

¿UNA DISYUNTIVA POSIBLE? ENEMIGOS VS. CIUDADANOS

Rebeca Elizabeth Contreras López¹

Sumario: Introducción. 1. Niveles de análisis. 2. ¿Enemigos *vs.* ciudadanos? Desde la perspectiva de los derechos humanos. 3. El llamado “derecho penal del enemigo”. 4. Las excepciones en el proceso penal acusatorio mexicano. 4.1 El arraigo como mecanismo constitucional. 4.2 Prisión preventiva oficiosa. 4.3 La puesta a prueba de las excepciones citadas. Reflexión final.

INTRODUCCIÓN

Esta reflexión busca esclarecer si las excepciones establecidas en la Constitución mexicana para perseguir la delincuencia “grave”, en ocasiones asimilada a la delincuencia organizada, vulneran los principios básicos del sistema penal acusatorio que la propia Constitución establece. Y me refiero a principios tales como: igualdad, presunción de inocencia y protección de los derechos humanos. Los cuales además, se asumen como principios garantistas frente a lo que se ha denominado derecho penal del enemigo.

A partir de la visión de Mario Bunge acerca de la puesta a prueba de las teorías morales en contrastación con realidades fácticas, se busca confrontar las excepciones de arraigo y prisión preventiva “oficiosa” para casos de delitos graves para establecer la

¹ Investigadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, miembro del Sistema Nacional de Investigadores y profesora de Derecho penal, Política criminal y metodología del Derecho. Directora de *Letras Jurídicas*. Revista multidisciplinar del CEDEGS-UV.

congruencia de dichas disposiciones que regula la Constitución mexicana frente a los principios del proceso penal acusatorio que también se encuentran normados constitucionalmente.

Para lograr lo anterior se acude al sentido de la disyuntiva que nos implica elegir entre dos opciones contradictorias, básicamente para preguntarnos si, en un estado democrático de derecho y bajo la perspectiva de los derechos humanos ¿es posible catalogar a los individuos como ciudadanos versus enemigos? Ello siguiendo el planteamiento teórico del llamado “derecho penal” del enemigo.

Así se pone en duda la coherencia lógica interna y externa de este referente teórico que, desde mi punto de vista, es inviable para sustentar reformas sociales y jurídicas, como las que aparecen hoy en día en la Constitución mexicana referidas a crimen organizado y delincuencia grave.

1. NIVELES DE ANÁLISIS

Una disyuntiva implica elegir entre dos posibilidades opuestas, en donde una excluye a la otra. Me recuerda la frase de los fundamentalismos “o estás conmigo o estás contra mí”. Lo que significaría que el mundo es blanco o negro, pero lo cierto es que en el mundo existen múltiples matices en los cuales lo blanco no implica lo “bueno”, o positivo y lo negro “lo malo”, o negativo. Sin embargo, cuando elegimos al ciudadano sobre otros seres humanos a los que calificamos de “enemigos” estamos, claramente, negando la humanidad de estos últimos y ello, en mi opinión, es una disyuntiva imposible, ya que no podemos optar por unos sobre otros. Y ello es válido tanto en la vida real como en las elaboraciones teóricas más sofisticadas.

Entonces ¿cuál es el problema que encierra el denominado “derecho penal del enemigo”? En principio y de manera fundamental los niveles de análisis desde los que se aborde la cuestión, lo que implica que no porque ocurra un hecho grave, violento y

que afecte severamente a otros, podemos asumir que la solución está en excluir, criminalizar y atacar al agresor, menos aún con las herramientas del derecho o la moral. Así, tenemos que partir de la existencia de distintos ámbitos de discusión en los cuales encontramos los fundamentos o principios jurídicos, los elementos aceptados de la moral, pero también las decisiones políticas en contextos determinados, junto a los hechos concretos.

Recurso a un clásico: Mario Bunge (1996) plantea la existencia de verdades y hechos morales. Señala que una norma moral, que se refiere a hechos morales es susceptible de ponerse a prueba empíricamente. Eso puede realizarse de tres maneras diferentes, aunque complementarias:²

1. Compatibilidad con principios superiores (los primeros principios morales y metaéticos del sistema en cuestión);
2. Compatibilidad con el conocimiento pertinente (ordinario, científico o técnico), y
3. Contribución al bienestar individual o social, es decir, la prueba de su eficacia respecto de los valores básicos subyacentes.

Ahora bien, las teorías éticas consideradas como “sistemas hipotético-deductivos de ideas referentes a la naturaleza, raíz y función de las normas morales”;³ son, para Bunge, comprobables de la misma forma que las teorías científicas, es decir, a partir de su compatibilidad con los hechos o con otras teorías. Así se exige que una teoría moral tenga:

² Mario Bunge, *Hechos y verdades morales en filosofía moral, educación e historia. Homenaje a Fernando Salmerón*, León Olivé y Luis Villoro (eds.). México, Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de investigaciones Filosóficas, UNAM, 1996, p. 30.

³ *Ibid.*, pp. 32 y 33.

- A) Coherencia lógica interna (no contradicción);
- B) Coherencia externa, es decir, compatibilidad con el saber científico y técnico acerca de la naturaleza humana y las instituciones;
- C) Capacidad de dar cuenta de códigos morales viables, es decir, vivibles;
- D) Utilidad para sugerir reformas sociales necesarias para el ejercicio del juicio moral;
- E) Utilidad en analizar conceptos y principios morales y éticos, y
- F) Utilidad para resolver problemas morales y zanjar disputas éticas.

Una de las consecuencias básicas de afirmar que existen hechos morales es que “los juicios morales no son totalmente subjetivos y relativos”, ya que es posible evaluarlos a la luz de la experiencia, así como discutirlos racionalmente. Todo lo cual conlleva la posibilidad de reconstruir a la sociedad bajo la perspectiva de la discusión ética.

2. ¿ENEMIGOS VS. CIUDADANOS?

DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cuando se habla de la perspectiva de derechos humanos asumo que bajo cualquier circunstancia se deben respetar estos derechos y que la efectividad de los mismos debe ser encauzada a su protección más amplia con base en los marcos jurídicos internos e internacionales. Los derechos humanos se han globalizado y con ello se fundamenta la necesidad de su protección y eficacia, pero ello también implica establecer acuerdos mínimos sobre cuáles son las exigencias que el Estado debe cumplir para hacer efectiva su protección. Porque en el marco de discusión no podemos olvidar que acudimos a la extrema polarización de las regiones en el mundo y la marginación de millones de personas que no saben “bien a bien”

qué son los derechos humanos o cómo les beneficia la discusión respecto de los mismos.⁴

Ferrajoli, atinadamente afirma que los derechos, aunque estén reconocidos en las Constituciones del mundo, si no son garantizados efectivamente no tienen ninguna utilidad.⁵ En la obra *La ley del más débil*, Ferrajoli plantea un cambio de paradigma del modelo positivista del Estado al Estado constitucional de derecho, que para él es un modelo garantista. Un garantismo que siempre ha postulado como necesario para fortalecer la protección de las personas y regir, en todo caso, los sistemas de justicia. Dos aspectos sustanciales de esta transformación, dice Ferrajoli, son aspectos de teoría política que trascienden la visión puramente procedimental de la democracia y, en el ámbito de la interpretación y aplicación de la ley, se realiza una redefinición del papel del juez y su función.⁶ Aunque el Estado mexicano todavía no es un estado constitucional de derecho, ya empezó su tránsito a partir de las reformas a la Constitución Federal de 2011, e incluso de 2008, con el procedimiento penal acusatorio y adversarial.⁷

Expresamente, el interés fundamental de esas reformas constitucionales ha sido la protección y tutela efectiva de los derechos de “todas” las personas. Ofrece así, una visión cosmopolita, en la cual la lucha por los derechos humanos es una sola y parte de la aceptación del otro en sus diferencias y singularidades pero, asumiendo las necesidades que cada grupo en particular requiere solventar.⁸

⁴ Cf. Los interesantes artículos publicados en *La globalización de los derechos humanos*, edición de Matthew J. Gibney. Crítica, Barcelona, 2004, p. 248.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías (la ley del más débil)*. Trotta, Madrid, 2001, p. 180.

⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁷ Cf. Contreras López, R., “Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2015, pp. 33-51.

⁸ Appiah, K. Anthony, “Ciudadanos del mundo”, en *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2004, pp. 197-232.

Cuando observamos las excepciones que establece el sistema penal mexicano en casos específicos, no podemos menos que recuperar los planteamientos del denominado “derecho penal del enemigo”. Al respecto es interesante empezar por el apuntamiento del profesor Zaffaroni, al señalar que los ámbitos político y jurídico son diferentes y que no es posible trasladarnos del uno al otro, sin elementos conceptuales y metodológicos claros, ya que los riesgos que se corren son muchos, sobre todo a la hora de poner al derecho en acción.⁹

Un elemento a tomar en cuenta es que la propia configuración del ciudadano implica una exclusión, ya que formalmente son ciudadanos los que son reconocidos como tales en una nación y un orden jurídico concreto: Edad, lugar de nacimiento, etcétera. Lo que no implica, hoy día, que los que no tienen ese carácter formal, carezcan de derechos. La discusión con el fenómeno de la migración ilegal es que más allá de los derechos de ciudadanía, lo que se defiende son los derechos humanos de miles de personas que se encuentran en esa situación pero que, por desgracia, ha llevado a la marginación, discriminación y a la exclusión más cruel de la propia dignidad humana.

Por ello, en mi opinión, en la parte sustantiva del derecho penal no es posible transigir sobre la posibilidad de violentar derechos y garantías. El modelo jurídico penal es un modelo liberal democrático que para preservar el orden común debe buscar los equilibrios necesarios para no menoscabar la integridad humana de las personas. En el ámbito político pueden operar otras racionalidades que no siempre se pueden explicar y menos justificar pero que, en ese ámbito político y eminentemente pragmático son operativas, se espera que tengan ciertos resultados, aunque desde luego reflejan visiones autoritarias y francamente arbitrarias. Ahí es donde aparecen los clarooscuros del sistema jurídico, es preci-

⁹ E. R. Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*. Universidad Santo Tomás, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2006.

samente en ese ámbito político (no penal), en el que se abre la discusión sobre el llamado “derecho penal” del enemigo.

3. EL LLAMADO “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”

Para evitar el peligroso acercamiento a regímenes autoritarios son imprescindibles los principios limitadores de la criminalización, que permiten atemperar el poder de punición del estado. Pues como afirma Zaffaroni:

[...] en la medida en que el estado de derecho cede a las presiones del estado de policía encapsulado en su seno, pierde racionalidad y debilita su función de pacificación social, pero al mismo tiempo pierde nivel ético, porque acentúa la arbitrariedad de la coacción.¹⁰

Es indispensable aclarar los límites reales y jurídicos del poder punitivo del Estado, ya que esos límites se han traducido en principios, a partir de los cuales se garantiza que el poder del Estado no será ilimitado, ni arbitrario. A partir de esos límites se establece la certeza del respeto a los derechos humanos y principios fundamentales del derecho penal y del procedimiento penal, constitucionalmente establecidos.¹¹

Un principio fundamental para la sistemática penal y, limitador del poder de punición, es el de culpabilidad, ya que su esencia es el concepto mismo de persona, que hoy se discute en el llamado “derecho penal del enemigo” que (hay que insistir) es un problema del ámbito político y no penal. Porque el principio de culpabilidad implica que el injusto se vincula a su autor y por ello opera “como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre

¹⁰ E. R. Zaffaroni y otros, *Derecho penal, parte general*. Porrúa, México, 2001, p. 131.

¹¹ Rebeca E. Contreras López, *El poder punitivo del Estado mexicano (fundamentos y límites)*. Secretaría de Seguridad Pública, Veracruz, México, 2004, pp. 159 y 160.

éste”.¹² Y el autor, en cualquier circunstancia, es una persona, que goza de un entramado jurídico de derechos, obligaciones y protecciones diversas, aplicables en el procedimiento penal.

Dentro de la visión preventiva del derecho penal, encontramos múltiples opciones de utilizar al derecho penal como medio disuasorio que, en ocasiones, se contrapone a los mínimos éticos que un estado garantista debe preservar. Así afirma Zaffaroni que esas visiones:

[...] son incompatibles con un derecho penal reductor en razón de la *reetización* que éste demanda, al erigirse en la exigencia de una ética mínima en el ejercicio del poder punitivo del estado. Este mínimo ético no existe cuando se lo ejerce sólo o principalmente conforme a supuestas o reales necesidades del estado: por mucho que se lo matice, el planteo preventivista siempre lleva a que las personas sean usadas como medios para satisfacer necesidades del estado, siendo, por lo tanto, degradadas a la condición de *cosas* al servicio de otros fines.¹³

En la discusión sobre el derecho penal de enemigos hay que considerar que en las distintas sociedades siempre ha existido la exclusión de los diferentes o marginales, pero esa exclusión se realiza por decisiones políticas y no jurídicas que, en muchas ocasiones, no cumplen con ese mínimo ético de respeto y protección de derechos fundamentales.

Otro aspecto sustancial para entender el proceso penal, en su vena francamente inquisitiva, es que se “confiscó a la víctima” y por tanto, se traslada el conflicto entre el soberano (en este caso las autoridades penales) y el agresor, ignorando el respeto a los derechos humanos tanto del victimario, como de la víctima. Esa figura preponderante del soberano ante el poder de punición es un elemento que debe tomarse en consideración ante las graves violaciones que hoy en día se legalizan para enfrentar la criminalidad organizada.

¹² Zaffaroni, *Derecho penal...*, p. 620.

¹³ *Ibid.*, p. 621.

Mi posición es que los estados democráticos contemporáneos tendrían que haber superado los linderos del autoritarismo y la arbitrariedad, sin embargo, permanentemente observamos “regresiones” que nos obligan a discutir la existencia de un posible “derecho penal del enemigo”, en este caso, en la propia Constitución mexicana.

Un cambio que en su momento pudo parecer paradigmático para el Derecho penal actual fue la referencia a un *derecho penal del enemigo*, que puso en la mesa de discusión Jakobs, desde los años ochenta y que ha generado una amplia polémica. Este planteamiento, junto al derecho penal de diversas velocidades,¹⁴ que desarrolla Silva Sánchez, al final del siglo XX, permiten discutir los principios liberales clásicos del Derecho penal de la primera modernidad.¹⁵ Lo que llama la atención es la adopción que hemos realizado, en México, de estos parámetros diferenciados en el tratamiento de la delincuencia organizada, con un claro deterioro de los principios constitucionales garantistas del derecho penal.

El llamado *derecho penal del enemigo* es una denominación introducida por Günther Jakobs y que contrapone al derecho penal de los ciudadanos. En esta nueva modalidad del derecho penal se realiza una amplia anticipación de la protección penal.¹⁶

Para Jakobs (citado por Silva) “[...] el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental”.¹⁷ Es decir, para Jakobs, aparece un nuevo sujeto del derecho penal: *el enemigo*. Que contrapone al ciu-

¹⁴ Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, Madrid, 2001. R.E. Contreras López, *Derecho penal económico en el contexto global: una mirada introductoria*. Universidad Veracruzana, Xalapa, 2015.

¹⁵ Que se inicia con la Ilustración y concluye con el fin de la Guerra Fría, cf. Ulrich Beck, *Poder y contrapoder en la era global, la nueva economía política mundial*, tr. R.S. Carbó, Paidós, Barcelona, 2004.

¹⁶ Günther Jakobs, *Estudios de derecho penal*, tr. Peñaranda, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 y ss.

¹⁷ Silva Sánchez, *La expansión del...*, op. cit., p. 164.

dadano con todos los derechos y garantías que le son inherentes. Gracia Martín afirma que frente al *status* de ciudadano encontramos a estos nuevos sujetos que, dado que han abandonado el Derecho de modo permanente, abandonan también el *status* de ciudadano.¹⁸

En el *Derecho penal del enemigo*, se da una amplia anticipación de la protección penal, cuyos fines preventivos superan a la valoración dogmática del delito y la culpabilidad, así como un debilitamiento evidente de las garantías procesales.¹⁹ En esta reflexión, el escenario al que nos enfrentamos es el que plantea la disyuntiva inicial: aunque más que ciudadano *vs.* enemigo, es la disyuntiva entre libertad y seguridad; lo que insisto tiene que ver más con el régimen político asumido que con los fundamentos del derecho penal.

Por tanto, la pregunta central es si el derecho penal liberal, garantista, que heredamos de la Ilustración sigue siendo un instrumento adecuado para enfrentar las nuevas modalidades criminales. Si efectivamente todos somos iguales y tenemos los mismos derechos y libertades, sin importar origen, religión o cuentas bancarias. A partir de ello, debemos establecer que es posible seguir, o no, luchando por preservar los principios liberales y humanistas del derecho penal. La otra posición es que ante la alarmante situación de la criminalidad en diversas partes del mundo (en concreto en México) se puede tolerar una disminución de garantías, en aras de la “seguridad”. Diez Ripollés afirma que hoy en día arribamos a un nuevo modelo de derecho penal, dentro de la sociedad del riesgo, a lo que denomina el “derecho penal de la seguridad ciudadana”.²⁰

¹⁸ Luis Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, presentación por Bernd Schünemann, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 121.

¹⁹ Günther Jakobs, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trs. Cuello Contreras y Serrano González, 2a. ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1977, p. 1113.

²⁰ José Luis Diez Ripollés, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 07-01, 2005, p. 01:1-01:37. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

Por su parte, Jakobs defiende su explicación del derecho penal del enemigo argumentando que solo describe lo que efectivamente sucede en el mundo; aunque, repetidas veces defiende la legitimidad de tal derecho, bajo el argumento del derecho a la seguridad que todo ciudadano tiene.²¹ Concluye que es preferible que el derecho penal del enemigo no se mezcle con el derecho penal del ciudadano, es decir son coexistentes para tratar a “distintos” tipos de personas, una posición que desde luego es absolutamente inconsistente con la perspectiva de los derechos humanos.

Muñoz Conde,²² en España, afirma que el derecho penal del enemigo que asume Jakobs se parece en mucho al ya desacreditado derecho penal de autor, en lo que coincide Cancio Meliá²³ (en publicación conjunta con Jakobs). Muñoz Conde indica que cuando Jakobs identifica a los posibles enemigos, los señala por su ocupación profesional o pertenencia a una organización, se refiere a “cierto tipo de sujetos” y no a los hechos que realizan.²⁴ Asegura que un derecho penal excepcional es el que se está utilizando contra el terrorismo o la criminalidad organizada, en el que se rompen los parámetros generalmente aceptados del Estado de derecho.

Aunque las situaciones concretas del régimen excepcional se refleja en: detenciones injustificadas, violaciones a la intimidad de las personas, obtención ilegal de pruebas que luego son utilizadas en juicio, declaración del arrepentido. La pregunta de fondo es si estas medidas, a pesar de encontrarse legalmente establecidas ¿son legítimas? Y están o no, en consonancia con el Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

Al respecto, Zaffaroni afirma que el “poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no

²¹ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 106.

²² Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 94.

²³ Cancio, *op. cit.*

²⁴ Muñoz Conde, *De nuevo sobre...*, *op. cit.*, p. 38.

correspondía a la condición de *personas*, dado que sólo los consideraba como *entes peligrosos o dañinos*".²⁵ Por tanto, la discusión no es nueva solo que ahora cobra relevancia por la magnitud de los hechos criminales que enfrentamos. Es importante reiterar que ese tratamiento diferenciado de los seres humanos es signo de un estado absolutista, porque esa discusión es eminentemente política y no penal, porque la doctrina y la legislación penal corresponden a un estado constitucional de derecho, sin excepciones.

Recuerda Zaffaroni que, el concepto de enemigo tiene su origen en el derecho romano y fue ampliamente tratado en la teoría política de Carl Schmitt:

Para este teórico del estado absoluto el enemigo no es cualquier sujeto infractor, sino el otro, el extranjero y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido particularmente intensivo, algo otro o extranjero, de modo que, en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero descomprometido y por eso imparcial.²⁶

En el derecho romano se distinguía entre el *inimicus* y el *hostis*, el primero era el enemigo personal, el segundo el enemigo político, frente al cual existe siempre la posibilidad de la guerra. "El extranjero, el extraño, el enemigo, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, que estaba *fuera de la comunidad*".²⁷

En mi opinión, el eje sustancial de la discusión es la posibilidad de admitir el concepto de enemigo en el derecho penal. Una discusión que debe hacerse en el contexto de un estado de derecho y, en el caso de México con base en la reforma de derechos humanos (2011) a la Constitución federal. Lo importante no es si conserva o no derechos o cuáles se le pueden reducir, sino más bien

²⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*. Universidad Santo Tomás, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2006, p. 19.

²⁶ *Ibid.*, p. 32.

²⁷ *Ibid.*, p. 33.

bajo qué argumentos es posible (¿si lo es?) asumir la existencia del *otro* (diferente y peligroso) frente al ciudadano común.

Sin duda, esta ideología tiene un efecto perverso que, a la vez, es una oportunidad para revisar el sentido mismo de lo que es el derecho penal. Porque esta denominación se utiliza equívocamente, en contextos diferentes. Así, por un lado tenemos el ejercicio real, sociológico del poder del estado, es decir, *el poder punitivo*. Por otro, la *legislación penal* referida al conjunto de preceptos normativos que regulan conductas y establecen penas y, una connotación más es la referida al *derecho penal* como doctrina jurídico penal: la ciencia del derecho penal. Todas ellas, además, con un vínculo indisoluble con el procedimiento penal, en un contexto político determinado.

Hay que tener cuidado, ya que al ceder terreno al estado de policía (represivo, autoritario), éste crecerá desmesuradamente, en la medida en que el poder real se lo permita, con argumentos de justificación como ‘la necesidad de la medida para mantener la seguridad’. Ello está ocurriendo en México con la militarización de la seguridad pública en temas de crimen organizado, que se encuentra presente en este “nuevo” procedimiento penal, pero sobre todo con las excepciones formalmente establecidas en el propio sistema penal mexicano.

4. LAS EXCEPCIONES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO MEXICANO

El proceso penal acusatorio adversarial en el contexto mexicano se introduce a la Constitución Federal en el 2008, sus bases políticas son la convicción del respeto a derechos y libertades fundamentales, en un ambiente democrático, de derecho; con la certeza de que las autoridades de procuración y administración de justicia realizan sus funciones en forma adecuada, eficiente y legal. Sin

embargo, este procedimiento aparece en un contexto histórico de corrupción, ineficiencia e impunidad creciente en el país.²⁸

Sostengo, sin duda, que la discusión del derecho penal del enemigo y, en este caso, las excepciones dentro del proceso penal acusatorio referidas sobre todo a la criminalidad organizada, son temas de política criminal y no de derecho penal. A continuación realizaré un ejercicio de reflexión a partir de los argumentos inicialmente señalados.

4.1 El arraigo como mecanismo constitucional

Lo primero que se debe recordar es que el arraigo es una medida excepcional que en principio se encontraba regulada en leyes secundarias, pero cuando se tachó de inconstitucional, los legisladores mexicanos lo trasladaron a la propia Constitución en 2008.²⁹

Hoy en día, el arraigo mexicano sigue siendo un motivo de queja permanente por parte de las organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos, ya que se trata de una privación de la libertad, sin proceso previo, ni datos de prueba suficientes para legalizar una detención.³⁰

El artículo 16 de la Constitución federal, sobre el arraigo establece (el resaltado es mío):

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado

²⁸ Índice Global de Impunidad (IGI-2015), Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ), Universidad de las Américas Puebla, disponible en www.udlap.mx/cesij consultado abril 2015.

²⁹ *Diario Oficial de la Federación* de fecha 18 de junio de 2008.

³⁰ Informe CIDH (2015). Situación de derechos humanos en México, informe para México de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/SER.L/V/II, Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015.

se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

4.2 Prisión preventiva oficiosa.

Primero que nada hay que decir que, expresamente, el texto constitucional recoge una serie de principios que son la base de este procedimiento penal: presunción de inocencia, transparencia, protección de derechos humanos, atención a las víctimas, imparcialidad y equilibrio procesal, entre otros (artículo 20 constitucional).

Una excepción, señalada en el texto constitucional es la relativa a la retención por parte del Ministerio Público que establece el artículo 16 constitucional, en la cual dicha retención será por 48 horas, pero “este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada”. Es decir, se establece una excepción en estos casos, a pesar de la presunción de inocencia y a pesar de que aún no se ha determinado si efectivamente se trata o no de una persona involucrada en temas de crimen organizado.

Específicamente para el tema que nos ocupa es aún más grave la regulación de la prisión preventiva “oficiosa” que establece el artículo 19 constitucional, al señalar que (el resaltado es mío):

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Por su parte, el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, indica que los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, previstos en el Código Penal Federal, son los siguientes:

- I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
- II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
- VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pedestrestia, previsto en el artículo 209 Bis;
- X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
- XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

4.3 *La puesta a prueba de las excepciones citadas.*

Iniciamos la discusión, apelando al eje sustancial de todo este entramado jurídico que es la igualdad de todos ante la ley (Art. 1o. constitucional), así como la prohibición de discriminación, todo lo cual lleva implícita una norma moral: “no hacer distinción alguna entre las personas”.

Por tanto, las bases de ese procedimiento penal podemos considerarlas un hecho moral, porque trascienden la mera expresión de ideas y preferencias y se convierten en los ejes de la actuación de las autoridades a la hora de aplicar la ley en los casos concretos.

Si esto es así, podemos considerar la propuesta de Bunge³¹ ya citada, para poner a prueba estos hechos con base en tres aspectos complementarios.

1. Considerando como principios superiores del procedimiento penal acusatorio, entre otros: la igualdad, la presunción de inocencia y la protección de los derechos humanos de todas las personas, es decir, se trata de principios morales de todo el sistema jurídico mexicano y, específicamente, del procedimiento penal acusatorio. Así tenemos que:
 - a) El principio de igualdad se basa en que todas las personas son iguales ante la ley.
 - b) El principio de presunción de inocencia significa que: El imputado debe ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso penal, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme.
 - c) El principio de protección de derechos humanos establece la obligación de las autoridades de respetar, preservar y proteger los derechos de todos los individuos sin distinción alguna, ya que tiene como sustento el reconocimiento de la dignidad humana de todas las personas.

³¹ Bunge, *Hechos y verdades...*, *op. cit.*, p. 30.

2. En este punto debemos tomar en cuenta como conocimiento pertinente, tanto el desarrollo de la dogmática penal en su sesgo garantista, como en el del llamado derecho penal del enemigo.³²

En forma sintética señalaré algunos elementos del garantismo penal y del derecho penal de enemigos con base en las argumentaciones de Ferrajoli y de Jakobs, respectivamente.

- a) Garantismo penal. Además de la visión protectora y garante de derechos fundamentales que, para Ferrajoli, debe tener el Derecho Penal. Cuando habla de el Estado de Derecho, trasciende el puro formalismo y afirma:

En sentido lato, débil o formal, «estado de derecho» designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son *conferidos* por la ley y ejercitados en *las formas* y con los procedimientos legalmente establecidos. (...)

En un segundo sentido, fuerte o sustancial, “estado de derecho” designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, *sujetos* a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los *contenidos*.³³

- b) Derecho penal del enemigo. La posición desarrollada por Jakobs (a la que ya se refirió) de justificar la exclusión de ciertos sujetos “peligrosos” en aras de la seguridad de los ciudadanos “respetuosos” de la ley. Lo que ha implicado medidas diferenciadas (en estados considerados democráticos y con procesos penales garantistas) tratándose de ese “tipo” de personas.

3. El tercer aspecto tiene que ver con la posibilidad que ese hecho contribuya al bienestar individual o social, es decir

³² Aunque dudo que este último sea unánimemente aceptado como “conocimiento pertinente” por los teóricos del derecho penal, ya que más bien es considerado una pervisión de un derecho, si se puede llamar así, de sesgo autoritario y represivo.

³³ Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de derecho*, en RIFP, núm. 17, 2001, pp. 31-45. Consultado en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>

que sea eficaz “respecto de valores básicos subyacentes”. En mi opinión el valor subyacente que se debe considerar es el de la seguridad de los “ciudadanos respetuosos de la ley”. Ya que constituye el argumento fuerte del llamado “derecho penal” del enemigo.

Lo que hay que discutir ahora es si la exclusión de ciertas personas en el procedimiento penal, a las cuales se considera peligrosas (enemigos) con medidas de excepción es un mecanismo eficaz y contribuye a aumentar la seguridad de las personas. Aquí solo debemos observar los niveles de violencia y delincuencia que vive México, con altísimas tasas de homicidios pero, lo que es peor, con personas desaparecidas y ejecuciones que cada vez son más evidentes con la aparición de fosas clandestinas o, incluso, de un número superior al oficial de cadáveres en panteones municipales.

Por tanto, no hay prueba de su eficacia y es dudosa la contribución de estas medidas excepcionales al bienestar social, por lo que es posible afirmar que con ellas se traicionan los principios básicos subyacentes del sistema penal mexicano.

Lo que nos encontramos es que particularmente el arraigo ha sido señalado, internacionalmente, como un espacio de violación de derechos humanos, particularmente a través de la tortura, en donde un escaso porcentaje de los que son arraigados al final son llevados a un proceso penal.³⁴ Ello a pesar de que reiteradamente la SCJN avala su uso.³⁵

Respecto de la prisión preventiva oficiosa es necesario poner las cosas en contexto. Una de las razones de mayor peso para introducir el proceso penal acusatorio fue disminuir la utilización de esta figura que además está unida a la grave situación del sis-

³⁴ Informe Amnistía Internacional (2015/2016) sobre la situación de los derechos humanos en el mundo, consultado el 29 de febrero de 2016, en <https://www.amnesty.org/es/countries/americas/mexico/report-mexico/>

³⁵ “Pese a su aprobación, algunos ministros reconocieron que esta figura jurídica restringe gravemente la libertad de los sospechosos”. *Excelsior*, 15 de abril 2015. Consultado en: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/04/15/1018707>

tema penitenciario mexicano. Sin embargo, en la realidad se mantiene un catálogo de delitos en el cual se debe privar de libertad a personas que aún no han sido señaladas como responsables de un delito. Es decir, contrariando el principio de presunción de inocencia: se les trata como culpables antes de ser sentenciados (Artículo 167 del CNPP).

REFLEXIÓN FINAL

En mi opinión, desde la perspectiva de la dogmática penal no es posible realizar exclusión alguna de unos seres humanos respecto de otros, sin traicionar los principios básicos del derecho penal. Pese a ello, en el ámbito político, el tema de la eficacia es el único punto de discusión respecto a la adopción de medidas excepcionales como el arraigo y la prisión preventiva oficiosa en el sistema penal mexicano.

Los principios, constitucionalmente establecidos, del proceso penal acusatorio son teorías morales que pueden ser confrontadas con la realidad para establecer su congruencia, en este sentido las excepciones a que se hace referencia en este texto, junto con la teoría del enemigo, carecen de congruencia interna y externa, por lo que son inviables para sustentar reformas sociales y legales.

Al referirnos a medidas de política criminal (como el arraigo y la prisión preventiva) que no modifican sustancialmente al derecho penal y sus principios básicos, la única forma de justificarlas es a partir de su “eficacia” en la lucha contra la criminalidad. Sin embargo, en México es evidente que esa supuesta “eficacia” es inexistente ante las cifras oficiales, aunada a la cifra negra de la criminalidad. Por tanto, si el Estado mexicano ha asumido un sistema penal, con sus fines y principios subyacentes, que se enmarcan en un contexto democrático y de derecho humanos, recogido en la Constitución federal, es inobjetable que no puede, al mismo tiempo, legitimar medidas arbitrarias que son propias de un estado autoritario que, ade-

más, se encuentra rebasado en su capacidad para hacer frente a la crisis de legitimidad e inseguridad que hoy vive el país.

FUENTES

- APPIAH, K. Anthony, “Ciudadanos del mundo”, en *La globalización de los derechos humanos*. Crítica, Barcelona, 2004, pp. 197-232.
- BECK, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global, la nueva economía política mundial*, tr. R.S. Carbó, Paidós, Barcelona, 2004.
- BUNGE, Mario, “Hechos y verdades morales”, en *Filosofía moral, educación e historia. Homenaje a Fernando Salmerón*, León Olivé y Luis Villoro (eds.). México, Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de investigaciones Filosóficas, UNAM, 1996.
- CONTRERAS LÓPEZ, R. E., *Derecho penal económico en el contexto global: una mirada introductoria*. Universidad Veracruzana, Xalapa, 2015.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E., *El poder punitivo del Estado mexicano (fundamentos y límites)*. Secretaría de Seguridad Pública, Veracruz, México, 2004.
- CONTRERAS LÓPEZ, R., “Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México”, en *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 33, 2015.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-01, 2005. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías (la ley del más débil)*. Trotta, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en RIFP, núm. 17, 2001. Consultado en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>

GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, presentación por Bernd Schünemann, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Índice Global de Impunidad (IGI-2015), Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ), Universidad de las Américas Puebla, disponible en www.udlap.mx/cesij consultado abril 2015.

Informe Amnistía Internacional (2015/2016) sobre la situación de los derechos humanos en el mundo, consultado el 29 de febrero de 2016, en <https://www.amnesty.org/es/countries/americas/mexico/report-mexico/>

Informe CIDH, Situación de derechos humanos en México, informe para México de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/SER.L/V/II, Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015.

JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, tr. Peñaranda, Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trs. Cuello Contreras y Serrano González, 2a. ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1977.

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, Madrid, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros, *Derecho penal, parte general*. Porrúa, México, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*. Universidad Santo Tomás, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2006.