

## UNA VISIÓN POLÍTICO-CRIMINAL EN EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

### A POLITICAL-CRIMINAL VISION OF THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY

Recepción: 31 de octubre de 2022  
Aceptación: 30 de noviembre de 2022

José Felipe BASTIDAS ÁLVAREZ<sup>78</sup>

**SUMARIO:** Resumen. 1. ¿Qué es el derecho penal del enemigo? 2. Las expresiones político-criminales del derecho penal del enemigo. 3. Cogitationis poenam nemo patitur. Conclusiones.

**RESUMEN:** El derecho penal del enemigo, es un pensamiento doctrinal que sustenta el derecho penal más contundente en la actualidad, este versa sobre un funcionalismo radical normativista que pretende hacer unos trazos para llegar a una función punitiva más conectada con la realidad, esto es, más contundente. La principal característica es la prospectiva que se aplica en los tipos por la peligrosidad de ciertos entes, por ello, en esta perspectiva es importante señalar al verdadero enemigo al cual se le relativizaran derechos.

**Palabras clave:** Derecho penal, teoría del delito, funcionalismo, relativización, tendencia político-criminal.

**ABSTRACT:** *Enemy criminal law is a doctrinal thought that supports the most forceful criminal law today; this is about a radical normativity functionalism that aims to make some strokes to reach a punitive function more connected with reality, that is, more forceful. The main characteristic is the prospective that is applied in the types due to the dangerousness of certain entities; therefore, in this perspective it is important to point out the real enemy to whom rights will be relativized.*

**Keywords:** *Criminal law, crime theory, functionalism, relativization, political-criminal trend.*

DOI:<https://doi.org/10.5281/zenodo.7496014>

---

<sup>78</sup> Estudiante de Doctorado en Ciencias del Derecho de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5244-3028>

## 1. ¿Qué es el derecho penal del enemigo?

Para dar respuesta a la pregunta formulada, en este punto bastara decir que el derecho penal del enemigo es sencillamente un planteamiento doctrinal, pensamiento que ha evolucionado de 1985 hasta la actualidad. Pero con fines del presente y para ostentar una mejor panorámica de este planteamiento doctrinal, se analizará como una tendencia político-criminal que castiga ciertos sectores delictivos, extralimitándose y no respetándose límites que existen en el *ius puniendi*.

Para ello, primero es necesario comprender que es la política criminal, y como define Moreno Hernández: “[...] una disciplina científica estudia las políticas que el Estado adopta para cumplir su función en materia criminal, y tiene como objetivo primordial la lucha contra el delito para lograr la vida ordenada en comunidad; de donde se deriva que el delito constituye el principal objeto de atención de la política criminal”<sup>79</sup>. En este sentido, es imprescindible señalar que en el presente se abordan diversas disciplinas de las ciencias penales, ya que las expresiones político-criminales radican principalmente en el marco legal y en un ámbito de aplicación multisectorial.

Partiendo de lo descrito sobre lo que es el derecho penal del enemigo y el concepto de política criminal, nos concentraremos en el análisis de carácter político-criminal, y para dar inicio se debe entender que como planteamiento doctrinal (El derecho penal del enemigo) se ha estado introduciendo en los Estados como una tendencia o línea político criminal, en la cual su ámbito de aplicación recae en sectores delictivos como: delincuencia organizada, terrorismo o delitos sexuales, y que en la actualidad comienza a tener auge dentro de los delitos económicos.

El derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos según la conceptualización de *Jakobs* y *Cancio Meliá*:

En primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de como es la habitual retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido)<sup>80</sup>.

En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada<sup>81</sup>.

En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas<sup>82</sup>. Esto es, un adelantamiento de la punibilidad por hechos que no se han cometido, tal y como pudiéramos ejemplificar en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada de México en su artículo segundo.

Si bien se pudiera ampliar por medio de múltiples ejemplos, para el conocimiento y

---

79 Moreno, Hernández, Moisés, *Dogmática Penal y Política Criminal*, México, Ubijus Editorial, 2018, p. 170.

80 Jakobs, Gunter y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 78-81.

81 *Ídem*.

82 *Ídem*.

comprensión del derecho penal del enemigo, las dificultades que presenta el Estado mexicano y en especial a razón del fenómeno delincencial que vive el Estado de Sinaloa y otros, nos inclinamos por el fenómeno de la delincuencia organizada, pues al mencionar La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en México, se pudieran proyectar en nuestras memorias algunos sucesos que probablemente vivenciamos en nuestra nación.

De tal suerte se tendría mayor certidumbre en tiempo y espacio para comprender el derecho penal del enemigo expresado formal y materialmente. Sin embargo, cabe señalar que esta teoría no solo se expresa en La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, sino a su vez en la Ley Federal de Extinción de Dominio, Ley de Extradición Internacional, Ley Nacional de Ejecución Penal, entre otras.

Para dar continuidad retomaremos el artículo segundo de La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada mexicana, para clarificar, el primer elemento que nos señalan *Cancio Meliá y Jakobs*<sup>83</sup>, es necesario sustraerlo de la ley en comento, en parte del segundo párrafo el cual refiere respecto del realizar hechos en forma permanente o reiterada... al mencionar la palabra realizar significa que exteriorizaron la intención de delinquir a futuro.

En el párrafo segundo y tercero del mismo artículo menciona: es decir conductas que por sí solas o acompañada de otras [...] y [...] serán sancionadas por ese solo hecho [...] llegando a la comprensión que solo por la conducta realizada (de realizar hechos a futuro) el o las personas ya serían susceptibles de punibilidad, agregando otras conductas, lo cual con el desarrollo de esta ley nos deja en claro que, por solo pertenecer a la delincuencia organizada ya eres susceptible a una sanción, pero si la o las personas cometieran otro ilícito además de pertenecer a la delincuencia organizada, se sumarían ambas sanciones.

En segundo lugar de la conceptualización del derecho penal del enemigo de *Jakobs y Cancio Meliá* es; “[...] las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada[...]”<sup>84</sup>. Las penalidades que contempla la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, van de cuatro a cincuenta años de prisión, así como del decomiso de objetos y bienes propiedad del sentenciado, más el aumento de las penalidades hasta en una mitad en caso de tratarse de servidores públicos o se halla utilizado a menores de edad o incapaces para cometer cualquiera de los delitos que refiera la ley.

Por ende, la media aritmética excede de más de cinco años de prisión con lo cual no tendrían beneficio a ninguna salida alterna como acuerdos reparatorios o suspensión condicional como lo señala la ley procesal mexicana en sus artículos 186 al 200, tampoco al beneficio de purgar condena fuera de un centro penitenciario, si el imputado optara por un procedimiento abreviado.

En el Código Penal para el Estado de Sinaloa en sus artículos 134 y 135, contemplan un delito de hecho consumado, cual es privar de la vida a una persona, la penalidad es de ocho a veintidós años de prisión, de allí partimos sobre una interrogante fundamental para el presente, ¿por qué son más elevadas las penalidades en los delitos prospectivos de La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que en un delito retrospectivo como el homicidio simple en Sinaloa?

---

83 *Ídem*.

84 Jakobs, Gunter y Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, pp. 78-81.

La punibilidad es en apariencia injusta, lo que da por resultado a una ley desproporcionada, que castiga con penalidades más elevadas por la simple exteriorización de pensamientos delictivos, que por otro lado el privar de la vida a una persona como delito consumado. En contra peso se pudiera entender que aquellas personas que pertenecen a la delincuencia organizada, generalmente son entes que dentro de sus principales actividades son el secuestro, tráfico de drogas, asesinar personas y otras más que originan un daño severo al tejido social, pero ¿son enemigos?

Continuando con el planteamiento doctrinal del derecho penal del enemigo en el tercer elemento sustraído del libro de *Jakobs y Cancio Meliá*, cual dice: “[...] en tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas[...]”<sup>85</sup>. De la misma Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se desprende que para investigar y perseguir este tipo de delitos se contara con una unidad especializada, la cual podrá intervenir comunicaciones privadas, solicitar la colaboración de otras dependencias federales o de entidades federativas, coordinándose con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Lo anterior, con la respectiva discrecionalidad que es característica de nuestro sistema de justicia penal mexicano, realizando auditorias que el Ministerio Público de la Federación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público crean pertinentes, más los operativos y no solo a las personas que se les impute pertenecer a estos grupos criminales, sino a los que les rodeen, incluyendo familiares, amigos y personas morales, no olvidando policías infiltrados que en estos delitos de manera total son permisibles.

El artículo dieciséis de la Ley Fundamental salvaguarda el principio de legalidad, elevado a derecho humano conforme el artículo primero del mismo ordenamiento. El artículo dieciséis señala los actos de molestias no permisibles, así mismo que toda persona tiene derecho al resguardo de sus datos personales. Y la intervención en comunicaciones privadas, infiltración de policías, las auditorias, operativos entre otros de las dependencias ¿Pudieran lesionar este derecho?

La respuesta inmediata a la pregunta anterior pudiera ser afirmativa, pero esa intervención penal es justificada en el mismo ordenamiento o precepto Constitucional cuando se tratare de delincuencia organizada, y así se sustenta en lo sucesivo en los artículos 21 párrafo nueve y 73 fracción XXI inciso B del mismo ordenamiento; secuencialmente el máximo ordenamiento legal mexicano hará excepciones en casos de delincuencia organizada (véase el artículo dieciocho).

Estas expresiones legales tanto de la ley fundamental como de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, las señalan en el ámbito político criminal Sanz Mulas y Moreno Hernández como: “manifestaciones de un derecho penal para enemigos, en donde se relativizan las garantías tanto penales como procesales dada la peligrosidad que para el Estado significa la delincuencia organizada”<sup>86</sup>. De tal manera se sectoriza a determinado grupo social articulándole un derecho penal diferente, además de adelantar la intervención

---

85 Jakobs, Gunter y Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, pp. 78-81.

86 Sanz Mulas, Nieves, *Política criminal viejos problemas y nuevos desafíos*, México, Editorial Flores, 2017, pp. 60-62; Moreno, Hernández, Moisés, *op. cit.*, p. 23.

del derecho penal debido a la funcionalidad que buscan sobre políticas públicas efectivas, por ello, se apartan del reconocimiento de los derechos humanos, excediendo los límites de un derecho penal ordinario.

Así lo hace valer el Estado Mexicano pues, toma a la delincuencia organizada como un grupo que salió de ciertos parámetros establecidos o como lo menciona Moreno Hernández “[...] como algo parecido a un cajón de sastre, en donde se puede meter lo que no nos parezca aceptable<sup>87</sup>. Lo anterior porque el legislador implementa desde la intervención penal y procesal medidas que generan problemas desde el ejercicio que debe tener un Estado de derecho, sobre todo en los principios del derecho penal, por ejemplo, ¿qué autoridad está facultada para castigar pensamientos? Porque uno de los principios fundamentales es el del hecho, esto es: El principio informador del derecho penal, en este se señala que el derecho penal no castiga pensamientos, el derecho penal exige que se materialicen determinadas conductas, tangibles, materiales, perceptibles y que se hayan agotado, esto es la conducta tendría que ser manifiesta. Por consecuencia el principio informador del hecho o principio del hecho se denota inexistente en el derecho penal del enemigo.

Por otro lado, el principio de estricta protección al bien jurídico que exige que exista un bien jurídico y que la conducta que se va a punir pueda lesionar o poner en peligro ese bien jurídico; partiendo nuevamente de la premisa de la delincuencia organizada y en el caso particular de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en su artículo segundo, se pretende castigar a un sector social por organizarse, cuando el artículo noveno de la Ley fundamental precisa que es un derecho humano.

El derecho de reunión o asociación del artículo noveno Constitucional menciona que debe ser de forma lícita, pero según el principio del hecho ninguna autoridad debe o debería estar facultada para castigar pensamientos, por solamente formar parte de una organización, pero en el caso de tratarse de delinquir como lo es el crimen organizado, no se excluye toda conducta de hecho ¿Qué bien jurídico lesionas por pensar a futuro? No lesionas ninguno, pero se pone en riesgo un derecho humano, la seguridad colectiva.

En el planteamiento doctrinal del derecho penal del enemigo, menciona lo siguiente; “[...] al menos en los casos de las normas de cierto peso, que se pueda esperar la fidelidad para ella, se necesita de cierta corroboración cognitiva para poder convertirse en real [...]”<sup>88</sup> Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: “[...] puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico”<sup>89</sup>. De manera sencilla se busca impedir que la peligrosidad crezca, para que las personas que pongan en peligro un sistema jurídico o político, se les coaccione antes de que este peligro incremente. Es allí donde se valida este pensamiento doctrinal.

De lo anterior se deduce que, en la evolución del pensamiento del autor del derecho penal del enemigo, considera enemigo, aquella persona que, por su comportamiento, *modus vivendi* o por su imbricación a organizaciones criminales, ha abandonado el derecho, entonces ya no garantiza una seguridad cognitiva en el pensamiento de lo fundamental, y

---

87 Moreno, Hernández, Moisés, *op. cit.*, p. 23.

88 Jakobs, Gunter y Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, pp. 33-46.

89 *Ibidem*, p. 47.

por ello debe ser llamado enemigo. En síntesis, no les interesa el ordenamiento jurídico o político, ya que no quieren ser ciudadanos.

La indebida toma de decisión de aquellas personas que no quieren formar parte de un Estado de derecho, cual repudian un sistema jurídico y político por exteriorizar sus pensamientos serán susceptibles a este planteamiento doctrinal. Pero el problema es que una vez exteriorizada la voluntad, el sistema punitivo estatal, comienza a desplegar sus efectos para neutralizar los estadios más previos de su actuación, de aquellos que considere enemigos al emplear la técnica jurídica de los tipos penales de peligro abstracto.

Es de suma importancia recordar y comprender la técnica jurídica de los tipos penales de peligro abstracto, ya que según Cita Triana: “[...] esta emplea el legislador cuando no se espera que se produzca una lesión al bien jurídico”<sup>90</sup>, sino es de castigar desde el momento en el que programan delinquir las personas, elevándose a rango de delito consumado. para interés del presente el derecho penal del enemigo con esta técnica ostenta fundamento legal.

### 3. Las expresiones político-criminales del derecho penal del enemigo

Menciona Moreno Hernández que el derecho penal es una expresión político-criminal que el Estado utiliza frente a cierto tipo de conflictos<sup>91</sup>, pero al hacer uso del derecho penal, el Estado partió de la idea de observar ciertos límites o considerar ciertos principios que son característicos de los Estados de derecho. Sin embargo, por el problema que pueden ocasionar ciertos fenómenos delictivos en algunos Estados de derecho, se pudiera encontrar excepcionalmente una legislación especial que también sería una expresión político-criminal.

Tal puede ser el caso del Estado de derecho mexicano con el fenómeno de la delincuencia organizada, pues, como el derecho penal del enemigo en el caso de México, se le debió imprimir todos los aspectos, formas democráticas y no autoritarias o totalitarias, siempre a la consideración de los derechos humanos, por ser México una república, representativa, democrática y federal. Pero este postulado doctrinal argumenta varios (los garantistas) no se puede adherir a esos fundamentos.

Entonces las expresiones político-criminales son el derecho penal, sustantivo, adjetivo y ejecutivo que se encuentra de manera formal instaurado en el marco normativo de una nación e incluso, en el ámbito internacional (véase los tratados internacionales donde participa México). Por consiguiente, el derecho penal del enemigo su expresión legal la encuentra en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, entre otras, y a su vez sería, al igual que las demás una expresión político-criminal.

En la misma tesitura, en el marco legal mexicano se encuentra expresado el planteamiento doctrinal de *Gunter Jakobs*, en los apartados Constitucionales que refieren la delincuencia organizada (16, 18, 20 y 73), la propia Ley Federal Contra la Delincuencia organizada, la Ley Nacional de Extinción de Dominio, la Ley de Extradición Internacional, incluso la

---

90 Cita Triana, Ricardo Antonio, “*Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica*”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales Bogotá, d.c., 2010, pp. 15-48.

91 Moreno Hernández, Moisés, *op. cit.*, pp. 177-180.

Ley Nacional de Ejecución Penal pues, en ella contempla el trato que se les debe de dar a personas sujetas a prisión preventiva o sentenciadas por delincuencia organizada en su artículo segundo.

En el presente, nos seguimos viendo en la necesidad de instaurar como premisa y citar ejemplos de la delincuencia organizada, porque cada país tiene su propio enemigo, por citar dos ejemplos: España el terrorismo (ETA), el Salvador la mara salva trucha y en el caso de México lo es la delincuencia organizada, por lo tanto, para tener mayor claridad y delimitar el tema tenemos que seguir referenciándola o citándola.

Dicho lo anterior, por cuestiones de delimitación sintética, solamente se abordará una sola ley, pero ya no será la de delincuencia organizada, pues ya se abordó y tenemos la necesidad de sustraer los principios de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ser el ordenamiento legal más importante en nuestra nación, de tal suerte poder emitir argumentos concluyentes que permitan abordar el siguiente punto a desarrollar.

El artículo 20 de la Ley Fundamental es donde se establecen las bases o principios del sistema de enjuiciamiento penal, dentro de ellos se expresa una igualdad procesal, donde el juez solo podrá condenar cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado y cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tendrá que ser nula. Por ello la punibilidad o el castigo le sería aplicable a la persona cuando exista convicción de culpabilidad, esto en atención al principio de presunción de inocencia.

En cuanto a la presunción de inocencia se extrae del artículo 20 en su apartado B lo siguiente: Los principios que establece este artículo, se deben observar en las audiencias preliminares al juicio y siempre se debe presumir la inocencia, lo anterior si no hay una sentencia emitida por el juez, sancionando toda incomunicación, intimidación o tortura.

Desafortunadamente los principios del artículo 20 de manera inmediata se ven vulnerados, ya que en el artículo 16 de la misma Ley fundamental, se le da legitimidad a la figura de delincuencia organizada, y con ello se justifica el arraigo, cateo, intervención de comunicaciones privadas, policías encubiertos, cuestionándonos lo siguiente: ¿será violatorio de derechos humanos? Porque, incluso en el artículo 18 Constitucional señala que en los casos de delincuencia organizada no podrán purgar sus penas cerca de sus domicilios, lacerando la reinserción social en aspectos de criminología clínica en las personas al encontrarse lejos de sus seres queridos.

Pero no conforme con ello en casos de delincuencia organizada, las fases de investigación podrán tener valor probatorio; y ¿las pruebas recabadas serán legales? Cuando se es permisible penetrar a la intimidad personal, no solo del imputado, sino de la familia del imputado, amigos o personas cercanas, pero lo alarmante es que, del valor probatorio previo a las audiencias pertinentes, el mismo precepto que proclama los principios (20 Constitucional) es de donde se sustrae esa permisibilidad previo proceso.

El hecho es que la Constitución le otorga legitimidad a la persecución penal de la delincuencia organizada, ya que con lo extraído de la Ley Fundamental, faculta a la ley federal contra la delincuencia organizada, ley federal de extinción de dominio, ley internacional de extradición, entre otras. Con ello el derecho penal del enemigo se materializa en los ordenamientos legales, dado que son medidas que el legislador irremediamente tuvo que aplicar para darle frente al fenómeno de la delincuencia organizada, sacrificando según los garantistas los ideales de un Estado de derecho, pero no se sacrifican, solamente se relativizan.

De esta manera, aún se asuma el hecho de ser un mal necesario la adopción de la Ley Fundamental del derecho penal del enemigo en la figura de la delincuencia organizada, por lo que es necesario abrir la siguiente interrogante ¿Ese sacrificio impuesto al Estado de derecho al implantar formal y materialmente el derecho penal del enemigo con fines de eficacia y efectividad al combate del fenómeno de la delincuencia organizada, funciona?

Y si no están funcionando ¿hasta dónde tienen que llegar esas medidas? O ¿hacia dónde va el derecho penal del enemigo? ¿cuál será el destino del derecho penal del enemigo? Pudiéramos llegar en México al ejemplo del centro de detención en Guantánamo, esto es, un centro de detención de alta seguridad para detenidos acusados de delincuencia organizada, es decir, un sistema de campos de detención o concentración para ciudadanos reteniéndolos indefinidamente, sin derecho a representación de un abogado y vulnerando sus derechos más esenciales.

La Constitución de un Estado social y de derecho como lo es la de México, contempla al derecho penal del enemigo en el fenómeno de la delincuencia organizada, y desde una perspectiva garantista no se le debe de dar legitimidad para vulnerar principios penales que todo ser humano debe asumir y qué tiene derecho a ser acreedor, pues aún se sustente de ser un mal necesario, no proyecta efectividad en lo material, lo cual debe México encontrar una solución diferente al fenómeno.

Se entiende que el legislador lo introdujo a la Ley Fundamental y las leyes secundarias ya mencionadas por no tener otra opción u otro fundamento para combatir el fenómeno de la delincuencia organizada, el problema radica en el no brindar la funcionalidad deseada o cuando menos la señalada en la obra del derecho penal del enemigo de *Jakobs* y su alumno *Cancio Meliá*.

Finalmente, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ¿qué es lo que contempla en su artículo primero, párrafo segundo? Considera entre otros al llamado principio pro persona, dice que las normas relativas a los derechos humanos se deberán interpretar de conformidad con lo que emane de la Constitución, pero también con los tratados internacionales que nuestro país ha firmado. Sobre ello debe ponderarse una interpretación favoreciendo en todo momento a las personas con la protección más amplia, esto es, las normas se deben interpretar siempre con lo que más favorezca al ser humano, si hay dos o más principios que aplicar a un caso en específico, el juzgador deberá elegir aquella que más le convenga a la persona. De la teoría a la práctica ¿qué tan cierto será?

El principio pro persona debe incluso estar primando dentro de los tratados internacionales que México haya firmado, pero en el caso de conflictos entre principios emanados de la Ley Fundamental, debe ponderar aquel que más beneficie a la persona, pero en los casos de leyes que se sustentan por el pensamiento doctrinal en comento no, y esto por la alta peligrosidad que de ellas emana.

En este punto se discutieron los artículos Constitucionales que rodean al derecho penal del enemigo, pero desde un punto de vista sistemático, categórico y doctrinal, ¿hasta dónde se inmiscuye este postulado doctrinal? ¿afecta el orden técnico-jurídico al que deben someterse los postulados legales? Porque se llama derecho penal del enemigo, incluye el termino penal, por ende, este derecho especial debe regirse por la sistematicidad penal.



#### 4. *Cogitationis poenam nemo patitur.*

*Cogitationis poenam nemo patitur*, lo cual significa que nadie puede ser penado por sus pensamientos. O que solamente por una conducta y no un simple pensamiento, puede ser constitutivo de delito. Es desde hace varios lustros un elemento esencial del derecho penal, un principio que sostuvo una base para limitar el *ius puniendi* y evitar los excesos del mismo.

En materia penal, menciona Quintino Zepeda: “[...] las normas jurídicas se representan en tipos penales y son generalmente principios incontestables, que atienden una sistematización, compuesta estructuralmente, por categorías exigidas por el tipo penal, que en todo sentido compone la teoría jurídica del delito, como una notable trascendencia de la sistemática jurídica penal<sup>92</sup>. En el derecho penal del enemigo, como ya observamos, la conducta es el haber exteriorizado un pensamiento de delinquir, por la implementación de la técnica de los tipos penales de peligro abstracto, la acción es equivalente a una exteriorización de pensamiento.

Esto es, que el legislador no espera que se produzca una lesión al bien jurídico, sino busca castigar desde el momento en el que las personas programan delinquir, elevándose a rango de delito consumado como lo menciona *Cita Triana*<sup>93</sup>, hasta este punto referimos la conducta en el derecho penal del enemigo, pero ¿qué hay de las demás categorías del delito? Debemos introducir a manera de recordatorio que las demás categorías del delito son además de la conducta: la tipicidad, antijurídica, culpabilidad y para interés del presente la punibilidad, que juntas conforman la teoría jurídica del delito.

La teoría jurídica del delito es un orden que representa una estructura en donde los principios no se vean afectados por ciertas singularidades del problema, así mismo el sistema de la dogmática penal rechazará toda particularidad no contemplada, aun cuando estas particularidades afecten los principios generales de derecho. Sin embargo, el derecho penal del enemigo rompe desde un inicio con ese orden, pero ¿en lo sucesivo romperá con las demás categorías?

Ese orden, que se presenta en la teoría jurídica del delito, es en atención a una sistematización que fue categorizada con el fin de resolver de un único modo para preservar la seguridad jurídica, en lo cual dice *Atienza* que ha sido por más de un siglo el método, fórmula o técnica idónea para sustentar razonablemente el derecho positivo<sup>94</sup>, así pues, concluiríamos que la teoría del delito pertenece a lo que le llamamos dogmática jurídica penal.

La dogmática jurídica penal proyecta a la teoría jurídica del delito como un único modo de resolver los problemas, pues, el sistema siempre restringirá interpretaciones análogas de posibles respuestas, porque que atiende un orden que obedece a dicha teoría y esta ha sido por más de un siglo el método, fórmula o técnica idónea para sustentar razonablemente el derecho positivo penal.

Por lo anterior, del delito se debe cuidar el orden sucesivo de las mismas categorías, por ejemplo, aunque estuviera bien señalada la tipicidad, si no estuviera previamente

---

92 Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática penal aplicada al sistema acusatorio y oral*, 2a. ed., México, Editorial Flores, 2018, pp. 11-21.

93 Cita Triana, Ricardo Antonio, *op. cit.*, pp. 15-48.

94 Atienza, Manuel, *La dogmática jurídica como techno-praxis*, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, p. 172.

encontrada la acción u omisión, entonces, todo el análisis hecho sobre la tipicidad no tendría ningún sentido. O como lo menciona Quintino Zepeda: “[...] si estuviera bien señalada la antijuricidad, afirmando que en un cierto caso no existiera ninguna causa justificable, si no está previamente encuadrada la tipicidad del comportamiento, entonces todo análisis antijurídico tampoco tendría sentido<sup>95</sup>. Entonces realizando un análisis, sin la antijuricidad no existiría la culpabilidad, sin la tipicidad no existiría la antijuricidad y sin la conducta no existiría tipicidad.

Entonces ¿por qué en el derecho penal del enemigo, existe un elevado adelantamiento de la punibilidad, sin haber acreditado las cuatro categorías previas? Pues las cuatro categorías tienen un sostenido carácter de obligatoriedad, si se le preguntara a cualquier tratadista de derecho penal ontológico, pero en este funcionalismo, se antepone la punibilidad de forma desmedida antes de una acción de hecho por una acción de estrategia.

Sobre lo anterior, agregando un punto a discusión, dónde queda la estructura, sistematicidad, orden sucesivo, autopoiesis, categorías, el siglo de evolución de la dogmática y la teoría jurídica del delito. *Cancio Meliá* justifica al derecho penal especial bajo el contexto de expansión, en el cual parece transitar el derecho penal moderno. Esta expansión corresponde a uno de los supuestos de criminalización previa a la lesión de bienes jurídicos, acompañado de penas muy altas, conduciendo a un derecho penal de la puesta en riesgo, de rasgos antiliberales, a la efectiva resolución de fenómenos criminales<sup>96</sup>. Esta evolución presenta dos vertientes que *Cancio Meliá* caracteriza bajo las denominaciones derecho penal simbólico y resurgir del punitivismo, pues, considera nucleares en el derecho penal del enemigo<sup>97</sup>. Esto es, que no predomine el derecho penal simbólico (aquel derecho penal que no resuelve los problemas) y que el legislador implemente un derecho penal donde prime la función latente de efectividad.

El problema principal radica en ese adelantamiento de punibilidad, que además de ser agresivo, no se complementa con los principios Constitucionales de un Estado de derecho como lo es México según los garantistas, así como tampoco obedece a un orden jurídico sistematizado que debe ponderar en el derecho penal según los ontológicos, pues, todo ello, de acuerdo con ambos, genera un desorden jurídico y un derecho penal autoritario.

Si bien es cierto, ese intervencionismo violatorio de derechos fundamentales que emanan de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada puede ser real, si se rigiera por un derecho penal ordinario, pero no es así. Y por ello nos preguntamos ¿qué no las políticas criminales de un Estado democrático se limitaban por la primacía de ley que existe sobre los derechos fundamentales? Solo basta revisar la ley en comento, la cual arbitrariamente permite la intervención de comunicaciones y aspectos hollywoodenses de policías encubiertos, que no son compatibles con los principios de un Estado de derecho, así como tampoco de su ideología.

Pero no debemos olvidar que, las políticas criminales, atienden a una ideología Estatal y esta versa sobre el tipo de gobierno que pretende ejercer el ente público, pero en el

---

95 Quintino Zepeda, Rubén, *op. cit.*, pp. 12-13.

96 Ríos Álvarez, Rodrigo, *EL Derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores*, Chile, Tesis titulada en la universidad de Chile, 2012, pp. 154-156.

97 Ríos Álvarez, Rodrigo, *op. cit.*, pp. 154-156.

derecho penal del enemigo parece encajar más a una ideología totalitaria, pues, ve en cierto tipo de personas una especie de traición, castigando de manera ejemplar en aspectos legales de suma importancia con el respeto al orden sistemático penal con el adelantamiento de la punibilidad, esto en aras de salvaguardar la seguridad, contemplada en México como un derecho humano.

Por obviedad y en aras de seguridad, se denota una reducción de garantías procesales, penales e incluso de derechos fundamentales, por solo constituirse en el pensamiento, el cual desde el supuesto que partió el presente *Cogitationis poenam nemo patitur*, se pretendía llegar a la conclusión que el pensamiento no delinque, sin embargo, sí subsiste ponderación sobre una criminalización en el estado previo a la comisión de un delito.

Esto según Quintino Zepeda, se debe a la idea de un sistema cerrado prometido por las escuelas causalistas y finalistas, que apartaban a la dogmática penal por un lado de las decisiones valorativas política- criminales, dando como resultado una dogmática penal incomunicada de la realidad social<sup>98</sup>. Pero el derecho penal del enemigo al ya no estar apartado de la peligrosidad real atiende fenómenos criminales que con el derecho penal del ciudadano no se han podido mantener en niveles tolerables, cuanto menos, esto ha ocurrido en México.

Pero el derecho, según *Dworkin*: “[...] no solo incluye las reglas específicas promulgadas de conformidad con las prácticas aceptadas por la comunidad, sino también principios que aportan a dichas reglas la mejor justificación moral<sup>99</sup>. El derecho también incluye entonces las reglas que se deducen de esos principios justificativos. Los sistemas jurídicos penales deben sumergirse en la universalidad de los derechos humanos, más aún cuando ya fueron tomados como política general de un país, como una ideología para resolver conflictos y la seguridad es un derecho humano.

El derecho penal del enemigo es un adelantamiento a la punibilidad que cimienta las barreras de protección del Estado de forma anticipada, donde decide no esperar a que la peligrosidad de un individuo crezca, sino ataca cuando el riesgo es menor sin importarle o dejar al libre albedrío de aquel que amenazó con delinquir lo haga o no. Pero se adelante una punibilidad que vulnera derechos ¿cuál es el factor elemental para aplicar este derecho penal especial? La respuesta es:

Que se aplica y castiga prospectivamente por el peligro que representa, es contundente en la penalidad, pero también lo es en la reducción de garantías procesales y penales, lo cual a muchos tratadistas de derecho les genera escozor, y arremeten contra el autor señalando un prematuro y desenfadado castigo, por no contener las normas penales del enemigo, elementos que en las categorías el derecho penal contempla comúnmente.

En la frase griega *Cogitationis poenam nemo patitur*, y argumentamos que el pensamiento no delinque y no debería ser constitutivo de un delito, en México después de la reforma constitucional de 2011, asumió los derechos humanos como política general del país, y en este sentido la ideología que conlleva se sustenta sobre una política criminal que no solo garantiza una mejor protección del ser humano, sino se valida una política criminal universal.

---

98 Quintino Zepeda, Rubén, *op. cit.*, p.18.

99 Flores, Imer B., “Ronald Dworkin (1931-2013) vida y obra”, México, *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 2016, p. 5.

Lo anterior, en atención a la realidad de hoy, la globalización penal e internacionalización del delito, por lo tanto, el derecho penal del enemigo es la respuesta para someter a sectores sociales de manera efectiva, y esto en la era de la ciencia y tecnología. Como se ha mencionado el derecho penal tiene más de doscientos años de evolución, mismos que no se deben obviar, pues este debe encontrar fórmulas efectivas para proteger los bienes jurídicos.

Por ende, el presente y el porvenir el ser humano no necesariamente tendrá que realizar una conducta para delinquir, por su propia naturaleza como ser inteligente, racional, evolutivo y por ostentar una combatividad histórica contra todo, podrá ser susceptible a leyes penales especiales por no querer realizar una vida útil y feliz por medios legítimos, pues, en la actualidad contamos con la existencia del derecho penal del enemigo que quiéralo o no, así como la globalización, la sociedad de riesgo, y la internacionalización del delito, ya existe. Y reiteramos, es con el fin de salvaguardar bienes jurídicos al igual que el derecho penal tradicional.

## CONCLUSIONES

Primera.- No nos atrevemos a señalar que, en lo referente a la teoría finalista, ésta ya forma parte del acervo histórico en la dogmática penal y la teoría jurídica del delito, así como tampoco de pretender justificar un derecho penal de excepcional rigor donde no se vislumbre injusto de cara a los derechos humanos a los que según todo ser humano debería ser acreedor; porque sería tanto como caer en recurrentes falacias para intentar justificar posturas con la finalidad de querer llamar la atención en la sociedad experta en la materia. Pero si debemos dejar en claro que, el derecho penal del enemigo es una postura doctrinal pensada y elaborada para atender problemas que un derecho penal de corte ontológico, versado éste en un sistema cerrado que no permite observar realidades que ofrece la política criminal, no está acorde a resolver problemas de especial relevancia, incluso, por la evolución que ostenta la sociedad, ponemos en cuestión si cuanto menos puede resolver problemas de criminalidad común actualmente en México.

Segunda.- Las expresiones político-criminales del derecho penal del enemigo son en México las leyes penales especiales, estas ostentan como función contener problemas de criminalidad que bajo un derecho penal del ciudadano el autor y creador del derecho penal en comento no puede resolver, y de ello, nos encontramos parcialmente de acuerdo, por un lado, si se atendieran los problemas de criminalidad a través de políticas de prevención social. En este sentido, estaríamos en la posibilidad de mantener cifras de criminalidad en niveles tolerables, pero eso ocurre con escasas en México. Por otro lado es más factible y económico endurecer y usar más habitualmente el medio de control social más contundente, el derecho penal, y si a este le articulamos unos trazos que permitan más factibilidad, funcionalidad, efectividad y sobre todo, contundencia, pues, tenemos como resultado una herramienta o mejor dicho, un arma más contundente que reprima la criminalidad.

Tercera.- Para finalizar, en cuanto al tema *Cogitationis poenam nemo patitur*, lo idóneo en un mundo vuelto panacea sería que se erradicara definitiva y totalmente la criminalidad, que ya no existiera, que los derechos humanos no se tuvieran que relativizar en ningún formato, que los problemas multifactoriales se resolvieran a través de políticas públicas de corte social y, que la teoría jurídica del delito no necesitara de la figura de los tipos penales de peligro abstracto, todo ello, nos instaurará de manera inmediata una imagen

feliz, cual creemos es el fin de toda organización social y perspectiva personal individual. Sin embargo, el contexto en México y lo sabemos, no es así, por ende, debemos alejarnos del buscar resolver los problemas de una y definitivamente, a través del formulas abstractas, alejadas de la realidad y que ya no producen resultados efectivos en materia criminal. Por ello, nos inclinamos hacia una funcionalidad real, que se acerque a la disciplina que otorga esta (realidad), cual es la política criminal.

## FUENTES CONSULTADAS

### Bibliográficas

- ATIENZA, Manuel, La dogmática jurídica como tecno-praxis, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, p.172.
- JAKOBS, Gunter y CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho penal del enemigo, Madrid, Civitas Ediciones, 2003.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Dogmática Penal y Política Criminal, México, Ubijus Editorial, 2018.
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén, Dogmática penal aplicada al sistema acusatorio y oral, 2a. ed., México, Editorial Flores, 2018.
- RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, EL Derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores, Chile, Tesis titulada en la universidad de chile, 2012.
- SANZ MULAS, Nieves, Política criminal viejos problemas y nuevos desafíos, México, Editorial Flores, 2017.

### Hemerográficas

- CITA TRIANA, Ricardo Antonio, “Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales Bogotá, d.c., 2010.

### Electrónicas

- Flores, Imer B., “Ronald Dworkin (1931-2013) vida y obra”, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2016.

Legislación.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

<https://bit.ly/3URUujl>

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. <https://bit.ly/3GumCVm>

LEY DE EXTRADICIÓN INTERNACIONAL. <https://bit.ly/3hJxtQL>

LEY NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL. <https://bit.ly/3Oj2U0q>

LEY NACIONAL DE EXTINCIÓN DE DOMINIO. <https://bit.ly/3OgRQkF>