

*El conocimiento hace libre a las personas,
lo cual es producto del trabajo, estudio,
disciplina, dedicación, pasión y actitud*

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

EN EL DICTAMEN DE LAS Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos, respecto de la minuta de Proyecto de Decreto de la reforma a la Carta, se propuso, de manera paralela al sistema acusatorio, un régimen especial (doctrinariamente se conoce como Derecho Penal del Enemigo),¹ que regule los procesos penales que tratan sobre delincuencia organizada, con la facultad para que el Congreso de la Unión legisle sobre la materia.

El argumento toral se sustentó en la necesidad de establecer nuevos elementos que contribuyeran a mejorar el funcionamiento de nuestro sistema de justicia penal y otorgaran mejores mecanismos para el combate a la delincuencia organizada; con ello, se buscaba responder con mayor efectividad al grave fenómeno delictivo que nuestro país padece, en el que las leyes han sido rebasadas por ese fenómeno, por lo que deben ser adecuadas a la realidad para que el Estado cuente con herramientas suficientes para el combate a esa delincuencia. Por ende, el ministerio público debe contar con mecanismos con los cuales pueda actuar con mayor eficacia y rapidez en las tareas de investigación, por ende, se regulan las medidas cautelares, consistentes en cateos, arraigos, intervenciones telefónicas, entre otras.

El autor Günther Jakobs, en la jornada berlinesa en 1999, enfatizó los tres postulados del Derecho Penal del Enemigo: 1. Anticipación de la

¹ El tema en cita, es analizado en el capítulo correspondiente del libro “Presunción de inocencia”, de mi autoría, no obstante en esta obra ha sido enriquecido, en el tema que ahora nos ocupa analizar.

punibilidad (delitos de peligro); 2. Penas excesivas que corresponden a un derecho de lucha; y, 3. Reducción de las garantías individuales.

Argumenta que se vive un Estado de emergencia que se incrementa en razón de la disminución de la fuerza social: es producto de la desintegración familiar y el multiculturalismo a raíz de las inmigraciones, de modo que la sociedad tendrá enemigos que aparentan ser ciudadanos normales. La coacción pretende ser efectiva, no se dirige contra la persona de derecho sino contra individuos peligrosos, “al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”. En concreto, el autor identifica enemigos en las siguientes áreas: según su actitud, en los delitos sexuales y en supuestos de criminales habituales; según su ocupación, en la delincuencia económica y en la delincuencia organizada: según su vinculación con una organización criminal, relacionada con el tráfico de drogas, el complot para asesinar o el terrorismo. Sostiene que estos grupos de sujetos se han apartado de manera duradera y de modo decisivo del derecho, esto es, en palabras del autor, no prestan la garantía cognitiva mínima para que sean tratados como personas, pues de lo contrario se vulneraría el Estado de Derecho y la seguridad de las demás personas, ya que debemos protegernos de los enemigos, quienes por principio se conducen de modo desviado y por ende, no ofrecen garantía de un comportamiento personal, por ello no pueden ser tratados como ciudadanos, sino deben ser combatidos como enemigos, la guerra tiene lugar en razón del legítimo derecho de los ciudadanos a tener seguridad.²

La postura de Jakobs, en un principio se identificaba con el derecho penal tradicional, que distinguía a los “sujetos” que no se podían comunicar (inimputables) y que por lo tanto se sujetarían a medidas de seguridad; de los que sí se pueden comunicar, personas que están dentro del derecho penal. Entre este grupo, están los que actúan conforme a la norma y los que cometen infracciones a ésta, pero que no la conmovieran seriamente ya que su infracción sólo sería un “desliz reparable”. Sin embargo paralelamente a éstos, existen aquellos que pueden comunicarse y que permanentemente no quieren cumplir con las normas (v.gr. los narcotraficantes); ellos, según la concepción normativista, no pueden ser

² Jakobs *et al.*, *Derecho Penal del Enemigo*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 25-40.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL...

sujetos ni personas, de modo que para ellos va dirigido el Derecho Penal del Enemigo, en donde este tendrá que reaccionar de manera similar a las acciones de éstos, ya que para ellos no puede regir el mundo normativo. Jakobs dice: “el derecho penal del ciudadano es el derecho de todos; *el Derecho Penal del Enemigo es el de aquéllos que responden contra el enemigo y frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra*”; por eso, señala que su propuesta es más sincera de lo que acontece actualmente en la legislación, en donde el derecho vigente, por lo menos contra los terroristas, insistirá en tratarlos como si fueran “personas”, mezclando reglas propias con las del Derecho Penal del Enemigo, que instaura al enemigo en el concepto de delincuente ciudadano (delincuente “normal”) y no debe asombrarse si se mezclan los conceptos de “guerra” y “proceso penal”.

Frente al llamado “Derecho Penal del Enemigo”, caracterizado por una relativización de las garantías penales, materiales y procesales, se opone un “derecho penal del ciudadano”, propio de una sociedad de libertades. Es cierto, que la política criminal moderna no opera, como hace tiempo, con la descriminalización y atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las mismas, se concentra en la creación abusiva de tipos penales abstractos, ocupa campos que constituyen riesgos para la sociedad que abarcan: el medio ambiente, el terrorismo, el narcotráfico, los delitos electorales y los financieros. El modelo garantista caracterizado por la racionalidad y proporcionalidad en la utilización de los medios represivos ante el respeto a la dignidad humana, cede ante un modelo de derecho penal orientado hacia el intervencionismo.

El derecho penal tiene que respetar los derechos humanos de toda persona, la dignidad humana no puede pender del reconocimiento estatal, de lo contrario estaríamos ante un derecho penal de autor en el que se relativizan los derechos humanos para un grupo de sujetos. La dignidad humana y la libertad individual imponen igualdad para todos los individuos sin excepciones, ni siquiera está justificado tratar a los delincuentes como enemigos en situaciones extremas, por más grave y deshumana que haya sido la conducta del infractor, a nadie le está permitido tratar a una persona como un ser desprovisto de sus derechos. No debemos olvidar que el derecho debe actuar siempre como lo que es y no como poder; de otro modo se trataría del aniquilamiento del hombre por el hombre como se ha mencionado. A partir de que permitamos esta violación con

justificación excepcional, estaremos abriendo un peligroso precedente para que otras restricciones vengan a ser hechas, siempre bajo la justificación de protección a los ciudadanos.

Por ello, frente al Derecho Penal del Enemigo, se opone el derecho penal del ciudadano, que tiene como sustento el respeto irrestricto de los derechos humanos de todo gobernado, como principio de un Estado Democrático de Derecho y que cuenta específicamente en el proceso penal con la presunción de inocencia.

LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Desafortunadamente algunos gobiernos han optado por insertar medidas legislativas penales que dan preponderancia a la seguridad de la ciudadanía en detrimento de derechos humanos. México, al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional (Convención de Palermo), en 1996 expidió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y en las reformas al sistema de justicia penal, paralelamente al implementar un sistema acusatorio, la oralidad en el proceso y la presunción de inocencia como piedras angulares de dicho sistema. En razón de que el sistema actual se ha estancado en una estructura burocrática, caduca y obsoleta, que bajo el principio de legalidad ha disfrazado una maquinaria corrupta y disfuncional que ha permitido el aumento de la delincuencia en forma desorbitada, el legislador ha optado por implementar un derecho penal simbólico para acallar los reclamos sociales, bajo la instauración de un derecho de excepción para aquéllos sujetos que sean acusados por delitos de delincuencia organizada. En los artículos 16, 18, 19, 20 y 22 constitucionales reformados en 2008, en cuanto al tema de delincuencia organizada se destaca:

- a) La figura del arraigo, siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia (artículo 16, párrafo séptimo);
- b) El concepto de delincuencia organizada, la cual se entiende como una organización de tres o más personas, para cometer delitos en

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL...

- forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia (artículo 16, párrafo octavo);
- c) La retención del ministerio público podrá duplicar las cuarenta y ocho horas con las que cuenta para ordenar la libertad o poner al indiciado a disposición de la autoridad judicial (artículo 16, párrafo noveno);
 - d) La no aplicación expresa de compurgar su pena en los centros penitenciarios más próximos a su domicilio (artículo 18, párrafo octavo);
 - e) Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias se destinarán centros especiales (artículo 18, párrafo noveno);
 - f) Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos (artículo 18, párrafo noveno);
 - g) Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso, el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal (artículo 19, párrafo séptimo);
 - h) Se acota la garantía de defensa del imputado en virtud de que la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador (artículo 20, inciso B, fracción III);
 - i) En su carácter de inculcado, se otorgan beneficios al procesado o sentenciado, cuando preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos (artículo 20, inciso B, fracción III, párrafo segundo);
 - j) Las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra (artículo 20, inciso B, fracción V, párrafo segundo); y,
 - k) No se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de aquellos cuyo dominio se declare extinto en sentencia.

En cuyo caso, se requiere de un procedimiento jurisdiccional y autónomo del de materia penal, respecto de los bienes:

1. El instrumento, objeto o producto del delito señalado, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
2. Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que haya sido utilizado o destinado a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del número anterior.
3. Los que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
4. Que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño, según indica el artículo 22, párrafo segundo, fracciones I y II, incisos a), b), c) y d).

Al actualizar en el texto constitucional figuras como el arraigo o el duplicar los plazos de la detención para efectuar las investigaciones preliminares por el agente del ministerio público, así como dejar incomunicados a los detenidos o valerse de golpes o de medidas peores como la corrupción de las instituciones investigadoras,³ mantener en reserva el nombre del acusador, o a introducir válidamente en el juicio oral pruebas anticipadas,

³ Un signo especialmente significativo para la identificación del derecho penal del enemigo, es la considerable restricción de garantías y derechos procesales del imputado, la exigencia de la veracidad en el procedimiento, la reducción de las exigencias de la licitud y admisibilidad de la prueba, medidas de intervención de comunicaciones privadas, de investigación clandestina, de incomunicación, de ampliar los plazos de detención con “fines investigadores” y el uso de la tortura, ponen en entredicho, la presunción de inocencia. Cfr. Gracia, Martín, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del ‘derecho penal del enemigo’”, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. I, Edisofer, Buenos Aires, 2006, p. 1058. En el artículo 268 bis, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la detención en casos de delito flagrante es de cuarenta y ocho horas, para que el ministerio público determine ejercer acción penal o dejar en libertad con

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL...

ante el temor de que la delincuencia organizada atente contra víctimas o testigos de cargo (testigos protegidos) y que se produzca una franca reducción de las garantías constitucionales de los sujetos que cometan delitos previstos en la ley de la materia o que pertenezcan a células del narcotráfico; de esta manera, se produce la excepcionalidad bajo la estimación de que ante problemas excepcionales, se requiere de soluciones excepcionales.

En el caso de los países latinoamericanos denominados por Jakobs como “desgarrados por la guerra”, se debe de pugnar por cimentar las bases de una cultura de respeto a los derechos humanos que han sido violentados de manera sistemática en regímenes dictatoriales como es el caso de Argentina y Perú y no apostar por la violación de éstos. El Estado no puede exigir un marco de respeto si él mismo incumple y atropella los derechos humanos de la persona siendo que es el primero que está obligado a forjar y garantizar a sus ciudadanos el estatus de personas. Por lo tanto, se debe defender y retomar la doctrina de los derechos de la persona ante un llamado en contra de la utilidad y la eficiencia del Estado y se requiere lograr el respeto de los derechos existentes, para lo cual la presunción de inocencia es un baluarte fundamental.

EQUILIBRIO ENTRE UN PROCESO PENAL EFICAZ Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El aspecto troncal radica en el reto de buscar un equilibrio entre un proceso penal eficaz que combata la delincuencia pero que sea a la vez respetuoso de los derechos humanos del inculpado. Por esto se requiere de:

El reconocimiento de la presunción de inocencia en la normatividad jurídica internacional como en el derecho interno, concretamente en el ámbito constitucional, obliga a su observancia; de ahí la importancia de que se haya incluido expresamente, como principio informador en la Constitución Federal, porque no es una cuestión de la que podamos prescindir en nuestro actual sistema penal; como se ha advertido, a pesar de

reservas de ley al inculpado, pero en tratándose de delincuencia organizada, el plazo de la detención se puede duplicar.

que México ya ha signado diversos instrumentos internacionales sobre el particular, la imprevisión expresa del referido principio, ha conducido a la carencia de una efectiva y práctica judicial, que postule el respeto de la misma en el proceso penal mexicano, aunado a que su ausencia acentuó las fallas de un procedimiento inquisitivo que ignora la cultura de respeto a la dignidad humana de quien está sujeto a un proceso.

Si la Constitución, norma fundamental, obliga a todos los órganos del Estado y puede ser invocada para que los poderes del mismo ejecuten, legislen, interpreten o juzguen sobre determinada situación fáctica; elevar a rango constitucional la presunción de inocencia implica que el legislador, bajo el principio de legalidad, no cree normas que atenten contra este derecho, ni lo restrinja de algún modo; en este sentido, dicha garantía del inculpado, constituye un límite al legislador en la creación de normas jurídicas que consagren una presunción de culpabilidad que obligue al imputado a demostrar su inocencia, lo cual eliminaría los tipos penales que revierten la carga de la prueba sobre el justiciable y que, como se ha comentado, se encuentran previstos en nuestra legislación penal secundaria actualmente.

Ello también evitará que nuestros tribunales constitucionales, al emitir criterios y desentrañen el sentido de las normas penales en la construcción del sistema acusatorio, consienta la violación de este postulado fundamental sobre el cual se construye nuestro Estado de Derecho, al prescindir de un conocimiento profundo respecto de los alcances del mismo, como principio rector del sistema penal, y perfile su actividad jurisprudencial a proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades o prácticas viciadas en que pueden incurrir los órganos jurisdiccionales, fiscales y de policía, o a justificar la existencia de presunciones de ilicitud en la descripción de los delitos; de esta manera, es como se puede aspirar a construir un sistema legal de tipo acusatorio que permita que este principio fundamental se aplique.

A manera de ejemplo y para justificar la necesidad de haber incluido de manera expresa, como derecho humano, el principio de presunción de inocencia, cabe recordar que en nuestra legislación punitiva se previó la presunción del dolo en base a la influencia positivista del código penal de mil novecientos veintinueve, lo que representó una contraposición al precitado principio al establecerse hipótesis de presunciones de

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL...

culpabilidad. Es por ello indispensable que se reformen las normas secundarias, para que acorde a la ya reforma constitucional, tenga como consecuencia la aplicación de un sistema penal justo.

El principal problema es determinar en qué medida incide en la legislación secundaria la falta expresa del referido reconocimiento a efecto de implementarlo de forma correcta y evitar en lo posible su violación, de lo contrario, si se desconoce un criterio firme respecto de los lineamientos y alcances de la citada garantía jurídico-penal, sólo será uno más de los principios rectores que subyacen en la elaboración de los textos penales, pero que carecen de la máxima de la obligatoriedad y fácilmente susceptibles de ser violados por los órganos jurisdiccionales.

Todo lo anterior reporta por lo tanto, un cambio radical en la forma de pensar, decir y actuar del conglomerado social, un cambio cultural a la verdad y a la legalidad. De lo contrario, la reforma penal sólo será un intento más como se ha cuestionado en foros nacionales, ya que se piensa que el cambio compete sólo a las autoridades que intervienen en el proceso penal, con lo cual se soslaya que la metamorfosis está en cada uno de los ciudadanos, la lucha contra la corrupción empieza en la familia, los valores y principios que como seres humanos desarrollamos dicen el país que somos, pero sobre todo la incultura en contra del derecho y su realización fáctica, constituye un cáncer que no hemos querido combatir en forma particular y general.

Nos encontramos en tiempos de reflexión acerca del proceso penal, es decir, si como instrumento de política criminal es capaz de dar una respuesta suficiente ante la criminalidad; pero además, se cuestiona si el proceso penal cumple eficazmente con sus fines y al mismo tiempo respeta las garantías procesales que se tutelan tanto en las normas constitucionales como en los tratados internacionales, ya que si bien se exige protección al legislador, se trata de que esa eficacia no sea a costa del sacrificio del derecho a la libertad y a la presunción de inocencia que debe reconocerse como premisa inicial a todo ciudadano para asegurar un juicio justo.

La relación entre seguridad y derechos humanos, constituye el eje alrededor del cual gira la polémica sobre la modernización y expansión del derecho penal vinculado a fenómenos político-criminales de su carácter simbólico, neopunitivismo y reducción drástica de derechos humanos

que dan origen a un derecho penal de exclusión ante la ineficacia del derecho penal tradicional para hacer frente a la delincuencia.

Cierto es que vivimos en un momento de tensión y violencia a causa de la delincuencia cada vez más especializada y letal, pero ello no quiere decir que el derecho penal pueda olvidar lo que esencialmente le compete proteger el Estado de Derecho. De considerarse a la actual criminalidad como manifestación del enemigo, luego deberá procurarse comprender el objeto de la supuesta guerra y alcanzar la pacificación más que la conquista, dado que la delincuencia sigue creciendo y la respuesta no se encuentra ni en la criminalización de estadios previos, ni el agravamiento de las penas o en el acotamiento brutal a los derechos humanos, sino en la aplicación eficiente de la ley con un ropaje de justicia social; ello no implica que el Estado y la sociedad permanezcan incólumes ante la criminalidad, sino como señala Manuel Cancio Melía, la respuesta jurídico penal no se encuentra en la exclusión sino en la manifestación de normalidad, en la negación de la excepcionalidad,⁴ es mejor apostar a criterios de proporcionalidad e imputación tradicionales del sistema jurídico penal, no es dable legitimar la violencia estatal, sobre todo si supone un régimen que pone en entredicho los clásicos principios en los que se ha asentado el Estado Democrático de Derecho, en el cual el principio de presunción de inocencia, en tutela efectiva, debe pugnar por:

1. Encontrar el equilibrio entre el proceso penal eficaz que combata a la delincuencia y a la vez sea respetuoso de los derechos humanos de los gobernados;
2. Garantizar esos derechos humanos, concretamente: la dignidad, la libertad (de pensar, deambular y discernir sobre el destino de cada hombre), la honra y el buen nombre;
3. Explicar, desarrollar, fomentar, ejemplificar, sustentar, penetrar colectiva e individualmente la ideología de la cultura del cambio social a la verdad y a la legalidad; y,
4. En cuanto a la presunción de inocencia que constituye un derecho humano informador, regla de trato procesal y regla de valoración

⁴ Cancio Melía, M., Jakobs G., *Op. cit.* p. 98.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL...

de la prueba, por ende, se debe proteger por el Estado de manera efectiva, a fin de:

- a) Reconocer al imputado el derecho a la libertad;
- b) Privarlo de su libertad sólo cuando existan plenos elementos probatorios en su contra;
- c) En el proceso penal en su contra, el acusador, tiene la carga de probar su culpabilidad;
- d) La prueba de cargo debe ser lícita;
- e) Debe tutelarse el derecho del imputado a ejercer su defensa plenamente;
- f) Se debe garantizar, por ello, el debido proceso, específicamente, el derecho a ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación;
- g) La sentencia condenatoria se encuentra motivada, más allá de la duda razonable; y,
- h) Oficiosamente, analizar que no exista alguna causa de exclusión del delito.