

EL CASO POSADAS: CONSIDERACIONES DESDE UNA PERSPECTIVA EUROPEA

Manuel CANCIO MELIÁ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Un error in persona si...*
III. *Las repercusiones del caso Posadas en la discusión
pública: algunas hipótesis.*

I. INTRODUCCIÓN

a) Las cuestiones planteadas por el objeto de reflexión de estas líneas presentan algunas características peculiares, no comunes en los diversos géneros que se refieren al fenómeno penal (ya sea en el campo de la dogmática, del proceso penal, de la teoría del derecho penal o de la política criminal). Estas peculiaridades pueden observarse desde tres perspectivas.

En primer lugar, en principio, es cierto que el homicidio del cardenal Posadas sí plantea lo que suele denominarse, en el marco de la dogmática aplicada, un “caso práctico”. La pregunta técnico-jurídica sería: “¿qué relevancia correspondería en derecho al dato de que los autores materiales del homicidio le tuvieran por otra persona (al cardenal por un miembro de la banda del cártel de Sinaloa, como es conclusión de las investigaciones oficiales de la PGR, y es la tesis expuesta en los estudios de Carpizo:¹ *tesis de la confusión*) o, precisamente, fuera él a quien pretendieran matar (por diversas razones posibles, en particular, de índole política:² *tesis del com-*

1 Cfr. con carácter complementario los dos libros Carpizo y Andrade, *Asesinato de un cardenal. Ganancia de pescadores*, México, 2002, y Carpizo, *El expediente Posadas a través de la lupa jurídica. Averno de impunidades*, México, 2004; véase inicialmente la breve síntesis de hechos desde esta perspectiva en esta última obra, pp. 7 y ss.

2 Cfr., principalmente, lo que podría denominarse la “posición oficial” del llamado Grupo Jalisco, con el sucesor de Posadas en la archidiócesis de Guadalajara al frente, en Moreno Valencia y Villasana, *Sangre de mayo. El homicidio del cardenal Posadas Ocampo*, con prólogo de Juan Sandoval Íñiguez, México, 2004; últimamente, cfr. Ortega Sánchez y Guzmán

plot)?” Pero es un caso de fácil resolución dogmática: se trata o bien de un homicidio doloso “normal” (representación del autor y hechos coinciden), o bien de un homicidio doloso en el que concurre un *error in persona* irrelevante. Al no formar parte Posadas de un círculo de personas específicamente protegidas en la ley penal por razones institucionales (en algunos Estados, el jefe del Estado, etcétera; recuérdese también la punición específica del parricidio que subsiste en algunos ordenamientos jurídicos),³ es jurídicamente indiferente que el autor del homicidio matara a su víctima por ser precisamente el cardenal, o que creyera que se trataba de uno de los hombres de “El chapo” Guzmán o que lo matara por reconocer en él a un seguidor de un equipo de fútbol rival al suyo; en todos estos casos, cumple el tipo del delito de homicidio doloso: mata intencionadamente a otro (ser humano nacido). De modo que nada hay en este caso de dogmática, ni relativa a la parte general ni de aplicación específica de un tipo penal.

En efecto, *en segundo lugar*, lo que interesa en este supuesto no son cuestiones de derecho material, sino, fundamentalmente, el establecimiento de los hechos, concretamente de los hechos en lo que se refiere a la posibilidad de que existiera intención por parte de los implicados de matar precisamente al cardenal Posadas. Esto es un problema de criminalística, del arte de investigar un hecho delictivo, y de derecho procesal, en cuanto a la valoración de las pruebas presentadas (en particular, en lo que se refiere a la valoración de la declaración de personas implicadas en los hechos e imputadas o condenadas por ellos).

En tercer lugar, llaman poderosamente la atención los sucesos posteriores al 24 de mayo de 1993 en la opinión pública mexicana: en particular, el enorme vendaval de teorías de la más diversa orientación en torno al *verdadero* curso de los acontecimientos,⁴ con el enorme nivel de desconfianza ha-

Pérez Peláez, *Tras la pista de los asesinos*, Guadalajara, 2004; véase también las referencias en las notas 4 y 5.

³ *Cfr.*, por ejemplo, el artículo 223 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.

⁴ En septiembre de 2004, más de diez años después de los sucesos, una búsqueda en Internet mediante el buscador *Google* con las palabras “cardenal-Posadas-México-Guadalajara” arrojaba el resultado de más de 911 (!) páginas de la red que contienen menciones relativas al caso. Entre los diversos documentos en los que se presentan textos/tesis alternativas a la de la confusión, merece destacarse especialmente la carta del episcopado mexicano al presidente Vicente Fox Quezada (por ejemplo, en: <http://www.lacrisis.com.mx/especial091003.htm>), que recoge toda una serie de datos que parecieran indicar una manipulación de las sucesivas investigaciones oficiales. Entre las diversas teorías manejadas, destaca la que se refiere

cia las instituciones de la República que el grueso volumen de todas estas especulaciones implica. Es éste, como se verá, un fenómeno que quizás arroje alguna luz sobre las características del sistema penal mexicano.

b) Estamos, por tanto, ante un caso en el que no hay problema jurídico-material alguno, en el que está sometido, en cambio, a grandes dudas la cuestión de cuál fue el verdadero curso de los acontecimientos y en el que, finalmente, es extraordinariamente intenso el eco que en la opinión pública y en la discusión política han producido estas dudas: parece claro que tratándose de un supuesto de estas características, difícilmente puede elaborar un estudio doctrinal con garantías sobre el caso un autor penalista extranjero.⁵ Por un lado, porque en materia de prueba, el *principio de inmediatez*

a que la investigación oficial, adelantada por la Procuraduría General de la República y la Procuraduría del Estado de Jalisco, implicaba un “fuego cruzado” (es decir, en términos dogmáticos, una *aberratio ictus*) entre dos grupos de narcotraficantes (por ejemplo, Moreno Valencia y Villasana, *op. cit.*, nota 2, pp. 65 y ss.; *cfr.* también en <http://www.aciprensa.com/reportajes/casoposadas.htm>), cuando lo cierto es que esta hipótesis no se incorporó a la investigación, sino la de que los autores confundieron el vehículo, y por ello, a sus ocupantes (como se acaba de indicar, asumiendo la concurrencia de un *error in persona*; *cfr.* las referencias en Carpizo y Andrade, *Asesinato de un cardenal. Ganancia de pescadores*, *cit.*, nota 1, pp. 103 y ss., 107). En síntesis, las diversas explicaciones propuestas pueden compendiarse en cuatro grupos de tesis (*cfr.* también Carpizo y Andrade, *Asesinato*, *cit.*, nota 1, pp. 205 y ss.):

1) se trató de un ajuste de cuentas por razón de operaciones de tráfico de estupefacientes en las que el cardenal (como jerarca de la Iglesia) habría estado implicado (*cfr.* al respecto, por ejemplo, <http://www.revistavertigo.com/historico/27-9-2003/reportaje.html>); 2) el asesinato fue ordenado por la estructura de poder del Estado mexicano (bien por razones políticas en el contexto del acercamiento del Estado a la Iglesia en el mandato de Salinas de Gortari, bien por la implicación de la administración de éste en el narcotráfico, “narcosalinismo” o “narco-Estado mexicano” (véase también Moreno Valencia y Villasana, *Sangre de mayo*, *cit.*, nota 2, pp. 49 y ss.; *cfr.*, por ejemplo, <http://www.elimparcial.com/ediciononline/nota.asp?numnota=65111>); 3) fue asesinado por fuerzas políticas adversas precisamente a esa estructura de poder, para desacreditar el régimen político mexicano; 4) fue asesinado porque, debido a que usaba un vehículo similar a otro propiedad de un conocido jefe del narcotráfico mexicano (“El Chapo” Guzmán, colíder en aquel momento del cártel de Sinaloa; véase al respecto, por ejemplo, <http://stuff.mit.edu/people/aaelenes/sinaloa/narco/sinaloacartel/chapo1.html>), los autores del hecho le tomaron por un guardaespaldas del grupo enemigo al que pretendían matar (siendo los autores materiales miembros del cártel de Tijuana, liderado por los hermanos Arellano Félix); tesis de la *confusión* – conclusión de la investigación pública, llevada a cabo en varias fases (*cfr.* la síntesis en Carpizo y Andrade, *op. cit.*, nota 1, pp. 177 y ss., 207 y ss.).

⁵ Adjetivo que corresponde al autor de estas líneas en el plano vital, ya que desde el punto de vista del derecho, su nacimiento en territorio mexicano y la generosidad de las leyes de la República en materia de nacionalidad le hacen ciudadano de México.

propio de un derecho procesal moderno impide valorar en cuanto a su veracidad, siquiera en el plano teórico extraprocesal, pruebas que el sujeto —como dice el Tribunal Supremo español— no “ha visto con sus ojos y oído con sus oídos”. En segundo lugar, porque la observación de la realidad mexicana —en lo que se refiere a las repercusiones en el discurso público del homicidio del cardenal y de la controversia acerca de la autoría— por parte de un espectador externo parece estar condenada a quedar limitada a una perspectiva fragmentaria, sobre todo si se tiene en cuenta el significado político de buena parte de los conflictos en la escena pública mexicana relacionados con la investigación oficial del hecho.

c) Así las cosas, es decir, si, a la hora de llevar a cabo un análisis jurídico-penal, las cuestiones de prueba están vedadas a efectos de evaluación jurídica a quien no intervino en la investigación, y las repercusiones político-sociales del caso parecen necesitar de un analista que conozca de primera mano el panorama político-judicial de México, queda claro cuál puede ser el único y modesto propósito de las páginas que siguen:⁶ intentar convertir ese defecto de partida —el del deficiente conocimiento de los hechos delictivos concretos averiguados y de la realidad política mexicana, al menos desde 1993— en virtud, intentando hallar quizás nuevos puntos de vista precisamente desde la perspectiva diferente de un observador externo. Para ello, en primer lugar se hará una brevísima consideración acerca de cuáles son los *hechos* mínimos cuya constatación fehaciente haría convincente la *tesis de la confusión*. Se alcanzará la conclusión, *si y en la medida en que* estos hechos sean ciertos, que parece difícil una explicación alternativa a la de la confusión, no ya en el plano de las posibles motivaciones políticas de autores detrás de los autores materiales, sino en el plano de los meros hechos. Una vez aclarado este panorama, en segundo lugar, la cuestión del porqué del enorme calibre de la discusión en torno al caso y de la luz que ésta arroja sobre el sistema penal mexicano se plantea aún con mayor rigor. Aquí se intentarán esbozar algunas líneas explicativas que, con las grandes cautelas e inseguridades que corresponden al observador externo, quizás ofrezcan algún elemento para la reflexión acerca del sistema penal mexicano: por un lado, se mencionarán brevemente algunos elementos genéticos de esta dis-

6 Si bien, como es natural, podrían abordarse también otros temas relacionados mediatamente con el caso Posadas: así, por ejemplo, la problemática político-criminal respecto de la conveniencia de introducción de figuras penales de desacato; o la reforma del sistema de instrucción mexicano (*cf.* sobre esta cuestión en este contexto Carpizo, *El expediente Posadas, cit.*, nota 1, pp. 338 y ss.).

cusión pública que podríamos considerar estrictamente mexicanos. Por otro, se hará alusión al panorama general de la situación político-criminal del mundo occidental. Ambos factores juntos permitirán, finalmente, aventurar algunas hipótesis.

II. UN ERROR *IN PERSONA* SI...

Como antes se anticipaba, el caso Posadas muestra una característica muy notable que lo diferencia de otros homicidios de personajes públicos que han generado controversia en lo que se refiere a su esclarecimiento: si en asesinatos famosos como el del presidente de los Estados Unidos de América, John F. Kennedy, o del presidente del gobierno de Suecia, Olof Palme, el hilo del que tirar para resolver el caso era débil, inexistente, o pronto fue segado, en el caso Posadas hay muchas circunstancias de hecho que fueron conocidas, muchas personas implicadas tanto del lado de la ejecución como en el de las víctimas. Esta relativa riqueza de los hechos probados⁷ permite afirmar que la corroboración de algunas pocas circunstancias de los hechos dados por probados en la investigación oficial convertiría en prácticamente imposible una explicación alternativa. En este sentido, desde la perspectiva de un observador externo, si se pueden constatar en términos de prueba judicial —algo, recuérdese lo antes dicho, vedado a cualquiera que no tenga acceso directo al material probatorio— algunos extremos, cualquier tesis que no sea la de la confusión sería muy poco verosímil.

Si es cierto, por tanto, que entre todo el marasmo de datos que acompañan a los acontecimientos nucleares:

- El día de autos en el aeropuerto de Guadalajara había *gatilleros* tanto de los Arellano Félix como del “Chapo” Guzmán.
- Que fueron hombres de los Arellano Félix (“El Güero Jaibo” y “El Negro”) los que mataron al cardenal.

7 Así, por ejemplo, en Carpizo y Andrade, *Asesinato, passim, cit.*, nota 1, se contiene una reconstrucción minuto a minuto de la jornada del 24 de mayo de 1993 y muy exhaustiva de periodos de tiempo relevantes anteriores y posteriores al día del homicidio; *cf.* la diferente perspectiva acerca de los hechos en Moreno Valencia y Villasana, *Sangre de mayo, cit.*, nota 2, pp. 65 y ss., 77 y ss., que aún defendiendo la *tesis del complot* muestra numerosas coincidencias con la versión de la PGR en cuanto al desarrollo de los hechos.

- Que entraron en contienda y resultaron muertos dos de los guardaespaldas del “Chapo” Guzmán.
- Que los hombres de los Arellano Félix, que se habían desplazado a Jalisco para matar a Guzmán, habían sido aleccionados acerca de los vehículos en los que se desplazaba “El Chapo” y su escolta, y uno de éstos era un Grand Marquis blanco último modelo (el vehículo en el que llegaba el cardenal).

Entonces, en el plano de los meros hechos de esa jornada —dejando de lado cualquier especulación o consideración relativa a momentos anteriores o posteriores— parece difícil pensar que sucediera otra cosa que los autores de los hechos confundieron al cardenal con un integrante del cártel de Sinaloa. En particular, la coincidencia de ambos grupos en el mismo espacio en los mismos minutos sólo parece atribuible a una casualidad lógica: ambos pretendían tomar un vuelo (unos a Puerto Vallarta, otros de vuelta a Tijuana).

Lo contrario implicaría pensar en una estrategia demasiado extraña como para resultar verosímil a primera vista: implicaría, en última instancia, la aparición de los dos grupos de narcotraficantes en el escenario de los hechos siendo engañados por un misterioso *tercer grupo*⁸ que habría orquestado toda la balacera (con las otras seis muertes del día de los hechos y todo el reguero de asesinatos —de algunos *gatilleros* implicados y diversos personajes hasta llegar al entonces procurador de Jalisco, Larios—) para ocultar el asesinato del cardenal. En particular, cabe destacar dentro de esa tesis del encubrimiento del *complot* a través de la balacera, orquestada exclusivamente para encubrir que se pretendía asesinar al cardenal, los siguientes datos, cuya concurrencia real implicaría que no sería ya verosímil que la tesis de la confusión fuera la única:

- El aeropuerto de Guadalajara estaba tomado desde la mañana por un grupo de agentes federales (verdaderos), que habrían estado organizando el operativo.⁹

8 Según se alcanza a ver, tesis insinuada, pero no concretada en el marco de los trabajos del llamado Grupo Jalisco; véase los datos, desde perspectivas enfrentadas, respectivamente, en Moreno Valencia y Villasana, *Sangre de mayo*, *cit.*, nota 2, pp. 65 y ss., 81; Carpizo y Andrade, *op. cit.*, nota 1, pp. 387 y ss.

9 Moreno Valencia y Villasana, *Sangre de mayo*, *cit.*, nota 2, pp. 77 y ss., 81.

- Se produjo un adelanto de la salida de la guardia del personal de seguridad en media hora (supuestamente, para facilitar el asesinato).¹⁰
- Los *gatilleros* se hicieron con un misterioso sobre amarillo que habría estado en la cajuela del vehículo del cardenal.¹¹
- Las demás víctimas de ese día no fueron consecuencia casual del tiroteo, sino fueron seleccionadas con premeditación para encubrir el asesinato del cardenal.¹²

No es imposible que así hubiera sucedido; pero no parece haber pruebas en este sentido, e incluso sin gran experiencia en criminalística, parece claro que los asesinatos por encargo se hacen de otro modo.

En todo caso, esto es todo lo que razonablemente puede afirmar un observador externo respecto de aquellos hechos sin tener acceso directo a los elementos de prueba. En cambio, ante esta consideración de los hechos —un desarrollo de los acontecimientos poco propio de un asesinato por encargo— llama poderosamente la atención el extraordinario vigor de las especulaciones posteriores a los hechos en la opinión pública mexicana.

III. LAS REPERCUSIONES DEL CASO POSADAS EN LA DICUSIÓN PÚBLICA: ALGUNAS HIPÓTESIS

La existencia de teorías “conspirativas”, que ofrecen, respecto de crímenes cometidos contra personas de relevancia pública explicaciones alternativas a las constatadas en la investigación oficial del caso, es un fenómeno común en la época de los medios de comunicación de masas: baste con hacer referencia a los casos, antes mencionados, de los crímenes de Kennedy u Olof Palme. Sin embargo, se convendrá, con una superficial observación del verdadero estruendo mediático ocasionado por el crimen del cardenal Posadas, que la situación ha alcanzado en este caso una dimensión muy especial. Ello no sólo porque en este supuesto, desde el principio, hubo una explicación por parte de los organismos encargados de la investigación que podría considerarse verosímil a la luz

¹⁰ *Ibidem*, p. 78.

¹¹ *Ibidem*, p. 80.

¹² *Ibidem*, p. 192, con nota 3.

de los datos conocidos (véase apartado II; mientras que, como es natural, las teorías conspirativas suelen dispararse cuando la investigación pública no logra aclarar el suceso). Tampoco es lo más llamativo el amplísimo espectro de diversas teorías, muy aventuradas algunas de ellas, que se han presentado, ni la pervivencia de actualidad política del asunto más de una década después, sino que lo más llamativo desde la perspectiva aquí adoptada es lo que puede llamarse el calado institucional de las teorías conspirativas:¹³ desde el presidente de la República, pasando por la cúpula de diversos periodos de la Procuraduría General de la República (PGR) y de las autoridades jaliscienses, el ejército y diversas fuerzas de policía, hasta llegar a diversos agentes políticos de distintos partidos, no hay prácticamente institución pública¹⁴ de los Estados Unidos Mexicanos de la que no se haya afirmado que estuvo detrás, toleró o quiso encubrir el homicidio del cardenal Posadas. Esta circunstancia, unida a las anteriormente mencionadas, hacen del pos caso Posadas un fenómeno específico que quizás ilumine desde cierta perspectiva externa algunas características del sistema penal mexicano.

1. Factores genéticos específicamente mexicanos

Basta una consideración superficial del material relativo al caso Posadas para percibir que el estruendo mediático que se desencadenó se encuentra estrechamente relacionado con la transición política mexicana desde el régimen político dominado por el Partido Revolucionario Institucional hacia una situación distinta. En efecto, sólo así se explica la actuación de la iglesia católica mexicana, y, en particular, la intervención destacada de príncipes de la Iglesia —como si fueran agentes de una organización política— en la discusión posterior. En lugar de intentar enmarcar el suceso que aquí interesa en el contexto de la recomposición de las nunca claras relaciones del régimen surgido de la Revolución mexicana con la iglesia,¹⁵ como es sabido, especialmente álgida en la presidencia

13 Cfr. las referencias, sumarisimas, contenidas en las notas 4 y 5.

14 Recuérdense también, en el ámbito privado, las teorías *narcoeclesiales*.

15 Es llamativo, por ejemplo, que el caso Posadas haya generado diversas reminiscencias de la Guerra Cristera (cfr., por ejemplo, Tobler, *Die mexikanische Revolution*, Frankfurt am Main, 1992, pp. 396 y ss.); véase también la relación circunstancial con el caso, en la agenda del nuncio, Carpizo y Andrade, *op. cit.*, notas 4 y 5, pp. 22 y ss.

de Salinas de Gortari,¹⁶ será suficiente hacer referencia a un episodio del propio caso Posadas, un tanto extraño para un observador externo, y reseñado en el relato de los hechos recogido por *Carpizo y Andrade*:¹⁷ a finales de 1993, Carpizo —entonces aún a cargo de la PGR— es convocado a la residencia oficial de los Pinos, en donde se encuentra con el nuncio vaticano, quien acababa de comunicar al presidente de la República que uno de los Arellano Félix estaba en la nunciatura y ...¡quería ser recibido por el presidente para explicarle el punto de vista de los Arellano Félix sobre el asesinato! La verdad es que la situación —un nuncio que en este caso actúa de mensajero no de la Santa Sede, sino de un capo del narcotráfico, de modo que un resfrío de Ramón Arellano Félix, transmitido por conducto eclesial, podría haber afectado al primer representante del Estado— es tan grotesca que hace ver el peso que en el pos caso Posadas corresponde a las relaciones Estado-Iglesia. Es en este contexto político extraordinario en el que se entienden diversos acontecimientos posteriores, y, en particular, el factor esencial para la magnitud de la inquietud de la opinión pública que supone la presencia activa de representantes cualificados de la Iglesia mexicana en la promoción de hipótesis alternativas a la explicación oficial.

Un segundo factor, obviamente —se le podría denominar factor narco-geográfico— es la especial dimensión que ha alcanzado en México la infiltración de las estructuras clientelares del narcotráfico en todo tipo de organizaciones públicas, y muy especialmente en los órganos de persecución penal. Aquí juega un papel esencial, como es claro, la proximidad del territorio mexicano a uno de los principales mercados para las drogas, los Estados Unidos de América. Por lo ampliamente conocido del fenómeno, baste esta referencia: sólo en un contexto en el que todo es posible para el poder del tráfico —recuérdese, en lo que tiene que ver con el caso Posadas, el asesinato de Larios, o la “fuga” del propio “Chapo” Guzmán—, es posible que todo sea creído por el público.¹⁸

Un tercer factor, en cambio, quizás no sea puesto directamente en relación con el supuesto que aquí interesa que es el de la bajísima percepción de legitimidad del sistema de persecución penal mexicano en su

16 Cfr. el análisis, poco sospechoso de complacencia con el Partido Revolucionario Institucional, entonces en el poder federal, de Krauze, *La presidencia imperial. Ascenso y caída del sistema político mexicano (1940-1996)*, pp. 457 y ss., 462 y ss.

17 Cfr. Carpizo y Andrade, *op. cit.*, nota 1, pp. 145, 146 y ss.

18 Cfr., aparte de las referencias las notas 4 y 5, Carpizo y Andrade, *op. cit.*, nota 1, p. 143.

conjunto.¹⁹ Dicho de modo muy sintético —y, desde luego, sin pretender entrar en cuáles son las causas de esta situación—, no es ningún secreto que la percepción de los órganos de la administración penal es tan negativa en la sociedad mexicana que ello indica que el ordenamiento penal y sus mecanismos de ejecución no ocupan el papel central en la identidad social que corresponde en un ordenamiento jurídico que funciona como tal. Dicho de otro modo: en estos momentos parece que el sistema penal mexicano se halla por debajo de aquel umbral de efectividad social (de normas efectivamente en funcionamiento) que marca la frontera entre un sistema penal en función y uno virtual. En una última formulación: cuando el porcentaje de infracciones sin sanción supera el 96%,²⁰ no hay un problema de “impunidad”, sino que las normas penales en cuestión no rigen en absoluto el funcionamiento de la comunicación social, y por tanto son normas jurídicas sólo en sentido formal. Ello se aprecia en que la desconfianza de la población respecto de los órganos de persecución penal no sólo se refiere a los dirigentes (políticos o de dependencia política) de las instituciones correspondientes, no es una desconfianza “vertical”, sino que abarca, en principio, al conjunto de la institución —es “horizontal”—, afectando al sistema (jurídico) en su conjunto, no sólo a un determinado grupo político.

La conjunción de estos tres factores —el especial momento político, la implicación del factor narcotráfico y la crisis de vigencia del sistema penal mexicano— supone una situación de psicología social en la que parece probable la aparición de un caso-talisman en el que encuadrar diversos sectores sociales insatisfechos con la situación. Esta situación específicamente mexicana, además, se entreteje con una situación global de la percepción del derecho penal en el mundo occidental que favorece reacciones de esta clase en la opinión pública.

2. El cuadro general de la política criminal de los países occidentales

Como antes se anunció, procede ahora hacer un rápido repaso de la situación general en materia de política criminal en el “mundo occidental”. Como se verá, parece que puede afirmarse que este diagnóstico general también es de aplicación al caso mexicano.

¹⁹ Cfr. Díaz-Aranda, en Losano y Muñoz Conde, *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, 2004, pp. 251 y ss., 263, con ulteriores referencias.

²⁰ *Ibidem*, p. 263.

Simplificando mucho para intentar esbozar los trazos básicos del cuadro, puede decirse que en los últimos años los ordenamientos penales del “mundo occidental” han comenzado a experimentar una deriva que los conduce de una posición relativamente estática, dentro del núcleo duro del ordenamiento jurídico —en términos de tipo ideal: un núcleo duro en el que iban haciéndose con todo cuidado adaptaciones sectoriales y en el que cualquier cambio de dirección era sometido a una intensa discusión política y técnica previa— hacia un expuesto lugar en la vanguardia del día a día jurídico-político, introduciéndose nuevos contenidos y reformándose sectores de regulación ya existentes con gran rapidez, de modo que los asuntos de la confrontación política cotidiana llegan en plazos cada vez más breves también al Código Penal.

Los cambios frente a la *praxis* político-criminal que ha sido la habitual hasta el momento no sólo se refieren a los tiempos y las formas, sino que también en los contenidos van alcanzando paulatinamente tal grado de intensidad que se impone formular la sospecha —con permiso de *Hegel* y del búho de Atenea— de que asistimos a un cambio estructural de orientación. Las características principales de la política criminal practicada en los últimos años pueden resumirse en el concepto de la “expansión” del derecho penal.²¹ En efecto, en el momento actual puede convenirse

21 Un término que ha utilizado Silva Sánchez en una monografía, ya de gran repercusión en la discusión —a pesar de que la fecha de publicación es reciente— dedicada a caracterizar en su conjunto la política criminal de las sociedades posindustriales (*La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1a. ed., Madrid, 1999, 2a. ed., 2001, *passim*); acerca de la evolución general de la política criminal en los últimos años, *cfr.* también las exposiciones críticas de los autores de la escuela de Frankfurt recogidas en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995 (*La insostenible situación del derecho penal*, 2000); *cfr.* también las contribuciones reunidas en Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, 1998, 5 ts. Desde luego, son los estudios planteados desde esa perspectiva teórica los que en muchos casos han contribuido a poner en marcha la discusión; *cfr.* también la crítica de Schünemann, 1995, pp. 201 y ss. (*ADPCP*, 1995, pp. 187 y ss.); al respecto, véase también, por todos, el análisis crítico del potencial de la aproximación “personal” a la teoría del bien jurídico —esencial en las construcciones de los autores de Frankfurt— desarrollado por Müssig, *RDPCr*, 9, 2002, pp. 169 y ss. (*Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, Bogotá, 2001, *passim*). En la bibliografía española más reciente, *cfr.* sólo los trabajos de Sánchez García de Paz, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, *passim*; Mendoza Buergo, *El derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, 2001, *passim*; Zúñiga Rodríguez, *Política*

que el fenómeno más destacado en la evolución actual de las legislaciones penales del “mundo occidental” está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.

El punto de partida de cualquier análisis del fenómeno que puede denominarse la “expansión” del ordenamiento penal ha de estar, en efecto, en una sencilla constatación: la actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en los países de nuestro entorno ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de “criminalización en el estadio previo” a lesiones de bienes jurídicos,²² cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas. Resumiendo: en la evolución actual, tanto del derecho penal material como del derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “derecho penal de la puesta en riesgo”²³ de características antiliberales.²⁴

En primer lugar se trata de esbozar una imagen más concreta de esta evolución político-criminal actual. Desde la perspectiva aquí adoptada, es-

criminal, Madrid, 2001, pp. 252 y ss. Desde otra perspectiva, más amplia en el tiempo, véase el análisis de orientación sociológica acerca de la expansión como ley de evolución de los sistemas penales hecho por Müller-Tuckfeld, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt, 1998, pp. 178 y ss., 345. Adopta una posición político-criminal de orientación completamente divergente de la de las voces críticas antes citadas —como ya muestra de modo elocuente el título— ahora Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad*, Valencia, 2003; véase también, relativizando la justificación del discurso globalmente crítico, recientemente Pozuelo Pérez, *RDPP*, 9, 2003, pp. 13 y ss.

22 Cfr. Jakobs, *ZStW*, 97, 1985, p. 751.

23 Sobre este concepto exhaustivamente Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsfürsorge*, Berlín, 1991, pp. 50 y ss.

24 Véase, por ejemplo, Hassemer, en Philipps *et al.* (ed.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 85 y ss. (p. 88); *idem*, en Jung *et al.* (eds.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, pp. 329 y ss.; Herzog, *Unsicherheit*, pp. 65 y ss.; Albrecht, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Zustand des Strafrechts*, pp. 429 y ss.

te desarrollo puede resumirse en dos fenómenos: el llamado “derecho penal simbólico” y lo que puede denominarse “resurgir del punitivismo”. En todo caso, debe subrayarse desde el principio que estos dos conceptos sólo identifican aspectos fenotípico-sectoriales de la evolución global y no aparecen de modo clínicamente “limpio” en la realidad legislativa. Ambas líneas de evolución, la “simbólica” y la “punitivista”, se funden en la actual política criminal. Sólo teniendo en cuenta esta filiación en la política criminal moderna podrá aprehenderse el nivel de ultrapunitivismo que encierra la incorporación de medidas de excepción a la ley penal ordinaria que puede denominarse “derecho penal del enemigo”.

Particular relevancia corresponde, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neo-criminalización respecto de los cuales se afirma críticamente que tan sólo cumplen efectos meramente “simbólicos”.²⁵ Como ha señalado Hassemer desde el principio de esta discusión, quien pone con relación al ordenamiento penal con elementos “simbólicos” puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado,²⁶ es decir, la idea de que se inflige un daño concreto con la pena para obtener efectos algo más que simbólicos. Por lo tanto, para siquiera poder abordar el concepto, hay que recordar primero hasta qué punto el moderno principio político-criminal de que sólo una pena socialmente útil puede ser justa ha sido interiorizado (en diversas variantes) por los participantes en el discurso político-criminal. Sin embargo, a pesar de ese postulado (de que se satisface con la existencia del sistema penal un fin, que se obtiene un resultado concreto y mensurable, aunque sólo sea —en el caso de las teorías retributivas— la realización de la justicia), los fenómenos de carácter simbólico forman parte, de modo necesario, del entramado del derecho penal, de manera que en realidad es incorrecto el discurso del “derecho penal simbólico” como fenómeno extraño al derecho penal. En efecto: desde perspectivas muy distintas, desde la

25 Véase sobre esta noción, por todos, las amplias referencias y clasificaciones contenidas en Voß, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989, *passim*; cfr. también, más sucintamente, Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 304 y ss.; Prittwitz, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1993, pp. 253 y ss.; Sánchez García de Paz, *op. cit.*, nota 21, pp. 56 y ss.; Díez Ripollés, *AP*, 2001, pp. 1 y ss. (*ZStW*, 113, 2001, pp. 516 y ss.), todos con ulteriores referencias.

26 *NStZ*, 1989, pp. 553 y ss. (PyE 1, 1991, pp. 23 y ss.).

“criminología crítica” —y, en particular, desde el así llamado enfoque del *labeling approach*—,²⁷ que pone el acento sobre las condiciones de la atribución social de la categoría “delito”, hasta la teoría de la prevención general positiva, que entiende delito y pena como secuencia de tomas de posición comunicativa respecto de la norma:²⁸ los elementos de interacción simbólica son la misma esencia del derecho penal.²⁹ Entonces, ¿qué es lo que quiere decirse con la crítica al carácter simbólico, si toda la legislación penal necesariamente muestra características que cabe denominar “simbólicas”? Cuando se usa en sentido crítico el concepto de derecho penal simbólico, se quiere, entonces, hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”,³⁰ es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta. De hecho, la concurrencia de funciones latentes en el derecho penal simbólico, manifestadas en su descendiente, el derecho penal del enemigo,³¹ es uno de los elementos más sobresalientes de esta evolución.

En la “parte especial” de este derecho penal simbólico corresponde especial relevancia —por mencionar sólo este ejemplo—, en diversos sectores de regulación, a ciertos tipos penales en los que se criminalizan meros actos de comunicación, como, por ejemplo, los delitos de instigación al odio racial o los de exaltación o justificación de autores de determinados delitos.³²

27 Véase por todos las referencias en Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 79 y ss.

28 Jakobs, *AT2*, 1/4 y ss.; véase también Baratta, *PyE* 1, 1991, p. 52, y la exposición de Sánchez García de Paz, *op. cit.*, nota 21, pp. 90 y ss. en torno a las relaciones entre derecho penal preventivo y derecho penal simbólico.

29 *Cfr.*, por todos, Díez Ripollés, *AP*, 2001, pp. 4 y ss.

30 Silva Sánchez, *op. cit.*, nota 25, p. 305.

31 *Cfr.* el desarrollo de esta tesis por Cancio Meliá, en Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, pp. 16 y ss., 78 y ss.; *cfr.* también Muñoz Conde, *El derecho penal del enemigo*, México, 2003, *passim*, ambos con ulteriores referencias.

32 *Cfr.*, por ejemplo, respecto de los delitos de lucha contra la discriminación, últimamente Landa Gorostiza, *IRPL/RIDP*, 73, pp. 167 y ss., con ulteriores referencias. Véase también acerca de este tipo de infracciones Cancio Meliá, en Jakobs y Cancio Meliá, *Conferencias sobre temas penales*, Santa Fe, 2000, pp. 139 y ss.; *idem*, *JpD*, 44, 2002, p. 26. En el derecho comparado, en contra de la legitimidad de los preceptos análogos del Código Penal alemán, *cfr.* sólo la contundente crítica de Jakobs, *ZStW*, 97, 1985, pp. 751 y ss.; téngase en cuenta, de todos modos, que en el caso del ordenamiento alemán la cláusula que refiere estas conductas a la perturbación del orden público permitiría una selección de las conductas en cuestión en función de la gravedad social de las mismas. Aún así, han surgido

Sin embargo, reconducir los fenómenos de “expansión” que aquí interesan de modo global sólo a estos supuestos de promulgación de normas penales meramente simbólicas no atendería al verdadero alcance de la evolución, pues el recurso al derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización “a la antigua usanza”, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas³³ o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes. De este modo, se invierte el proceso habido en los movimientos de reforma de las últimas décadas —en España, después de 1978— en el que fueron desapareciendo diversas infracciones —recuérdese sólo la situación del derecho penal en materia de conductas de significado sexual— que ya no se consideraban legítimas. En este sentido, se advierte la existencia en el debate político de un verdadero “clima punitivista”:³⁴ el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal; un ambiente político-criminal que, desde luego, no carece de antecedentes. Pero estos procesos de criminalización —y esto es nuevo— en muchas ocasiones se producen con coordinadas políticas distintas al reparto de roles tradicional es que podrían resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política-demandas de descriminalización/derecha política-demandas de criminalización.³⁵ En este sentido, parece que se trata

también en ese país voces que —más allá de las consideraciones de Jakobs acabadas de citar— ponen en duda la adecuación del ordenamiento penal en este contexto véase, por ejemplo, Schumann, *StV*, 1993, pp. 324 y ss.; Amelung, *ZStW*, 92, 1980, pp. 55 y ss. Ante el consenso político que concitan estas normas en el caso alemán resulta significativo que el antecedente de la infracción está en el delito de “provocación a la lucha de clases”; véase *LK11-v*. Bubnoff, comentario previo a los §§ 125 y ss.

33 Si bien puede observarse que en muchos casos se produce una aplicación selectiva-ámbito que es el que interesa, como es claro, en el caso Posadas.

34 Cfr. Cancio Meliá, en Jakobs y Cancio Meliá, *Conferencias sobre temas penales*, *cit.*, nota 32, pp. 131 y ss., 135 y ss.

35 Así, por ejemplo, subraya Schumann respecto de las infracciones en la órbita de manifestaciones neonazis que existe un consenso izquierda-derecha a la hora de reclamar la intervención del derecho penal, *StV*, 1993, p. 324. Véase en este sentido, por lo demás, las consideraciones sobre las demandas de criminalización de la socialdemocracia europea en Silva Sánchez, *La expansión*, *cit.*, nota , pp. 69 y ss.; se trata de una situación en la que

de un fenómeno que supera, con mucho, el tradicional “populismo” en la legislación penal.

Respecto de la izquierda política resulta especialmente llamativo el cambio de actitud: de una línea —simplificando, claro está— que identificaba la criminalización de determinadas conductas como mecanismos de represión para el mantenimiento del sistema económico-político de dominación³⁶ a una línea que descubre las pretensiones de neo-criminalización específicamente de izquierdas:³⁷ delitos de discriminación, delitos en los que las víctimas son mujeres maltratadas, etcétera.³⁸ Sin embargo, evidentemente, el cuadro estaría incompleto sin hacer referencia a un cambio de actitud también en la derecha política: en el contexto de la evolución de las posiciones de estas fuerzas, también en materia de política-criminal, nadie quiere ser “conservador”, sino igual de “progresista” (o más) que todos los demás grupos (en este contexto: defensista). En este sentido, la derecha política —en particular, me refiero a la situación en España— ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos “progresistas”.³⁹ Igual que la izquierda política ha aprendido lo rentable que puede resultar el discurso de *law and order*, antes monopolizado por la derecha política, ésta se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio, perteneciente a la izquierda —una situación que genera una escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política-criminal en el ámbito parlamentario y en la que la

cualquier colectivo tiene “sus” pretensiones de criminalización frente al legislador penal: *cf.* la exposición sintomática de Albrecht, en *Vom unmöglichen Zustand*, p. 429; respecto de la persecución de fines de llamada moral haciendo uso de la legislación penal sólo Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 28 y ss.

³⁶ Véase Silva Sánchez, *op. cit.*, nota 21, p. 57 y ss. acerca de este cambio de orientación; movimiento paralelo en las ciencias penales: la criminología crítica con pretensiones abolicionistas; véase sólo la panorámica trazada por Silva Sánchez, *op. cit.*, nota 21, pp. 18 y ss.

³⁷ “Go and tell a worker robbed of his week’s wages or a raped woman that crime doesn’t exist”, frase significativa del criminólogo Young citada por Silva Sánchez, *op. cit.*, nota 21, p. 23, nota 36.

³⁸ Véase sobre esto, con particular referencia a la socialdemocracia europea, Silva Sánchez, *op. cit.*, nota 21, pp. 69 y ss., con ulteriores referencias.

³⁹ Sólo así se explica, por ejemplo, que haya sido precisamente la derecha política, en el gobierno, la que haya impulsado y aprobado una modificación del delito de acoso sexual, regulado en el artículo 184 Código Penal español, que supone una vuelta de tuerca sobre la regulación poco afortunada introducida en el Código Penal de 1995.

demanda indiscriminada de mayores y “más efectivas” penas ya no es un tabú político para nadie—.

El modo más claro de apreciar la dimensión de este fenómeno quizás esté en recordar que incluso conduce a la rehabilitación de nociones —abandonadas hace años en el discurso teórico de los ordenamientos penales continentales— como la de inocuización.⁴⁰

En este sentido, parece evidente, en lo que se refiere a la realidad del derecho positivo, que la tendencia actual del legislador es la de reaccionar con “decisión” dentro de muchos sectores diversos de regulación en el marco de la “lucha” contra la criminalidad, es decir, con un incremento de las penas previstas. Un ejemplo, tomado del Código Penal español,⁴¹ lo constituyen —precisamente, el ámbito relevante en la génesis criminal del caso Posadas— las infracciones relativas al tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes y sustancias psicotrópicas:⁴² en España, la regulación contenida en el texto de 1995 duplica la pena⁴³ prevista en la regulación anterior,⁴⁴ de modo que la venta de una dosis de cocaína —considerada una sustancia que produce “grave daño a la salud”, lo que da lugar a la aplicación de un tipo cualificado— supone una pena de tres a nueve años de privación de libertad (frente a, aproximadamente, uno a cuatro años en el an-

40 Cfr. sólo Silva Sánchez, *Estudios de derecho penal*, Lima, 2000, pp. 233 y ss.; *La expansión*, cit., nota 21, pp. 141 y ss.

41 Véase respecto del Código Penal de 1995 sólo el diagnóstico global de Rodríguez Mourullo, en su prólogo a los *Comentarios al Código Penal* (Madrid, 1997) por él dirigidos (p. 18): el aumento cuantitativo de figuras delictivas en el nuevo Código Penal “no obedece a ninguna línea coherente de política criminal”, y el más contundente de Gimbernat Ordeig, en su prólogo a la edición del Código Penal (Madrid, 1996): el Código Penal 1995 está “influido por el renacimiento en los últimos años de la ideología de la «ley y el orden», por un incremento descontrolado de nuevas figuras delictivas y por un insoportable rigor punitivo”.

42 Sobre esta problemática en el caso español cfr. últimamente por todos, González Zorrilla, en Larrauri Pijoan (dir.) *Política criminal*, CGPJ, 1999, pp. 233 y ss. y de la Cuesta Arzamendi, en Beristain Ipiña (dir.), *Política criminal comparada, hoy y mañana*, CGPJ, 1999, pp. 87 y ss., ambos con ulteriores referencias; en cuanto a la enorme relevancia que corresponde en la realidad del sistema de administración de justicia y penitenciario a estas infracciones, cfr. sólo los datos relacionados respecto del caso español en *RDPCr*, 4, 1999, pp. 881, 892 y ss.

43 Teniendo en cuenta el cambio en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad; en el anterior Código (texto refundido de 1973), como es sabido, el cumplimiento efectivo solía situarse en la mitad de la extensión nominal de la pena.

44 Cfr. artículos 368, CP, 1995, y 344, CP TR, 1973.

terior Código), potencialmente superior, por ejemplo, a la correspondiente a un homicidio por imprudencia grave (uno a cuatro años) o a un delito de aborto doloso sin consentimiento de la madre (cuatro a ocho años) en los términos previstos en el mismo “código penal de la democracia” apoyado parlamentariamente por la izquierda política. Como es sabido, la evolución más reciente discurre en dirección a una ulterior oleada de endurecimiento.⁴⁵

En este mismo contexto, una consideración de la evolución habida en los últimos años en los Estados Unidos⁴⁶ —sin tener en cuenta las más recientes medidas legislativas en la llamada *Patriot Act*— puede ser reveladora de cuál es —o mejor dicho: de lo lejos que se puede llegar hasta alcanzar— el punto de llegada de esta escalada: mediante la legislación de “*three strikes*” puede llegar a suceder que un autor que bajo aplicación del Código Penal español ni siquiera ingresara en prisión,⁴⁷ en algunos estados de los Estados Unidos de América sufra cadena perpetua, entendida ésta además en sentido estricto (hasta la muerte del condenado).⁴⁸

Con lo expuesto hasta el momento ya queda claro que ambos fenómenos aquí seleccionados no son, en realidad, susceptibles de ser separados nítidamente. Así, por ejemplo, si se introduce una legislación radicalmente punitivista en materia de drogas, ello tiene una inmediata incidencia en las estadísticas de persecución criminal (es decir, no se trata de normas meramente simbólicas de acuerdo con el entendimiento habitual), y a pesar de ello es evidente que un elemento esencial de la motivación del legislador a la hora de aprobar esa legislación está en los efectos “simbólicos” obtenidos mediante su mera promulgación. Y a la inversa, también parece que

45 Véase el contenido de los últimos proyectos de Ley (núm. 129-1 —BOCG 14.2.2003—; núm. 136-1 —BOCG 21.3.2003—; núm. 145-1—BOCG 5.5.2003—).

46 Teniendo en cuenta los recientes fenómenos de movilizaciones populares en Ciudad de México “contra el crimen”, sería conveniente tener presente el ejemplo de la actividad del llamado movimiento de defensa de los derechos de las víctimas en los Estados Unidos de América; *cfr.* sólo Dubber, en Reyna Alfaro (coord.), *Victimología y victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en el derecho penal*, Lima, 2003, pp. 13 y ss.

47 Por ejemplo: un delito de robo del artículo 242.3 junto con uno de lesiones del artículo 147.2 y otro de quebrantamiento de condena del artículo 468, CP.

48 *Cfr.* sólo Beckett, *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*, 1997, pp. 89 y ss., 96; respecto del caso del estado de California véase, por ejemplo, los datos recogidos en <http://www.facts1.com>. *Cfr.* también las referencias en Silva Sánchez, *op. cit.*, nota 21, pp. 142 y ss.

normas que en principio cabría catalogar de “meramente simbólicas” pueden llegar a dar lugar a un proceso penal “real”.⁴⁹

Lo que sucede es que en realidad, la denominación “derecho penal simbólico” no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales⁵⁰ caracterizadas por su no aplicación, por la falta de incidencia real en la “solución” en términos instrumentales. Tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador⁵¹ a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercado-técnicas de conservación del poder político,⁵² llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son “satisfechas” por las fuerzas políticas.

Dicho con toda brevedad: el derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado “hecho”, sino también (o sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal —dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos— persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como “otros” no integrados en esa identidad. Parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escalada, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una rela-

49 En este sentido, respecto del artículo 510 del Código Penal español —junto con el artículo 607.2 CP, que contiene una infracción que penaliza la conducta de “difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen” los delitos de genocidio— sigue siendo significativa la condena —en primera instancia— de un sujeto filonazi, propietario de una librería en la que vendía libros de esa orientación, a cinco años de pena privativa de libertad (concurso real entre ambas infracciones; S. Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998).

50 En particular, no parece adecuado contentarse con la determinación del concepto de derecho penal simbólico como legislación penal mendaz en el sentido de que sólo simularía la obtención de determinados resultados; véase sobre esto con detenimiento Díez Ripollés, *AP*, 2001, pp. 4 y ss., con referencias.

51 Que es lo que ahora interesa; pero, por supuesto, cabría identificar —y muchos— supuestos de “aplicación simbólica” de normas penales.

52 *Cfr.* sólo las referencias de estas prácticas respecto del ámbito anglosajón en Bекkett, *Making Crime Pay, passim*, y von Hirsch, en Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, t. V, pp. 31 y ss.

ción fraternal. Lo que surge de su unión impura es un nuevo nivel de discusión político-criminal: el derecho penal del enemigo, como normas ultrapunitivistas y suspensión de garantías, incluso básicas; éstas son normas que habitualmente quedan limitadas en un momento inicial a fenómenos de terrorismo, pero que luego se expanden a otros ámbitos.⁵³

Hecho este breve recordatorio de lo que puede ser la imagen de la política-criminal contemporánea desde una perspectiva europeo-occidental, incluso partiendo de una observación superficial de la actual situación mexicana parece que puede afirmarse que esta descripción puede cuadrar también con los fenómenos político-criminales del momento en México, en particular, en lo que se refiere a la situación en la ciudad de México.

3. *¿Alguna conclusión?*

Parece claro, conforme a lo acabado de exponer, que en el caso Posadas convergen líneas evolutivas (relacionadas con el concreto momento histórico, mexicano y occidental, por el que pasa el ordenamiento penal) que han permitido la puesta en cuestión radical de todo el sistema penal mexicano implicado en el estruendo mediático del pos caso Posadas. Se trata de una luz roja que indica la ausencia de toda legitimidad social del sistema penal mexicano; un problema que excede de las soluciones internas que puede aportar un sistema jurídico y entra de lleno en la discusión de legitimidad política de un ordenamiento jurídico.

⁵³ Cfr. sólo Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, cit., nota 31, *passim*.