

VII. REFLEXIONES SOBRE LOS RESULTADOS DE LA LFDO

La teoría del derecho penal del enemigo ha sido frecuentemente utilizada para calificar la legislación excepcional emitida en varios países, entre ellos México.⁷⁵ Sea que se invoque a fin de justificar la necesidad de tales disposiciones para enfrentar la criminalidad no convencional, sea que se traiga a cuentas para denunciar las normas que contradicen principios del derecho penal liberal, esta construcción teórica es empleada para identificar esquemas normativos orientados al combate de fenómenos criminales de especial peligrosidad, a través de instrumentos extraordinarios.

El creador de esa doctrina, el jurista alemán Günther Jakobs, ha defendido la neutralidad del concepto, argumentando que únicamente sirve para designar un conjunto de normas que reúnen ciertas características, pero que en ningún momento ha pretendido defender su existencia —aunque ciertamente tampoco cuestionarla—. De esta suerte, Jakobs asegura que “el concepto de Derecho penal del enemigo juega el papel del «mayor de los malvados»”, debido a que “su monstruoso aspecto provocó inmediatamente miedo”; no obstante, sigue diciendo el jurista, “el concepto goza manifiestamente de una robusta constitución; hasta ahora ha conseguido sobrevivir a cientos de ataques, y, además, según el parecer general, con la mejor salud”.⁷⁶

⁷⁵ Rojas Valdez, Eduardo, “El derecho penal del enemigo: ¿condición o negación del Estado constitucional?”, *Criminalia*, México, nueva época, año LXXXII-2, pp. 228 y ss.

⁷⁶ Jakobs, Günther, “Prólogo”, en Jakobs y Polaino-Orts, *Criminalidad organizada...*, cit., p. XIII.

Lo cierto es que la mayoría de las críticas no se dirigen contra el pensamiento de Jakobs o la denominación de su doctrina, sino que denuncian los riesgos que entraña el empleo de normas identificadas como derecho penal del enemigo. La principal justificación de éste reside en el deber del Estado de garantizar la seguridad de su población; para enfrentar una amenaza particularmente peligrosa se requiere echar mano de instrumentos especialmente contundentes.

En palabras de Jakobs,

un Estado de Derecho tiene también determinadas condiciones de existencia, entre las cuales se encuentra el hecho de que las personas que quieren verse completamente incluidas en el concepto de Derecho les incumbe un cometido básico, a saber: presentarse a sí mismas como personas en quienes se puede presumir que el Estado de Derecho vaya a “sobrevivir” a la inclusión y a la convivencia con estos sujetos.⁷⁷

Se sugiere entonces que la existencia de ciertos individuos tiene el potencial de poner en jaque al Estado y sus instituciones, por lo que Jakobs reclama:

Aquellos juristas que únicamente piensen en la perspectiva interna terminan por convertirse en defensores a ultranza de ilusiones o fantasías omnipotentes, y terminan por justificar lo siguiente: ¡Todo es jurídicamente factible! Pero resulta que, como no debiera desconocerse, el Derecho presenta determinadas condiciones para su realización... de manera que cuando faltan dichas condiciones, el Estado de Derecho ha de dar un paso atrás, precisamente para evitar que el Estado de Derecho sucumba por completo.⁷⁸

⁷⁷ *Ibidem*, pp. XIV y XV.

⁷⁸ Jakobs, insistiendo en su que su postura es la del científico que se limita a analizar objetivamente un fenómeno, afirma: “ello no me debe de ser atribuido a mí por propios y autodesignado gobernantes, sino que yo mismo haya llamado la atención sobre ello, poniéndolo de manifiesto desde antiguo tanto en el

La postura contraria, es decir, la que sostiene la necesidad de conservar límites al poder punitivo a fin de preservar libertades fundamentales, es calificada de ilusa e irreal. Jakobs concluye: “Que todo pueda funcionar siempre de manera ideal constituye un sueño infantil considerablemente errado y corto de vista; la superación de la crisis requiere, empero, una visión general de conjunto”.⁷⁹

El penalista español Polaino-Orts, discípulo del profesor alemán, afirma en la presentación de un libro sobre la materia:

la frase inicial con la que comencé esta presentación al lector mexicano (La criminalidad organizada se combate mediante el Derecho penal del enemigo) se completa con esta otra, prescriptiva: La criminalidad organizada únicamente se puede combatir mediante el Derecho penal del enemigo. De ahí la relevancia de estudiar seriamente, sin eslóganes pseudocientíficos ni falsos idealismos pseudogarantistas, esta materia. Porque sólo así estaremos en condiciones de determinar qué forma o formas de tratamiento especializado de la delincuencia organizada es la preferible y, por ello, la necesaria para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos y el Estado de Derecho.⁸⁰

El principal argumento de los defensores de esta postura radica en la idea de que todo ordenamiento jurídico requiere un cimiento cognitivo. Esto significa que la población que orienta su conducta conforme a ese ordenamiento debe tener la certeza de que, en términos generales, la aplicación de aquel sistema

documento o texto de acuñación del concepto «Derecho penal del enemigo» (de 1985) como en su acta de nacimiento (en el año 2000), así como posteriormente, de manera recurrente, en numerosas ocasiones”. *Ibidem*, p. XV.

⁷⁹ *Ibidem*, p. XVI. El mismo autor asevera: “Sería cerrar los ojos a la realidad si se quisiera negar que pueda existir una tensión entre el concepto de Estado de Derecho en su grado óptimo imaginable y el Estado de Derecho que sea alcanzable en la práctica”. “En los límites de la orientación jurídica: derecho penal del enemigo”, en Jakobs y Polaino-Orts, *Criminalidad organizada...*, cit., p. 29.

⁸⁰ “Presentación al lector mexicano”, en Jakobs y Polaino-Orts, *Criminalidad organizada...*, pp. XVII-XIX.

de normas está garantizada; sólo así pueden cumplir las normas su función natural como orientadoras de la actuación de los individuos. Bajo este entendido, en opinión de los seguidores de esta línea de pensamiento, dicho cimiento cognitivo se esfumaría frente a amenazas tan serias como las que representan las estructuras criminales organizadas;⁸¹ por ello resulta necesario atenuar las instituciones propias del Estado de derecho.⁸²

Algunos juristas mexicanos militan en esta línea de pensamiento. Es el caso de Urosa Ramírez, quien admite: “Considero que dentro del concepto de enemigo existen matices y, por ende, individuos incorregibles especialmente peligrosos, portadores de una barbarie incalificable. En efecto, no obstante que moralmente me resisto a admitir el Derecho penal del enemigo, la cruel y durísima realidad mexicana obliga a replantear su necesidad”.⁸³

⁸¹ “Los juristas que proceden teóricamente acostumbran sufrir, no infrecuentemente, de fantasías normativistas omnipotentes: ellos no ven que el Derecho tiene que ser también real si es que pretende brindar orientación social, así como que ese «ser real» o «existencia real» no puede alcanzarse únicamente con medios jurídicos, especialmente frente a un enemigo. El Estado de Derecho es una estructura normativa que requiere de una cimentación cognitiva, si no hay más remedio también mediante coacción muda. En caso contrario, pierde el Estado de Derecho su poder de orientación social”. Jakobs, “En los límites de la orientación jurídica...”, *cit.*, p. 30. Asimismo: “el Estado ofrece verdaderamente orientación cuando garantiza, por una parte, juridicidad (como Estado de Derecho que es), y por otra, también, cuando brinda seguridad (en tanto Estado de Derecho). Sin embargo, deja de brindar la orientación suficiente cuando hace frente al terrorismo ofreciéndole el noble metal de máxima juridicidad, yéndose a continuación a pique y sumergiéndose en belleza”. Jakobs, Günther, “Estado de derecho y combate de peligros. Un esbozo”, en Jakobs y Polaino-Orts, *Criminalidad organizada...*, *cit.*, pp. 36 y 37.

⁸² “Bajo condiciones no ideales, el Estado de Derecho, si no quiere rendirse completamente, ha de conformarse con lo máximo que puede alcanzar. Ello disminuye su propia figura de Estado de Derecho, pero, en cambio ofrece una seguridad que resulta imprescindible para la orientación jurídica”. Jakobs, “Estado de derecho y combate de peligros...”, *cit.*, p. 37.

⁸³ “El Derecho penal del enemigo en el contexto nacional”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, cuarta época, núm. 20, marzo-abril 2011, p. 150. Aunque manifiesta ciertos temores, este autor sostiene que: “Ciertamente, es muy tenue el velo entre una ley tiránica que puede utilizar el Estado con fines

Cancio Meliá ofrece el siguiente diagnóstico: “Lentamente van perdiendo fuerza las voces que exigen llanamente la eliminación de los delitos de organización como contrarios a un sistema jurídico-penal legítimo, y múltiples propuestas y decisiones de ampliación del arsenal jurídico-penal dominan sin apenas discusión el terreno”.⁸⁴

México es un país particularmente fértil para la introducción y desarrollo de normas de este género. Durante muchos años hemos padecido los efectos de la violencia. Los medios de comunicación y las autoridades se han ocupado de dibujar al enemigo responsable: la delincuencia organizada.⁸⁵ De ahí se desprende la pertinencia de reducir los derechos de quienes han dañado tan brutalmente al pueblo mexicano. Para una sociedad que ha vivido y sigue padeciendo los estragos de la inseguridad, es inaceptable el alegato favorable a los derechos humanos de estos sujetos.

Es indiscutible la entidad y peligrosidad de las estructuras criminales organizadas; se trata de un problema que debemos enfrentar con diligencia e inteligencia, sin escatimar esfuerzos. Y también debe ocuparnos la grave crisis de derechos humanos, que no siempre recibe la misma difusión. No obstante, es necesario preguntarse si los instrumentos introducidos y los tipos penales diseñados para combatir a la delincuencia organizada han

perversos, y la ley aplicable al verdadero enemigo. Pero frente a la oprobiosa realidad, actualmente no se encuentra otro remedio que delimitar al enemigo dentro de una reglamentación especializada, pugnando porque esta clase de leyes algún día desaparezca y no prolifere —aunque en México ésa sea la tendencia— y manteniendo, aun para el enemigo, un mínimo de garantías que sirve como dique al abuso del poder conforme a un Estado de Derecho. En caso contrario, se estará dejando la puerta abierta al Estado totalitario”. *Ibidem*, p. 151.

⁸⁴ “El injusto...”, *cit.*, p. 248.

⁸⁵ José Sáez Capel explica el populismo penal de la siguiente manera: “De esta forma se domestica a la sociedad, se empuja al ciudadano a un estado infantil y el sometimiento autoinfringido conlleva como contrapartida, la sacralización del poder como instancia superadora, sustituyendo la participación política por soluciones mágicas”. “La invención del miedo y la sensación de inseguridad”, en Reyna Alfaro, Luis Miguel (coord.), *Derecho penal y modernidad*, Lima, Ara Editores, 2010, p. 496.

cumplido realmente el propósito que adujeron sus promotores y defensores.

Del 24 de noviembre de 2014 al 31 de diciembre de 2018, únicamente se han judicializado 94 causas penales por delincuencia organizada.⁸⁶ Parece un número muy reducido si consideramos que la persecución de estos delitos constituye una de las prioridades del Estado mexicano en materia de procuración de justicia y seguridad. Como ya se dijo, durante todo el periodo de vigencia de la LFDO, en ese conjunto de causas no figura ninguna en la que sólo se haya imputado el delito previsto en aquel ordenamiento.⁸⁷ A pesar de las medidas previstas en la Constitución y en la ley mencionada, poco se ha logrado para frenar a los delincuentes organizados y someterlos a la justicia.

Se podrá decir que la complejidad de estos delitos es mayor que la correspondiente a otros ilícitos, y que por ello resulta muy difícil comprobarlos. Sin embargo, esa afirmación es cuando menos discutible. Ciertamente, constituye un reto acreditar la responsabilidad de los dirigentes de las estructuras criminales. No es fácil contar con evidencia que los vincule a la comisión de los delitos-objetivo o permita comprobar su pertenencia a un grupo organizado,⁸⁸ además del obstáculo que implican las amenazas de los delincuentes contra los servidores públicos que actúan en este sector. Empero, la ambigüedad y amplitud de los términos que integran los tipos penales contenidos en la LFDO provoca que diversas conductas puedan encuadrar en los mismos. El resultado del esfuerzo para no dejar fuera del marco penal ninguna manifestación de la criminalidad organizada ha sido la creación de

⁸⁶ Consejo de la Judicatura Federal, *Quinto Informe al Congreso de la Unión para los fines previstos en el artículo décimo tercero transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, diciembre 2018, p. 21.

⁸⁷ Véase nota 49.

⁸⁸ La dogmática penal se ha ocupado de generar construcciones teóricas que permitan establecer responsabilidad penal para los líderes de estas estructuras. Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. II, pp. 111 y ss., y Ayala Herrera, Humberto, *Autoría mediata. ¿Autoría intelectual? Su aplicación a los aparatos organizados de poder*, México, Straf, 2018, pp. 141 y ss.

figuras que no logran comprender este fenómeno,⁸⁹ pero abren la puerta para someter a un régimen penal, procesal y penitenciario restrictivo a más personas.

Al referirse al régimen de excepción contra la mafia italiana, Ferrajoli señala que se han introducido

fórmulas elásticas y con varios significados que, por su indeterminación empírica y sus connotaciones subjetivas y valorativas, se prestan a ser usadas como cajas vacías y dar cuerpo a hipótesis sociológicas o a teoremas político-historiográficos elaborados a partir de la personalidad de los imputados o de interpretaciones supuestas y conspiratorias del fenómeno terrorista o mafioso.⁹⁰

En términos semejantes, Cancio Meliá recuerda el pronóstico de Martínez Garay:

si el legislador no define con precisión el concepto de organización criminal o de crimen organizado... existe el riesgo ante la multiplicidad de fenómenos que *a priori* pueden ser englobados en dicho término, de aplicar un régimen penal y/o procesal endurecido pensado para grandes estructuras transnacionales a grupos que no constituyan más que bandas, grupos o grupúsculos poco organizados, agrupaciones esporádicas, o simples formas de autoría y participación.⁹¹

Es oportuno citar el comentario de Juan José González Rus, quien asevera, refiriéndose a la legislación española en materia

⁸⁹ Como señala Guerrero Agripino: “No existe un criterio unánime en la doctrina en cuanto a la definición de la delincuencia organizada. Esta situación, a nuestro parecer se debe principalmente a los variados ámbitos que comprende este fenómeno y a su constante evolución”. *La delincuencia organizada...*, cit., pp. 70 y 71. Cfr., asimismo, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El crimen organizado: una categoría frustrada*, Bogotá, Leyer, 1996.

⁹⁰ *Derecho y razón*, cit., p. 821.

⁹¹ “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo (consideraciones sobre la reforma del Código Penal español del año 2010)”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá, núm. 40, julio-septiembre 2010, pp. 56 y 57.

de criminalidad organizada, que los principios político-criminales que la rigen son:

1. Castigar todo (literalmente) lo que, aún de lejos, pueda reconducirse a una imagen extravagante de la criminalidad organizada, hasta llegar a lo grotesco en el afán pancriminalizador; 2. Castigarlo lo más gravemente que sea posible, hasta la redundancia y el abandono de cualquier remota idea de proporcionalidad, sacrificada por la búsqueda de la mayor eficacia simbólica y policial-preventiva, y 3. Castigar de la forma más confusa, contradictoria y difícil de aplicar que fuera humanamente hacedero.⁹²

En páginas anteriores se analizó el injusto de delincuencia organizada y se advirtió acerca de las complejidades, sobre todo constitucionales, que posee cada uno de los modelos teóricos desarrollados para explicarlo. Partiendo de esta incompatibilidad con algunos de los principios propios del derecho penal liberal y de la no aplicación de sus penas con base exclusivamente en el delito de delincuencia organizada, como tipo autónomo con respecto a los delitos-objetivo, cabe cuestionarse seriamente sobre la posibilidad de considerar la delincuencia organizada como una agravante, cuyo efecto sobre la punibilidad de los mencionados delitos-objetivo radique en la mayor facilidad para cometerlos mediante una estructura criminal organizada, así como en el potencial lesivo de bienes jurídicos, que es verificable una vez que se hayan materializado los delitos-objetivo.⁹³

Ni siquiera los compromisos internacionales que se invocan para justificar la necesidad del tipo penal de delincuencia organizada son tajantes al exigir la incorporación de estas figuras,

⁹² “Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2011”, en González Rus, Juan José (dir.), *La criminalidad organizada*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 93.

⁹³ Coinciden con esta postura: Hernández-Romo Valencia, *El delito de delincuencia organizada...*, cit., p. 20, y Cancio Meliá, “El injusto de los delitos de organización...”, cit., p. 264.

precisamente como tipos penales, en el sistema jurídico mexicano. Ya se mencionó que la propia Convención de Palermo reconoce que este proceso de asimilación respetará los principios de derecho interno, algunos de los cuales hemos invocado en este trabajo.

También es necesario reconsiderar la necesidad de establecer punibilidades tan amplias —por supuesto, dicha sugerencia es válida para todo el sistema penal mexicano, en el que, merced a reformas coyunturales y precipitadas, muy frecuentes, se ha vulnerado el principio de proporcionalidad—, considerando que ya se prevé la aplicación de sanciones muy severas a los responsables de la mayoría de los delitos-objetivo. Por ejemplo, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro prevé rangos punitivos que pueden alcanzar los 140 años de prisión. ¿En verdad resulta necesario imponer penas adicionales? Cualquier castigo con esos límites temporales es demagogia y derecho penal simbólico en su más pura expresión.

Existen alternativas para el régimen procesal de excepción. En el presente trabajo únicamente se abordaron las instituciones que fueron incorporadas con la reforma de 2016; empero, ciertamente todos los mecanismos contemplados en la LFDO parten de una presunción de peligrosidad extrema de quienes integran un grupo de tres personas, por lo menos; con ello se alienta la discrecionalidad por parte de las autoridades, liberadas de la obligación de motivar cuidadosamente su actuación.

Llevemos el análisis más allá: la mayoría de los instrumentos previstos en la LFDO se encuentran también regulados en el Código Nacional de Procedimientos Penales, sin desconocer ciertas particularidades específicas de aquel ordenamiento. Nos referimos a la intervención de comunicaciones, la entrega vigilada, las operaciones encubiertas, los testigos protegidos, los agentes colaboradores, el arraigo.⁹⁴ Esta situación, evidentemente, es muestra de la contaminación que ha tenido la LFDO en el sistema penal

⁹⁴ García Ramírez, *El procedimiento penal...*, *cit.*, pp. 612 y ss.

mexicano; el bebé de Rosemary tiene abundante prole y cumple su destino.⁹⁵

La competente argumentación del Ministerio Público debería justificar, casuísticamente, la necesidad de aplicar esas figuras, de carácter excepcional. No se puede exigir menos en un Estado constitucional: control jurisdiccional a partir de razones jurídicas. Por supuesto, resulta más sencillo reformar leyes y preceptos constitucionales para facilitar el camino de las autoridades en la cruzada contra el crimen, que destinar recursos suficientes y reformar instituciones para mejorar el desempeño de los operadores del sistema penal. Hay que construir laboratorios que permitan la aplicación de las ciencias forenses en la investigación del delito; aplicar auténticos estudios criminológicos para entender los factores detonantes de la violencia y orientar sobre esa base la política criminal; diseñar esquemas de inteligencia enfocados a la prevención e investigación del delito.

Es fácil entender los motivos de la opción favorable a la reforma de normas mejor que a la modificación de instituciones y servicios públicos: la reforma legal lleva poco tiempo y exige menos esfuerzo que la acción sobre los otros extremos de la atención penal que incumbe al Estado. Durante varios años hemos modificado leyes, abierto los espacios de poder y restringido derechos fundamentales sin que se logre el éxito prometido. Quienes impulsaron reformas de este carácter con la convicción de que

⁹⁵ Los desfavorables resultados de una buena parte de las “novedades” incorporadas al sistema jurídico mexicano han sido ampliamente señalados, y en todo caso forman parte de nuestra experiencia actual. Aludiendo a las opiniones expuestas por García Ramírez a partir de 1996, precisamente a propósito de la normativa sobre delincuencia organizada, Carlos Natarén Nandayapa se refiere a aquél como “uno de los analistas más críticos al sistema desde sus inicios y, de hecho, muchas de sus preocupaciones desafortunadamente se han concretado en la realidad con posterioridad”. “Breves notas de la regulación jurídica del combate a la delincuencia organizada en México y su impacto en el proceso”, en Varios, *XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal*, Panamá, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal-Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2014, p. 310.

contribuirían a terminar con el crimen organizado, hoy deben dar cuenta de los resultados y demostrar la forma en la que sus creaciones contribuyeron al fin de la justicia. Si no se acreditan la legitimidad y utilidad de las medidas adoptadas, debe rechazarse cualquier demanda de nuevos instrumentos de combate al crimen por los mismos medios que han probado su ineficacia.

Jakobs hace un reclamo a los críticos del derecho penal del enemigo, que se ha utilizado para justificar reformas constitucionales y legales, así como medidas de seguridad en nuestro país a lo largo de los últimos años: los críticos no ofrecen alternativas; existe una obstinación por señalar lo que no se debe hacer, pero no se menciona lo que podría intentarse para enfrentar a la delincuencia organizada y garantizar la seguridad. El jurista protesta:

En los aproximadamente siete años en que he sido objeto de reproches en el sentido de que mi discurso sobre el Derecho penal del enemigo destroza todo lo que un Estado de Derecho se tiene por sagrado, no he encontrado en los más o menos 150 artículos contrarios a mi postura ni una sola idea razonable sobre cómo se puede afrontar entonces satisfactoriamente el problema de los delincuentes reincidentes peligrosos.⁹⁶

La respuesta, como es obvio, dista de ser sencilla; sin embargo, como también debería resultar obvio, después de tantos años de fracasos, es posible afirmar que tampoco la encontraremos en el derecho penal del enemigo, al menos no en México. En nuestro país, el crimen organizado se alimenta de la corrupción, de la incapacidad y de la impunidad. Si a esta ecuación agregamos normas jurídicas de talante meramente represivo, resulta imposible alcanzar los objetivos que nos hemos propuesto.

El viaje que no se ha querido emprender va por el camino de la idoneidad —en diversos sentidos— de los servidores públicos encargados de la seguridad, de la procuración y de la administra-

⁹⁶ Jakobs, “En los límites de la orientación jurídica...”, *cit.*, p. 16.

ción de justicia; la garantía de los derechos fundamentales, incluyendo los de naturaleza social, que aspiran a una igualdad material, que no se concretará en tanto persista la injusta distribución de la riqueza que hoy nos aqueja; la aplicación de un auténtico programa de reinserción social que deje atrás las prisiones como simples inmuebles de contención física de sujetos peligrosos; la construcción de una política criminal con sustento criminológico; la consolidación de las ciencias forenses como rectoras de la investigación del delito. Este camino es arduo y oneroso, pero vale la pena emprenderlo ante el fracaso de las medidas aplicadas hasta ahora. Después de todo, de las decisiones que adoptemos y ejecutemos en esta materia dependerán la vida y la libertad de las personas, nada más y nada menos.