

Castigar en tiempos de garantismo y derecho penal del enemigo

A manera de presentación

*Por mucho que un hombre valga, nunca tendrá
valor más alto que el de ser hombre*

Antonio Machado

Son tiempos difíciles los que corren. Son tiempos violentos que no resultan privativos de algún tipo de sociedad en particular. Afectan lo mismo a países desarrollados que en vías de desarrollo, siguiendo una conocida tipología. Los temas de esta obra colectiva son muestra palpable de ello. En el momento actual la discusión pública gira en gran medida en torno al derecho penal, especialmente el enfocado a la pretensión de desincentivar las conductas que más daño provocan a la sociedad mexicana, a disuadir en primer lugar. Los esfuerzos estatales se ven con escepticismo por una parte de la población y desesperanza por algunos otros.

Cuando escribo estas líneas recién estrenamos delitos, entre otros, los relacionados con la falsificación de uniformes, divisas, insignias y otros objetos que identifican a las fuerzas armadas y de seguridad pública del Estado.¹ Cuando el libro esté circulando, la discusión sobre temas relacionados con la seguridad pública, combate al narcotráfico, secuestro, delincuencia organizada, seguirán vigentes.

Junto a este fenómeno político y académico, es decir en el plano teórico, veremos que en el plano fáctico, no habrá cesado la violencia, que al final afecta a la sociedad toda y seguirán discutiéndose los modelos que deben implantarse para abatirla.

Prevenir resulta indispensable, antes incluso que disuadir.² A pesar de ello, el debate no se ha centrado en las medidas que deberían adoptarse para crear las condiciones que naturalmente “prevengan” la realización de las conductas no deseadas. Aquí los temas económico, político y social se entrelazan. Las políticas públicas no pueden obviar el análisis inter y transdisciplinar para ser eficientes y eficaces en los objetivos planteados.

El Estado ha recurrido al expediente de construir un paradigma jurídico en el ámbito penal, en apariencia apoyado socialmente, en el cual los derechos y las garantías de los delincuentes disminuyen hasta volverse prácticamente invisibles o inexistentes. El enfoque que se ha dado a esta circunstancia ha merecido la denominación por algunos autores de derecho penal del

¹ Decreto que adicionó los artículos 211 bis 2; 211 bis 3; 223; 250 bis y 250 bis 1, del Código Penal Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, del 24 de junio de 2009.

² La disuasión es el acto por el cual se persuade a los criminales potenciales de no llevar a cabo actividades no deseadas por la sociedad. Andrés Roemer, *Economía del crimen*, México, Noriega Editores, 2001, p. 387.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO

Reflexiones sobre la idea de sanción

enemigo.³ Aunque como veremos más adelante, tal circunstancia termina afectando a todos los ciudadanos y no sólo a los que se pretende sean enemigos.

La discusión sobre estos temas es necesaria. Lamentablemente la óptica del jurista no es la única e incluso no es deseable que así sea. La sociedad se muestra preocupada por la intervención cada vez mayor del Estado en la vida cotidiana. Lo mismo si se trata de combatir al narcotraficante, que al terrorista o al pederasta. La preocupación resulta evidente, en el imaginario social se construye la idea de que los derechos están en peligro y se requieren de medidas urgentes para detener el avance de tal fenómeno. Tanto en sus ámbitos internos como externos, esta posición, que ha sido explicada de alguna manera por Naomi Klein en su obra sobre la doctrina del shock,⁴ ha llegado al punto de justificar lo que apenas ayer no podía justificarse, por ejemplo, la tortura,⁵ y ya no se hable de la pena de muerte que sigue moviendo a reflexión,⁶ como lo muestra la discusión que se da en algunos de los ensayos aquí reunidos.

³ Señala Víctor Gómez Martín que con la expresión *Derecho penal del enemigo (Feindstrafrecht)* se pretende designar a determinados sectores legislativos que normalmente tienen por objeto entre otras materias: la delincuencia organizada, la delincuencia sexual reincidente o habitual, o el terrorismo. En su opinión "el derecho penal del enemigo se caracterizaría por tratar al delincuente no como a un ciudadano, sino como a un sujeto que ha ido apartándose, paulatinamente, de la senda del Derecho hasta convertirse en un enemigo de la sociedad. Frente al 'enemigo' el derecho penal 'de la normalidad', que aquel ha abandonado de forma duradera, se mostraría completamente insuficiente e ineficaz. Para el derecho penal del enemigo, éste debe ser neutralizado, como permanente fuente de peligro para la sociedad, cueste lo que cueste". Víctor Gómez Martín, "Sobre la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs", en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, coords., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, v. 1, pp. 1004-1006.

⁴ Naomi Klein, *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, Madrid, España, Paidós, 2007.

⁵ "Las formas que la tortura puede tomar cubre toda la gama de posibilidades de sufrimiento psíquico y físico. Como ejemplo del primer tipo, Dershowitz menciona el caso de un supuesto terrorista, Mohammed, cuyos hijos menores también habían sido detenidos ... En principio, sin mayor problema puede imaginarse que la manera en la que Mohammed fue informado sobre esta detención fue constitutiva de tortura: es decir, se intentó amedrentar, hacer sufrir a Mohammed, a los efectos de que informara sobre esto o aquello. Pero el razonamiento que lleva a concluir que es legítimo hacerle esto a Mohammed también legitimaría torturar a sus inocentes hijos, si esta fuera la única manera de conseguir la información deseada. Aunque el aparentemente frecuente acto de orinar sobre el Corán, frente a prisioneros que consideran el Corán un libro sagrado pueda no constituir un daño físico, no cabe duda de que es una forma terrible de hacer daño. Desde el punto de vista puramente físico, en todo caso, algunos personeros del Gobierno estadounidense han argüido que las protecciones de la convención de Ginebra no se aplican a algunos prisioneros de la 'guerra al terrorismo'. Además, han sugerido que la única limitación al daño (físico o psíquico) que puede infligirse a los prisioneros, es que el mismo no sea 'letal'; es decir, siempre y cuando el daño no sea 'letal' todo vale". Leo Zaibert, "Política, ciudadanía y liberalismo: el derecho penal sin penas", en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, coords., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, obra citada, v. 2, pp. 1167-1168.

⁶ Andrés Roemer escribía en 2001, "la pena de muerte sólo se considera como una opción en un estado de derecho, en el cual la justicia sea el principal objetivo de la autoridad y en dónde se cumplan las leyes de acuerdo con lo establecido, ya que de lo contrario la pena de muerte puede ser utilizada como un medio represor de un

Castigar en tiempos de garantismo y derecho penal del enemigo *A manera de presentación*

Sin embargo, el aspecto más relevante de este paradigma es el nuevo estatus creado: el de enemigo, similar a la *hostis iudicatio* romana,⁷ el cual aparece enfrentado al estatus de ciudadano. Situación que, como afirman algunos autores, lleva aparejada la negación de la condición de persona como requisito indispensable para hablar del *derecho penal del enemigo*. El enemigo no tiene derechos, se le limitan sus derechos, se le limitan sus garantías.

Ferrajoli alertó sobre tal situación, al señalar que “se está reforzando la tendencia a una utilización demagógica y coyuntural del derecho penal como respuesta simbólica e indiferenciada a problemas que bien merecerían otras respuestas. Es así que en todos nuestros países –en la Argentina como en Italia, en el Brasil como en España- la demanda drogada de seguridad, alimentada por la prensa y la televisión, está acentuando aún más las vocaciones represivas de la política criminal, orientándola únicamente contra la criminalidad en subsistencia, cuya prevención exigiría políticas sociales mucho más que políticas penales”.⁸

Numerosos autores han reiterado esta opinión: hay necesidad de enfrentar estos problemas con nuevas ópticas, con nuevos elementos, con políticas públicas adecuadas. Incluso, no puede obviarse que la opinión parece desprenderse de una percepción que tienen algunos dirigentes del crimen organizado,⁹ por increíble que pudiera resultar.

estado autoritario o dictatorial, o como una ventana a injusticias provocadas por la corrupción, la ignorancia o la mala aplicación de la ley. Además el costo de un inocente condenado a la pena de muerte es muy alto para la sociedad, ya que infunde inseguridad y temor”. Andrés Roemer, *Economía del crimen*, obra citada, p. 437.

⁷ “En derecho romano, en las situaciones excepcionales en que un ciudadano romano amenazaba la *respublica* mediante conspiración o traición, el Senado podía hacer uso de su *auctoritas* para declarar a este sujeto como *enemigo público* (denominado *hostis iudicatio*), tal declaración comportaba la *privación de todo estatuto jurídico*, de manera que el *hostis iudicatus* podía ser despojado en cualquier momento de todos sus bienes, incluso, de su propia vida (diferenciándose del supuesto del enemigo extranjero que, en todo caso, venía protegido por el *ius gentium*”). Luigi Cornacchia, “La moderna *hostis iudicatio*, entre norma y estado de excepción”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, coords., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, obra citada, v. 1, p. 417.

⁸ Luigi Ferrajoli, “Prefacio”, en Ana Messuti y Julio Andrés Sampedro Arrubla, comps., *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, pp. 14-15.

⁹ ¿Quién no recuerda aquella entrevista (imaginaria o falsa según se prefiera) a Marcos Camacho “Marcola”, jefe de la banda carcelaria llamada “Primer Comando de la Capital”, de Sao Paulo, Brasil. Destaco de ella las dos primeras preguntas: **Pregunta: ¿Usted es del PCC?** Más que eso, yo soy una señal de estos tiempos. Yo era pobre e invisible. Ustedes nunca me miraron durante décadas y antiguamente era fácil resolver el problema de la miseria. // El diagnóstico era obvio: migración rural, desnivel de renta, pocas villas miseria, discretas periferias; la solución nunca aparecía... ¿Qué hicieron? Nada. // ¿El Gobierno Federal alguna vez reservó algún presupuesto para nosotros? Nosotros sólo eramos noticias en los derrumbes de las villas en las montañas o en la música romántica sobre la ‘belleza de esas montañas al amanecer’, esas cosas... // Ahora estamos ricos con la multinacional de la droga. Y ustedes se están muriendo de miedo. Nosotros somos el inicio tardío de vuestra conciencia social. ¿Vio? Yo soy culto. Leo a Dante en la prisión”. **Pregunta: Pero la solución sería...** ¿Solución? No hay solución hermano. La propia idea de ‘solución’ ya es un error. // ¿Ya vio el tamaño de las 560

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

Los ensayos aquí reunidos pretenden dar cuenta de esta situación, aunque aquí la discusión pareciera reducirse al punto de cómo deben sancionarse las conductas contrarias a la ley. La idea de ilícito no es necesariamente la del delito, ni la del castigo se corresponde con la de pena o sanción. El juego de palabras empleado en el título de esta obra, pretende destacar el hecho de que el paradigma jurídico se debe replantear, con esa intención deben ser leídas algunas de las colaboraciones aquí reunidas.

Hablar de castigo nos lleva a la difícil pregunta de quién castiga a quién. Las medidas que adopta el Estado, leídas en clave de derechos parece que atentan más contra la sociedad que contra el delincuente. Es la sociedad la castigada con el repliegue de sus actividades cotidianas, con la pérdida de la confianza en su cotidianeidad. La sociedad de repente se encuentra situada en medio del fuego cruzado. Y el mensaje que se le manda es que todo lo que ocurre es para permitirle que vuelva a su cotidianeidad... que en muchos casos resultará imposible de lograr si en el ínterin perdió a algunos de sus miembros, víctima del estado de cosas que llegara a superarse.

Así, el escenario está puesto para que se reivindicquen penas ya abolidas, como el caso de la pena de muerte,¹⁰ que se justifique la tortura, y habrá quien piense en la vuelta de la ley del talión. Sin embargo, los coordinadores creemos que también es ocasión propicia para que se discutan los planteamientos de nuevas modalidades que en algunos casos resultan del reconocimiento de derechos alternos al derecho estatal, como sería el caso de las sanciones en los sistemas normativos de pueblos indígenas o visiones que resultan *contraventoras* del modelo occidental de *castigar* cualquier desacato al orden jurídico establecido.

Esta obra está plena de ideas en torno a la idea de sanción, pero resultará insuficiente en la medida en que esta noción no se vea sometida a una discusión y disección sobre su alcance. Porque precisamente ha sido la ausencia de esta labor la que nos ha impedido advertir la realidad de las sanciones, esos *castigos* que hasta ahora ha instrumentado el Estado y que conforme pasan los años dejan en claro que resultan insuficientes o de plano no son adecuados para lo que se pretende lograr.

villas miseria de Río? ¿Ya anduvo en helicóptero por sobre la periferia de Sao Paulo? // ¿Solución, cómo? Sólo la habría con muchos millones de dólares gastados organizadamente, con un gobernante de alto nivel, una inmensa voluntad política, crecimiento económico, revolución en la educación, urbanización general y todo tendría que ser bajo la batuta casi de una 'tiranía esclarecida' que saltase por sobre la parálisis burocrática secular, que pasase por encima del Legislativo cómplice. ¿O usted cree que los chupasangres no van a actuar? // Si se descuida van a robar hasta el PCC. Y del Judicial que impide puniciones. // Tendría que haber una reforma radical del proceso penal del país, tendría que haber comunicaciones e inteligencia entre policías municipales, provinciales y federales (nosotros hacemos hasta 'conference calls' entre presidiarios...) Y todo esto costaría billones de dólares e implicaría una mudanza psicosocial profunda en la estructura política del país. O sea: es imposible. No hay solución". Tomado de <http://www.forodeseguridad.com/artic/reflex/8063.htm>

¹⁰ La discusión está presente en la doctrina, como puede advertirse de la reciente publicación de la obra de Eduardo López Betancourt y Raúl Fernando López y Cruz, *La pena de muerte*, México, Porrúa, 2009.

Castigar en tiempos de garantismo y derecho penal del enemigo *A manera de presentación*

El *ius puniendi* del Estado no puede seguir con la tradicional consideración de que se trata del derecho estatal de castigar al contraventor de la legalidad, sobre todo cuando el catálogo de conductas prohibidas ha ido en constante aumento, situación tan criticada por muchos que consideramos preciso exigir que el legislador no llegue al extremo de criminalizar todas y cualquier conducta por motivos más coyunturales o mediáticos que de necesidad social real.

Esta obra es una aportación que consideramos necesaria para mover a la reflexión, para hacer palpable que en estos momentos, el reto que está sobre los hombros de los académicos, políticos, gobernantes y ciudadanos, es inédito. El tema de la sanción, del castigo, de la pena, no puede desasirse de la realidad. Y esta realidad es que el delincuente y la víctima, la conducta y el daño, tienen un componente humano que debe reafirmarse por encima de todo, pues no puede verse simplemente como una estadística, como un asunto cotidiano más del resorte de la actividad gubernativa.

Quizá en esto encontrará el lector las razones de la canción de Luis Eduardo Aute, al inicio, y del poema de Nicolás Guillén: en el primer caso la inclusión de la canción *Al Alba*, se justificó después de leer una entrevista publicada el 4 de noviembre de 2000, en el periódico *La Vanguardia*, donde el cantautor, Luis Eduardo Aute explicó las razones de haberla compuesto: en septiembre de 1975 fueron ejecutadas las últimas penas de muerte en España. En aquella ocasión fusilar a cinco terroristas. Señala Aute que escribió *Al Alba* en “los días previos a los fusilamientos y con mucha urgencia. Debe haber sido una de las canciones que más rápidamente me surgieron, pero quería que la gente la cantara. La verdad es que no tuve que pensar mucho, salió del dolor”. El caso de la poesía de Nicolás Guillén es evidente en sí misma. Parafraseando lo mencionado al inicio: el fusilado es el *enemigo*, pero los que lo fusilan, la sociedad, están más atados que ese enemigo, y sólo sigue la *seña* de “un señor oficial”. Igual ocurrió para decidarnos a ilustrar el forro de este libro con el *Castigo de los rebeldes*, de Sandro Boticelli, y un grabado cuyo tema es la guillotina. Sólo queremos mover a reflexión sobre este tema que pareciera por momentos convertirse en tabú.

Señala Diego Valadés que en la academia mexicana no hay temas prohibidos y que, por el contrario, todos los asuntos de relevancia cultural deben ser objeto de cuidadoso estudio. Le asiste toda la razón: ninguna sociedad debe renunciar a abundar sobre cuestiones que habrán de repercutir en su propia sobrevivencia. En esta obra hacemos eco de importantes discusiones que se han dado en torno a estos temas.¹¹ Sin obviar que hacen falta muchísimos más estudios para que

¹¹ Algunos de los problemas han sido abordados recientemente en Andres Roemer y Edgardo Buscaglia, comps., *Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de derecho y economía*, México, UNAM, 2006, y muchos temas se han ventidado en la novel revista *Criminogénesis. Revista especializada en criminología y derecho penal* (México, DF), dirigida por Alejandro Carlos Espinosa, así como en *Iter criminis. Revista de ciencias penales*, editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, o en *Criminalia* de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y la *Revista Mexicana de Justicia*, de la Procuraduría General de la República.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

se consiga mejorar el conocimiento de nuestro sistema penal y las implicaciones sociales, políticas, económica, por citar algunas, que lleva aparejado. Si bien es cierto que no hay temas prohibidos, esperemos que haya muchos académicos convencidos de que vale la pena profundizar en tales tópicos con el afán de coadyuvar a construir una sociedad mejor, donde el clima que respiren los ciudadanos no sea el de la incertidumbre o el miedo.

Mi agradecimiento, personal y en nombre de los coordinadores, a las instituciones y personas que hicieron posible la publicación de esta obra colectiva. Debo decir que ha sido un verdadero gusto encontrar en Manuel Cifuentes Vargas un valioso colaborador, paisano y amigo. Las preocupaciones comunes se advierten en el extenso trabajo que nos ofrece.

Debo mencionar, en lo personal, que en los posgrados de la UNAM y de las universidades Autónoma de Sinaloa, Autónoma de Guerrero y Veracruzana, he encontrado excelentes espacios de reflexión sobre estos y otros temas, por lo cual agradezco ampliamente las invitaciones de los profesores Manuel de Jesús Esquivel Leya, María del Carmen Ainaga Vargas, Raúl Olivares Vionet y Tonatiuh Astudillo Méndez para participar en dichos programas como profesor y tutor. Máxime cuándo dos de estas instituciones fungen como coeditoras.

Ha sido en estos espacios universitarios donde he intentado aplicar la idea de que los académicos, para ir por buen camino, debemos romper los mitos y esas formas caducas de ver el pasado; debemos ser capaces de avizorar los futuros posibles, de inquietar y hasta enfurecer a quienes defienden las viejas formas de pensar. Mis intentos han contado en muchas ocasiones con la complicidad y comprensión de much@s alumn@s y maestr@s cuya lista afortunadamente es extensa, a tod@s ell@s mi agradecimiento y reconocimiento.

Para cerrar esta presentación, cito la siguiente reflexión de Fernando Díaz Colorado, sobre el reto y labor de los juristas contemporáneos: “Construir un derecho que pretenda alcanzar la satisfacción de las necesidades más profundas de una sociedad, que permita un ejercicio más flexible y menos rígido, que sus decisiones correspondan con la vivencia y la experiencia de los actores que las propician, no un derecho que flota por encima del hombre y que pretende controlar y sancionar y no comprender la entrañable condición humana”.¹²

Al final, los coordinadores creemos que frente a la crisis que se vive, la discusión y crítica de las soluciones presentadas por el poder público, son esenciales para una reflexión racional acerca de lo que podemos esperar no sólo de nuestro sistema penal, sino del modelo democrático que estamos construyendo.

David CIENFUEGOS SALGADO

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores
Chilpancingo, Guerrero, julio de 2009

¹² Fernando Díaz Colorado, “La justicia: de la venganza a la compensación”, en Ana Messuti y Julio Andrés Sampedro Arrubla, comps., *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, obra citada, p. 83.