si dijéramos un no derecho para el no ciudadano.

Criminológicamente el derecho penal del enemigo se identifica como un derecho penal prospectivo en lugar de ser un derecho penal retrospectivo mediante el mecanismo del principio de culpabilidad, pues aquel sujeto exteriorizó su conducta modificando el mundo exterior, mientras que el derecho penal del enemigo identifica al sujeto por su peligrosidad futura.

VII. Conclusiones:

²⁶ En el Centro penitenciario de Jalisco, se pueden encontrar noticias en las que los presos se tienen que turnar el camastro de cemento para dormir, pues en celdas que están previstas para cuatro reos, en verdad asisten 18, noticias que sorprenden como la de un preso que duerme parado sostenido por un gancho. *Vid.* Rocco Palomera. Periódico Público Milenio. 2007.

1. Quien es el verdadero enemigo: el enemigo lo establece Jakobs como aquellos que no renuncian a su *modus vivendi*, pero de manera que cognitivamente nunca podrán adaptarse, mientras que, otros enemigos se encuentran también señalados por la doctrina como los marginados, pero si hablamos de “indeseados”, también en esta teoría podemos señalar a los más desprotegidos por la sociedad, que desgraciadamente y en muchas ocasiones las reformas penales y la política criminal están más orientadas a criminalizarlos que a los verdaderos sujetos peligrosos que señala Jakobs.
2. Luigi Ferrajoli²⁷ apunta que la criminalización de la pobreza en EEUU. ha generado un elevado índice de encarcelamiento hasta llegar a los 2, 500,000 de personas, criminalización que se encuentra aparejada con las ideas de esta teoría, el Estado mexicano se preocupa cada vez por la creación de nuevas cárceles y muchas ocasiones celebra la apertura de las mismas (en la ciudad de Ocotlán Jalisco están construyendo una nueva) en vez de celebrar el cierre.
3. El estado de derecho concebido como el conjunto de reglas, normativas, que rigen a la sociedad para mantener el equilibrio social al respetar las instituciones y todo el conjunto de derechos y libertades de la comunidad no reconoce a los amigos mucho menos a los enemigos, sino únicamente a culpables -bajo la óptica de los principios jurídicos para imputar los hechos (legalidad, proporcionalidad y sobre todo culpabilidad- y a inocentes.
4. La guerra contra el enemigo desde el punto de vista de Jakobs es la negación de una política racional para combatir el verdadero crimen que lleva consigo la protección de bienes jurídicos y la prevención de conductas criminales.
5. Las garantías procesales desaparecen a consecuencia de la flexibilización de los principios de legalidad y de la renuncia de algunos derechos fundamentales, para atribuir

²⁷ Luigi Ferrajoli, *op. cit.* p. 6.

más facultades a las policías y así garantizar la seguridad ciudadana.

6. El derecho penal del enemigo no es derecho.