

## ***El derecho penal del enemigo en las reformas constitucionales de México\****

**Por Eduardo Martínez Bastida**

### **RESUMEN**

A lo largo de la historia se ha realizado un proceso sincrético criminalizador de conductas e individuos; la política criminal incorpora esta tecnología diferenciadora entre ciudadanos y enemigos que se materializa en el derecho penal del enemigo. Este derecho de emergencias irrumpe en nuestra vida jurídica, de manera manifiesta, mediante la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 mostrando la crisis en que se encuentra actualmente el paradigma garantista y pasando por alto que el derecho penal del enemigo se constituye en el riesgo para los derechos fundamentales del gobernado.

### **1. Introducción**

¿Quién es el enemigo del derecho penal? Cuando pensamos en el enemigo del derecho penal acudimos, necesariamente, a la imagen de aquellos entes que desafían de manera frontal al derecho penal y que, en los países del centro, son el terrorismo y la inmigración y en la periferia el discurso de la enemistad se dirige en contra del narcotráfico, especies del género conocido bajo el epígrafe “delincuencia organizada”. Al tema del “enemigo” las ciencias penales le han dedicado poca importancia; así el objeto de estudio de los penalistas posmodernos lo es la teoría funcional del delito con el corolario de imputación objetiva, pasando por alto que al crear o aumentar un riesgo jurídicamente desaprobado se incumple el “rol” de buen ciudadano para autoexcluirse del circuito de comunicación social e incluirse en la categoría “enemigo”.

En igual sentido se manifiesta el derecho de los procedimientos penales, el derecho penitenciario, la criminología, la penología y la política criminal al omitir analizar el tema del enemigo. En tal sentido resulta por demás extraño que se otorgue tan poca atención al tema de la enemistad punitiva, cuando éste ha sido el eje rector de los procesos criminalizadores; así existe un paradigma político criminal que identifica al derecho con la justicia, propio de los Estados de derecho y que, en filosofía del derecho, se conoce como *physis* o derecho natural; a su vez existe otro paradigma que señala que derecho y seguridad conforman un binomio indisoluble, este atiende a las necesidades del Estado policial y en filosofía del derecho tiene correspondencia con el *nomos* o derecho positivo, y entre ambos paradigmas de política criminal aparece una paradoja que ha dado unidad a los procesos de criminalización ya primarios o secundarios: el *hostis* o enemigo.

---

\* Extraído del artículo publicado en la revista electrónica “Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada”, México, editada por la Sociedad Mexicana de Criminología Capítulo Nuevo León A.C. ([www.somecrimnl.es.tl](http://www.somecrimnl.es.tl)). [Bibliografía recomendada.](#)

Por ello resulta por demás inconcebible la falta de estudio sobre el tema. Al hablar de “política criminal” hacemos referencia al constructo discursivo elaborado por Kleinsrod hacia el año de 1793, que retomaría Feuerbach hacia 1801, y por el que entendemos, de manera amplia, la serie de acciones que toma el Estado para reprimir, mediante la violencia legítima, a la delincuencia. Esta delincuencia se ha venido caracterizando por ser seleccionada por el poder para ser sujeto-objeto de acciones de enemistad a partir de una disciplina que se constituye en la disciplina tecnológica de la política criminal: la criminología. El presente opúsculo muestra la contradicción existente entre los paradigmas de política criminal antes citados y la manera en que ha sido resuelta ésta, de manera unilateral, a favor de la supuesta seguridad, para lo cual nos auxiliaremos del método lógico jurídico, el comparativo, el filosófico, el histórico y el criminológico crítico para acreditar que el derecho penal del enemigo en la reforma constitucional en materia penal equivoca el rumbo, pues el enemigo de nuestro derecho penal no es la delincuencia organizada, sino el propio derecho que se constituye en el riesgo de los derechos fundamentales del gobernado.

## 2. El devenir criminológico: de lo premoderno a lo posmoderno

Concepciones de lo que es la criminología abundan; recordemos que la criminología ha sido entendida desde diversos paradigmas que le dan un contenido *sui generis*. Así, Rodríguez Manzanera afirma que la criminología es “una ciencia sintética, causal, explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales”<sup>1</sup>. A su vez Nicéforo dice que la criminología es la ciencia que tiene “por complejo objeto de estudio el hombre delincuente, el delito y los medios de prevención del delito mismo”<sup>2</sup>. Como puede verse bajo esta última concepción la criminología no es otra cosa que la teoría tecnológica de la política criminal. Los estudiosos que se adhieren al paradigma criminológico de la reacción social la consideran como la disciplina que estudia los mecanismos de criminalización diferencial de conductas e individuos<sup>3</sup>.

Por nuestra parte, creemos que la criminología es el conjunto de discursos que intentan explicar el fenómeno criminal a partir del saber de la corporación hegemónica en el poder en una época y lugar determinado. Los criminólogos clásicos (etiológicos) sitúan la etapa gestacional de la criminología hacia el año 1876, por su parte los criminólogos de la reacción social ubican el nacimiento de la disciplina en la época del iluminismo, pues aquí apareció el debate sobre la legitimidad del poder punitivo. Entendemos que la criminología nació en una época anterior, pues desde que existe el poder punitivo alguna corporación intenta explicar el fenómeno criminal.

Así, la corporación que intentó explicar primigeniamente a la criminalidad fue la del derecho penal; esto porque primero surgió el discurso jurídico penal, derivado de la confiscación de la víctima y de los estudios del derecho penal romano que llevaron a cabo los glosadores y los posglosadores, que se difundió en las universidades del norte de Italia. A este discurso jurídico se le opuso el de otra corporación hege-

<sup>1</sup> Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, 16ª ed., México, Porrúa, 2001, p. 3.

<sup>2</sup> Nicéforo, Alfredo, *Criminología*, 2ª ed., México, José M. Cajica, 1954, t. I, p.13.

<sup>3</sup> Martínez Bastida, Eduardo, *Política criminológica*, México, Porrúa, 2007, p. 22.

mónica: la inquisición que, vía la emergencia, legitimó una serie de prácticas para expulsar al diávolo (adversario) de la tierra, cuyas manifestaciones eran la herejía y la brujería. Estas prácticas, que sometieron a la mujer a patriarcado punitivo, carecían de un referente discursivo que les justificase, hasta que en 1486 los demonólogos dominicos Sprenger y Kramer escriben el *Malleus maleficarum o martillo de las brujas*, documento que presenta un modelo integrado de derecho penal, procesal penal, criminología y criminalística y que explica la etiología del mal, sus manifestaciones y manera de combatirlo. Cabe señalar que el presente documento adquiere la categoría de discurso de emergencia al ser legitimado por la Bula de Inocencio VIII en los términos siguientes:

...”decretamos y mandamos que los mencionados inquisidores tengan poderes para proceder a la corrección, encarcelamiento y castigo justos de cualesquiera personas, sin impedimento ni obstáculo algunos, en todas las maneras, como si las provincias, municipios, diócesis, distritos, territorios, e inclusive las personas y sus delitos, hubiesen sido específicamente nombrados y particularmente designados en nuestras cartas”<sup>4</sup>.

Este discurso inquisitorial (siglo XV) se gesta en plena revolución mercantil en donde el poder planetario, ejercido en forma de colonialismo, permitió que en las sociedades colonizadas se aplicara un poder vertical jerárquico y militar que culminó en un proceso sincrético de corte genocida, así como la introducción del derecho penal de la enemistad a partir de la excepción que, en las constantes del devenir de la historia, ordinarizó la emergencia. Al discurso inquisitorial se le opuso otro que explicaba el fenómeno criminal a partir de doctrinas de la corporación filosófica, nos referimos al contractualismo y retribucionismo.

Estas teorías elaboradas por “ilustrados” filósofos financiados por el nuevo estamento de la sociedad –burguesía– permitieron un ejercicio de poder en plena revolución industrial en forma de neocolonialismo. Es en este momento de la historia que surge la modernidad como proyecto de ingeniería burguesa para crear diferencias sobre la base de códigos binarios (rico/pobre, bueno/malo, normal/anormal, culpable/inocente). Creemos que la modernidad fue sustentada en dos pilares: uno emancipatorio y otro regulativo. El primero es la manera en que el hombre se rebela contra el mundo constituido a partir de la razón cognitiva, valorativa y estética; el segundo implica la forma de dar cauce a la emancipación mediante el propio individuo, el mercado y el Estado.

Así en esta etapa, en cuanto al pilar emancipatorio, predomina la razón ética valorativa sobre la cognitiva y estético. Por su parte, el pilar regulativo se sustenta sobre la base de la noción de individuo (pues de siervo se transita a ciudadano) surgido de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. En esta etapa surge la política criminal (1793) y sus incipientes bases epistemológicas son sustentadas desde 1764 con el texto “De los delitos y las penas” de Beccaria. A su vez aquí se construye el paradigma del retribucionismo de Kant (1724-1804) cuyas premisas dicen:

- 1) El hombre cuenta con libre albedrío.

---

<sup>4</sup> Kramer, Heinrich - Sprenger, Jacobus, *Malleus maleficarum o martillo de las brujas*, Bs. As., Ediciones Orión, 2003, p. 5.

- 2) El delito es un ente jurídico.
- 3) El sujeto es un ente responsable.
- 4) La imputación es un presupuesto de la culpabilidad.
- 5) La consecuencia del mal ocasionado es un mal equivalente (retribución).
- 6) La consecuencia del delito es la aplicación de una pena.

Cabe señalar que una vez que la burguesía se afianzó en el poder político se desplazó el discurso filosófico por uno que explicara la criminalidad a partir de las “clases peligrosas” –por las que se entiende marginadas o desposeídas– ideología elaborada por la corporación policial, cuyas carencias para homogeneizar el discurso en la sociedad obligó a la burguesía a acudir a la corporación médica para que impusiese el discurso de la peligrosidad; surge entonces el modelo biopolicial y el preventencionismo (utilitarismo) de Bentham (1748-1832), con los postulados siguientes:

- 1) El hombre está sujeto a un determinismo.
- 2) El delito es un ente natural.
- 3) El sujeto no es un ente responsable moral sino social.
- 4) El sujeto criminal es un ser peligroso.
- 5) Es necesario prevenir el delito o su reincidencia.
- 6) La consecuencia jurídica del delito es la medida de seguridad.

En cuanto a la evolución de la modernidad podemos decir que con respecto al pilar emancipatorio crece la razón cognitiva y decrece la razón valorativa y la estética. Por lo que hace al pilar regulativo la intervención del Estado (Estado interventor) desplaza al individuo al fabricar mecanismos de poder capilares capaces de infiltrarse en la vida de las personas mediante un derecho que crea reglas que permiten funcionar a las relaciones de poder para producir discursos de saber. Una de las técnicas de saber para crear poder, a partir del derecho penal, queda constituida por la criminología positivista (1876) de Cesare Lombroso (1835-1909). Esta ideología permitió la elaboración del paradigma de la “Escuela de la Defensa Social” cuyos principios, basados en la ideología utilitaria de Bentham, son:

- a) Principio de legitimidad: el Estado es el ente que ejerce el monopolio de la violencia legítima.
- b) Principio del bien y el mal: el delito es el mal, el Estado y el derecho el bien que hacen nugatorio al mal.
- c) Principio de culpabilidad: el delito es un acto que atenta conscientemente contra los valores y normas sociales.
- d) Principio del fin o de la prevención: la pena no tiene como función la retribución del delito, sino la prevención.
- e) Principio de igualdad: el derecho penal se aplica por igual a todos.
- f) Principio del interés social y del delito natural: las normas penales tutelan intereses fundamentales, mismos que son el núcleo del delito natural.

En algún momento del siglo XIX el discurso biopolicial entró en cierta crisis y fue necesario anteponerle el discurso de la corporación neokantiana para explicar el fenómeno criminal, así el derecho penal determinaba lo que era delito (ciencia cultural) y la criminología explicaba sus causas (ciencia natural), este modelo idealista de la criminología funcionó hasta el siglo XX cuando la corporación sociológico norteamericana se infiltra en la criminología y la escinde del derecho penal; esta sociología criminal, también conocida como “criminología crítica” retoma los principios de la “defensa social” para hacerlos nugatorios sobre la base de las doctrinas sociológicas siguientes:

- a) El principio de legitimidad es refutado por las teorías psicoanalíticas de la criminalidad.
- b) El principio del bien y el mal es negado por la teoría estructural funcionalista de la anomia.
- c) El principio de la culpabilidad es negado por las subculturas criminales.
- d) El principio del fin o la prevención es negado por la teoría del etiquetamiento.
- e) El principio de igualdad es refutado por la recepción alemana de la teoría del etiquetamiento.
- f) El principio del interés social y del delito natural es negado por la sociología del conflicto.

Lo anterior explica por qué desde la segunda mitad del siglo XX y hasta la fecha se encuentre hipertrofiada la racionalidad estética, en cuanto al pilar emancipatorio, y el mercado, tratándose del pilar regulativo; la racionalidad cognitiva queda desacreditada por la relatividad de la verdad que es un mero efecto del poder, surgiendo así la sociedad del riesgo, de la incertidumbre o simplemente la posmodernidad, en la que se ha venido afirmando la desestatización mediante un “menos Estado y más mercado”; de hecho la corporación política carece de un discurso hegemónico que imponer a la sociedad y el poder económico, hasta hace unas semanas, no lo necesitó pues el Estado neoliberal se erigió en un mero contenedor de riesgos para la inversión. Así, en la revolución tecnológica donde el poder se ejerce en forma de globalización, el Estado ha venido perdiendo poder y únicamente ofrece ilusiones de solución a las vicisitudes aparecidas en la realidad social, mediante un control social formal que, vía los medios de comunicación, construye una realidad virtual ajena a los hechos acaecidos en la vida cotidiana.

### **3. El Estado y la política criminal**

Creemos que la política criminal en sentido estricto “es el proceso de construcción de mecanismos de control social y de poder punitivo del Estado respecto de un sistema ideológico de producción dominación que le legitiman”<sup>5</sup>.

Lo anterior nos ha llevado a considerar que no es correcto denominar “política criminal” a esta disciplina sino “política criminológica” entendiendo por ella un discurs-

---

<sup>5</sup> Martínez Bastida, *Política criminológica*, p. 5.

so que tiende a la prevención de la violencia intersubjetiva y de la violencia estructural de que se vale el Estado en contra de los gobernados, principalmente cuando utiliza el derecho penal. De lo anterior es claro que estamos en presencia de estrategias que frenan la criminalidad y los procesos criminalizadores de conductas y personas a efecto de crear un derecho penal mínimo (en cuanto a la criminalización primaria) y garantista (referente a la criminalización secundaria). Como puede verse la concepción “política criminal” es propia de un Estado policial y “político criminológica” se acerca más a los fundamentos de un Estado de derecho; de esto podemos afirmar que existen dos géneros de corrientes político criminales: la política criminal del Estado policial y la política criminológica del Estado de derecho. Infortunadamente el Estado, manifiestamente de derecho pero latentemente policial, ha venido fabricando una política criminal de cuño totalitario en donde:

- a) El derecho penal dejó de ser *ultima ratio* para erigirse en *prima ratio*.
- b) El derecho penal se constituyó como el instrumento adecuado para resolver todo tipo de problemas.
- c) Los derechos fundamentales se diluyen por ser un obstáculo para realizar la profilaxis social.
- d) La pena se impone para prevenir el delito, ello explica el inflacionismo penal.
- e) Se afirma que aumentando penas se reducen los índices delictivos.
- f) Opera el derecho penal de autor que constituye la base del derecho penal del riesgo o del enemigo.
- g) La inferioridad del autor da lugar al estado de peligrosidad.
- h) Se anticipa la punibilidad a los actos preparatorios.
- i) Es más importante le da certeza de que ningún culpable resulte inocente, a costa de la incertidumbre de que algún inocente sea condenado.
- j) Se crean legislaciones de emergencia que invocan excepciones por lo que es necesario eliminar los obstáculos garantistas. Estas normatividades legitiman y conservan el modo de producción dominación capitalista y, por tanto, neutralizan comportamientos contra la estabilidad del sistema; ello explica porque la excepción se ordinariza.
- k) Este autoritarismo creciente y garantismo decreciente creó un Estado donde los poderes son *legibus soluti*, cuyas manifestaciones punitivas son: 1) proceso penal totalitario: sistema sin prueba y sin defensa (no hay carga de la prueba para el Estado ni posibilidad de refutar la acusación) y sistema sin acusación separada; 2) derecho penal totalitario: sistema objetivista sin culpabilidad (derecho penal de autor) y sistema subjetivista carente de principios de materialidad de la acción y lesividad del acto (esto es la criminalización de los actos preparatorios, recordando que una cosa es acto preparatorio y otro ejecutivo; este último dará lugar a la actualización de la figura de la tentativa), y 3) finalmente conforma los modelos punitivos irracionales siguientes: de mera prevención carente del principio de retributividad; sin juicio (o meros actos de policía en donde no se requiere autorización jurisdiccional para catear domicilios, investigar, intervenir comunicaciones, etc., o aquel en donde existe el poder judicial de disposición o de valoración ético política, es decir la discrecional-

dad, en oposición al poder de cognición), y sin legalidad (caracterizado por leyes en blanco).

#### 4. La genealogía del derecho penal de la enemistad

El epígrafe derecho penal del enemigo o *Feindstrafrecht* fue acuñado hace más de veinte años, por Günther Jakobs, pero éste no es un fenómeno nuevo. Entendemos por genealogía las fuerzas históricas que en su enfrentamiento hicieron posible la cultura, sus formas de vida y los mecanismos de poder que activan las normas jurídicas a partir de la producción de los discursos-fuerza de verdad.

En ese contexto, el acontecimiento inaugural de la sociedad contemporánea no lo es la constitución del contrato social sino el hecho belicoso o simplemente la guerra, la verdad emerge del apaciguamiento de la violencia: el Estado no se coloca en el afuera de la confrontación, sino que su verdad se sustenta en el hecho de que él es parte del conflicto. Ello explica que este sea concebido como el ente que ejerce el monopolio de la violencia legítima y que el derecho sea, únicamente, la manera reglada de guerrear. Así, en el arte de hacer la guerra una normatividad, es importante recordar que en el derecho romano –derivado de las Instituciones de Justiniano– existió una tricotomía de órdenes normativos en materia de derecho privado: derecho natural<sup>6</sup>, derecho de gentes y derecho civil. El *ius gentium* fue el conjunto de reglas aplicables a todos los pueblos sin distinción de nacionalidad, en otras palabras son las normas que regían a los extranjeros en la propia Roma<sup>7</sup>; por su parte el *ius civile* es el propio de los ciudadanos romanos y del cual no gozaban nunca los extranjeros<sup>8</sup>. Lo anterior, viene a colación, porque de los elementos del derecho privado romano surgen las bases para elaborar la concepción político criminal del *hostis*, pues del propio derecho romano surgieron los ejes troncales que habrían de servir de posteriores soportes a todas las subclasificaciones del *hostis* tomadas en cuenta para el ejercicio diferencial del poder punitivo y racionalizadas por la doctrina penal. Estas categorías se remontan a las dos originarias del derecho romano: a) la del *hostis* alienígena –al que en escasa pero alguna medida protegía el *ius gentium*– y b) la del *hostis iudicatus*, o sea, el declarado *hostis* en función de la auctoritas del Senado, que era un poder excepcional: en situaciones excepcionales, en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, el Senado podía declararlo *hostis*, enemigo público<sup>9</sup>.

En este contexto es importante recordar al primer gran *hostis* del poder, Jesús de Nazaret quien fue considerado penalmente responsable del delito religioso de blasfemia por el Supremo Tribunal Judío: el Sanhedrín. Hacemos notar que el proceso penal fue una farsa, puesto que se violentaron en perjuicio del Nazareno diversos principios derivados de la Torah o ley contenidos en el Pentateuco, pues Jesús

---

<sup>6</sup> El derecho natural era entendido como un conjunto de derechos provenientes de la voluntad divina en relación con la naturaleza del hombre; son inmutables y acordes a la idea de lo justo.

<sup>7</sup> Bernal, Beatriz - Ledesma, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanos*, 5ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 42.

<sup>8</sup> Morineau Iduarte, Marta - Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 3ª ed., México, Editorial Harla, 1993, p. 32.

<sup>9</sup> Zaffaroni, Eugenio R., *El enemigo en el derecho penal*, Bs. As., Ediar, 2006, p. 22 y 23.

representó un peligro que fue inocuizado creando una emergencia, que permitió hacer una excepción a la vigencia de los siguientes derechos fundamentales:

- a) “Violación al principio de publicidad, en virtud de que el proceso se verificó en la casa de Caifás y no en el recinto oficial llamado ‘Gazith’.
- b) Violación al principio de diurnidad, puesto que tal proceso se efectuó en la noche.
- c) Violación al principio de libertad defensiva, ya que a Cristo no se le dio oportunidad de presentar testigos para su defensa.
- d) Violación al principio de rendición estricta de la prueba testimonial y de análisis riguroso de las declaraciones de los testigos, pues la “acusación” se fundó en testigos falsos.
- e) Violación al principio de prohibición para que nuevos testigos depusieran contra Cristo una vez cerrada la instrucción del procedimiento, ya que con posterioridad a las declaraciones de los testigos falsos, el Sanhedrín admitió nuevos.
- f) Violación al principio consistente en que la votación condenatoria no se sujetó a revisión antes de la pronunciación de la sentencia.
- g) Violación al principio de presentar pruebas de descargo antes de la ejecución de la sentencia condenatoria, puesto que una vez dictada, se sometió a la homologación del gobernador romano Poncio Pilato.
- h) Violación al principio de que a los testigos falsos debía aplicárseles la misma pena con que se castigaba el delito materia de sus declaraciones, toda vez que el Sanhedrín se abstuvo de decretar dicha aplicación a quienes depusieron contra Jesús”<sup>10</sup>.

En los apartados anteriores hicimos referencia al discurso excluyente, de corte misógino y androcéntrico, conocido como *Malleus maleficarum* o *martillo de las brujas* escrito por los monjes dominicos Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger, cuyo sujeto-objeto de emergencia, que legitimaría la nueva excepción, fueron las mujeres que, por una inferioridad bio-psico-moral<sup>11</sup>, celebraron un pacto con Satanás: las brujas. En este contexto surge, lo que Zaffaroni llama, la primera emergencia de la historia, teorizada por los criminólogos medievales y cuya excepción

obligaba mediante tortura a denunciar a otros sospechosos de modo reproductivo al infinito. Sus ventajas para el poder rápidamente lo extendieron a los tribunales laicos, donde se aplicó aún con mayor extensión que en los eclesiásticos. Los jueces/policías/inquisidores se consideraban inmunes al mal del demonio. La etiología del mal (brujería) respondía a un discurso teocrático/biologista fundado en la inferioridad de la mujer (más vulnerable a la tentación maligna) por falla genética. Encontraban signos físicos de esa inferioridad (marcas del diablo), ocultaban la tortura con denominaciones neutras, consideraban que la muerte bajo tortura era un favor de Satán a la bruja, que el suicidio tenía idéntica naturaleza, que la locura producida por el dolor era un favor diabólico que la permitía reír del tormento, etcétera.

---

<sup>10</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *El proceso de Cristo*, México, Porrúa, 2001, p. 58 y 59.

<sup>11</sup> Para Kramer y Sprenger la palabra fémina se origina de fe y *minus*, es decir de fe inferior o de poca fe.



Los peores enemigos eran quienes negaban la existencia o el poder de las brujas, pues negaban el poder de los inquisidores, que magnificaban la naturaleza del mal hasta el punto de considerar que la brujería era un crimen más grave que el pecado original. El proceso penal centralizaba en los inquisidores las figuras del defensor, del acusador y del juez. El defensor era permitido en límites muy estrechos y seriamente amenazado si se excedía en su función. La resistencia al tormento era ayuda diabólica, y la confesión bajo tormento era prueba de culpabilidad, de modo que siempre se hallaba culpable a la procesada. Con indicios bastaba para disponer la tortura y la confesión bajo tortura de otra bruja era indicio suficiente. Si bien el enemigo formal era Satán, éste no podía hacer el mal sin la complicidad de los humanos y, entre estos, los de menores dotes intelectuales y morales, o sea, quienes por razones biológicas y genéticas –por proceder de una costilla curva del pecho del hombre– eran naturalmente inferiores, o sea, las mujeres<sup>12</sup>.

En esta historia breve del proceso de criminalización del *hostis* diremos que los ideólogos liberales han sido etiquetados como enemigos por los pensadores conservadores y una vez que los primeros alcanzaron el poder estigmatizaron como *hostis* a los segundos. El comunismo, nuevo Satán de la humanidad, fue identificado como el enemigo de la hegemónica economía capitalista y al hacer implosión el comunismo fue necesario llenar el vacío que dejó el sistema y, literalmente, se tuvieron que inventar emergencias nuevas. Así surgieron los enemigos narcotráfico y terrorismo en binomio con la migración. Esto explica porque el ente estatal presenta las características que Noam Chomsky atribuye a los “Estados fallidos”, tales como la falta de capacidad o voluntad para proteger a sus ciudadanos de la violencia y tal vez incluso la destrucción. Otra es su tendencia a considerarse más allá del alcance del derecho nacional o internacional, y por tanto libres para perpetrar agresiones y violencia. Además, si tiene forma democrática, padecen un grave déficit democrático que priva a sus instituciones formales de auténtica sustancia<sup>13</sup>.

El cuestionamiento obligado es ¿qué ha resuelto el derecho penal en los Estados fallidos? Éste no evitó que la doctrina de Cristo se propagara, el derecho penal no expulsó a Satán de la tierra ni acabó con sus aliadas las brujas, el derecho penal no ha encontrado cura para enfermedades como la sífilis y el sida, el derecho penal no ha solucionado los problemas terribles del narcotráfico ni del terrorismo, etcétera. En un escenario donde si el derecho penal resolviese las vicisitudes mencionadas con antelación ocuparía el lugar de Dios, lo cual a todas luces es irracional, por ello es conveniente actuar bajo el prisma de la lógica del verdulero.

En efecto, si una persona acude a una verdulería y pide un antibiótico, el verdulero le indicará que vaya a la farmacia, porque él sólo vende verduras. Esta sana respuesta deberíamos proporcionarla los penalistas cada vez que nos preguntan qué hacer con un conflicto que nadie sabe cómo resolver y al que, como una falsa solución, se le asigna naturaleza penal. Por lo general nos consideramos obligados a opinar sobre cómo resolverlo, cuando en realidad no lo sabemos, y lo correcto sería que procediésemos como el sabio verdulero: nosotros sólo sabemos decidir

---

<sup>12</sup> Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 84 y 85.

<sup>13</sup> Chomsky, Noam, *Estados fallidos*, Barcelona, Ediciones B, 2007, p. 7 y 8.

cuándo se habilita o no poder punitivo, y también sabemos que, en el caso, esto no sirve o no alcanza para resolver el conflicto<sup>14</sup>.

Se nos ha dicho que el derecho es “el sistema racional de normas de conducta sociales, declaradas obligatorias por la competente autoridad al erigirse en la solución justa al problema que ha nacido en la realidad histórica”. Esta concepción no hace más que indicar la función manifiesta del derecho, pero omite precisar la función latente del conglomerado normativo. Ésta queda resumida de la manera siguiente: el derecho es la manera de hacer la guerra, normativamente hablando y, a decir de Von Clausewitz, la guerra es la continuación de la política por otros medios. Ahora, si invertimos el apotegma en cita descubriremos que la política es continuación de guerra por otros medios, pues la política mantiene el desequilibrio de las fuerzas que se manifiestan en la guerra, en este esquema de guerra-represión el poder político no comienza cuando cesa la guerra. La guerra nunca ha desaparecido del todo pues ha precedido el nacimiento de los Estados, o lo que es lo mismo el derecho y la paz han surgido de conflictos reales y el derecho se ha erigido en el instrumento favorito de la hegemonía del poder para conservar la contradicción, binaria, entre los ciudadanos y los enemigos.

La ley no es pacificación, porque detrás de la ley la guerra continúa enfureciendo, y de hecho enfurece, dentro de todos los mecanismos de poder, hasta de los más regulares. La guerra es la que constituye el motor de las instituciones y del orden: la paz, hasta en sus mecanismos más ínfimos, hace sordamente la guerra; la guerra es la cifra misma de la paz. Estamos entonces en guerra los unos con los otros: un frente de batalla atraviesa toda la sociedad, continua y permanentemente, poniendo a cada uno de nosotros en un campo o en otro. No existe un sujeto neutral. Somos necesariamente el adversario de alguien<sup>15</sup>.

Esto permite comprender por qué los tradicionales valores jurídicos –justicia, seguridad jurídica, bien común y paz– no constituyen la esencia del derecho pues éste, en una relación trinómica –derecho, poder y verdad– tiene por efecto dar cauce –manera formal– al poder y los efectos de verdad que el poder produce, a su vez, reproducen al propio poder en beneficio de unos y en perjuicio de muchos.

Al desenmascarar la violencia política que se ha ejercido de manera oculta por el derecho, se colige que la idea de justicia en sí es una idea que ha sido inventada y puesta a funcionar en diferentes tipos de sociedades como instrumento de cierto poder político y económico, o como arma contra ese poder. Pero creo que en todo caso, el concepto mismo de justicia funciona dentro de una sociedad de clases como una demanda de la clase oprimida y como justificación de la misma<sup>16</sup>.

## **5. ¿Quién es el enemigo de nuestro derecho penal?**

Hemos visto la manera en que el discurso criminológico explica los fenómenos antisociales desde el saber de la corporación hegemónica del poder en un tiempo y

---

<sup>14</sup> Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 181.

<sup>15</sup> Foucault, Michel, *Genealogía del racismo*, Bs. As., Altamira, 1996, p. 47.

<sup>16</sup> Chomsky, Noam - Foucault, Michel, *La naturaleza humana: justicia versus poder*, Bs. As., Katz Editores, 2006, p. 77.

espacio concreto. Esta explicación ha sometido al patriarcado punitivo a diversos sujetos que tuvieron la característica de ser molestos para un poder que les etiquetó como “enemigos”.

Así, el enemigo es una paradoja que ha venido a dar continuidad a los discursos diferenciadores de conductas y personas que han producido los diversos procesos de criminalización: brujas, pobres, comunistas, narcotraficantes, terroristas, inmigrantes, etcétera. Estos y otros sujetos han sido la fuente de legitimación de una política criminal para enemigos que puede ser entendida como un constructo lingüístico de naturaleza artificial que legitima la posibilidad de excluir el carácter de ciudadano a un sujeto para incluirle en un catálogo de riesgos y peligros sociales. Esta ideología se materializa en un derecho penal excepcional que se caracteriza por:

- a) La reducción o acotamiento de los derechos fundamentales del gobernado.
- b) La anticipación de la punibilidad a los actos preparatorios (no ejecutivos, pues éstos actualizan la hipótesis del delito tentado). Un ejemplo de esto lo encontramos en el art. 2° de la ley federal contra la delincuencia organizada y que, evidentemente, vulnera la garantía de materialidad de la acción y de lesividad del acto.
- c) Se aumentan las penas y se reduce la posibilidad de acceder a beneficios penitenciarios conculcando la garantía de necesidad.
- d) Opera la reversión de la carga de la prueba haciendo nugatoria la garantía procesal de carga de la prueba como obligación para el órgano de la acusación.
- e) El derecho penal del enemigo es un derecho penal de autor que se erige en un sistema objetivista que desatiende la garantía de culpabilidad.
- f) Es un sistema de mera prevención.

Estas características han ganado espacio en el punitivismo mexicano a través de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, pues a partir del instrumento fundamental se instaura un derecho penal de doble vía, de velocidades o simplemente un derecho penal de la enemistad, cuyas acciones van encaminadas a hacer frente a la “delincuencia organizada”. Bajo esta premisa enemigo será el delincuente organizado y el derecho pasa a ser la manera normativa de hacer la guerra. Recordemos que la guerra es la continuación de la política por otros medios y, si invertimos la frase, la política es la continuación de la guerra por otros medios; así el Estado y el derecho no están fuera del conflicto sino que, ellos mismos, nacen de un proceso dialéctico.

Por ello la guerra es una forma de hacer la paz. El problema es que esta ideología posmoderna no es entendida en nuestra periferia y, derivado de la premodernidad en que vivimos, llegamos a un paraje totalmente desmoderno. En la guerra normativa contra la delincuencia organizada se han acotado derechos fundamentales del gobernado en el art. 16 constitucional, pues para librar una orden de aprehensión sólo se requiere que obren datos que establezcan que se cometió un hecho señalado como delito por la ley y que exista una simple probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Este criterio antigarantista es confirmado, en el art. 19 constitucional, al ordenar como requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso los siguientes: el delito que se impute al acusado, lugar tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido

un hecho que la ley señale como delito y que exista probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

A su vez, el arraigo es legitimado en el art. 16 de la Carta Magna, tratándose del enemigo organizado, hasta por ochenta días siempre que, entre otras condiciones, “sea necesario para el éxito de la investigación”. Este es un criterio de corte eficientista, pues si se interpreta *a contrario sensu* el dispositivo legal comentado se entiende que si no se arraiga al enemigo organizado la investigación será un fracaso; en este contexto parece que eficientismo es la supresión de los obstáculos (derechos fundamentales) para que el Estado lleve a cabo investigaciones exitosas, ya que si existen los derechos fundamentales la actividad de investigación del Estado está destinada a fracasar. Otro síntoma del derecho penal de la enemistad lo encontramos en la figura de la extinción de dominio, contenida en el art. 22, fracción III de la Constitución. Esta institución revierte la carga de la prueba para que sea el particular quien acredite la procedencia lícita de sus bienes, su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer la utilización ilícita de sus bienes. La extinción de dominio hace nugatorio el principio de carga de la prueba, contenido en el art. 20, ap. A, fracción V y el de presunción de inocencia consagrado en el art. 20, ap. B, fracción I, ambos de la Carta Magna.

Hacemos notar que el día 8 de diciembre de 2008 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal la ley de extinción de dominio para el Distrito Federal en cuyos arts. 25 y 41 confirma el criterio de revertir la carga probatoria para que el afectado acredite la procedencia lícita de los bienes sobre los que se ejerció la acción, su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer la utilización ilícita de dichos bienes. Llama la atención el contenido del art. 21 de este conglomerado normativo al “premiar” con un porcentaje del 2 al 5% del valor comercial de los bienes al particular que denuncie y contribuya a la obtención o aporte medios de prueba para el ejercicio de la acción de extinción de dominio.

El hecho de que la investigación de los delitos corresponda al Ministerio Público y a la policía (art. 21, párr. 1º) es criticable, ya que la policía carece de la preparación y facultades necesarias para realizar investigaciones lo que habrá de generar una mayor desconfianza social. Amén de lo anterior, con tal disposición se entra de lleno al Estado policial (ejercicio de poder que implica la reducción de los derechos fundamentales mediante un aparato de control y vigilancia formal) pues, si bien es cierto, se eliminó del art. 16 constitucional la posibilidad de que la policía se introdujese al domicilio del particular sin orden de cateo del juez de control, no menos es cierto que subsiste la tesis de jurisprudencia 21/07 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que legitima el cateo sin orden del juez de control. La tesis en cita es del tenor siguiente:

Intromisión de la autoridad en un domicilio sin orden judicial. Eficacia de las actuaciones realizadas y de las pruebas obtenidas, cuando es motivada por la comisión de un delito en flagrancia.

Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del art. 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrara se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad

policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio art. 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado –como garante de los bienes de la sociedad– debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial.

Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del art. 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria.

Contradicción de tesis 75/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 17/1/07. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Tesis de jurisprudencia 21/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha 7/2/07.

Registro 171.739. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, agosto de 2007, p. 224. Tesis: 1a./J. 21/2007. Jurisprudencia materia(s): Penal.

Es importante indicar que en la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 8 de diciembre de 2008, se determinó la constitucionalidad de que los agentes policiales que participen en las diligencias de cateo puedan fungir como testigos en la misma, dando lugar a la tesis de jurisprudencia 1/2009 cuyo tenor dice:

Cateos. La designación que con carácter de testigos realiza la autoridad ejecutora en agentes policiales que lo auxilian en el desahogo de la diligencia, ante la negativa del ocupante del lugar cateado, no da lugar a declarar su invalidez.

De la interpretación causal teleológica de lo dispuesto en el décimo párrafo del art. 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, no se advierte que haya sido intención del Poder Constituyente, evitar que la autoridad ejecutora de una orden de cateo designe con el carácter de testigos al personal de

Policía Judicial que lo auxilia en la diligencia respectiva, pues el hecho que la validez formal del cateo se condicione a la existencia de un acta circunstanciada firmada por dos testigos, no implica que corresponda a éstos verificar que la diligencia se practique conforme a derecho, sino únicamente constatar que los hechos asentados en el acta relativa corresponden a la realidad, pues incluso, si se toma en cuenta que en atención al principio constitucional de adecuada defensa, el juzgador está obligado a recibir y desahogar las pruebas que ofrezca el inculpado, siempre que no sean contrarias a la ley, es evidente que aunque en términos de lo dispuesto en el art. 284 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cateo hace prueba plena cuando se desahoga con las formalidades legales respectivas, ello no impide que los hechos que del mismo derivan puedan controvertirse a través de un diverso medio de prueba, como lo pueden ser, los careos o la testimonial de quienes intervinieron en la respectiva diligencia. Por tanto, la sola circunstancia de que los agentes policiales designados como testigos por la autoridad ejecutora de una orden de cateo, ante la ausencia o negativa del ocupante del lugar cateado, hayan participado en la ejecución material de la misma, no motiva la invalidez del cateo ni de las pruebas que del mismo derivan, máxime que ello, por sí, no da lugar a estimar que se infringe la independencia de su posición como testigos, ya que al rendir su testimonio ante la autoridad judicial, lo hacen a nombre propio y sobre hechos que les constan, correspondiendo al juzgador valorar la idoneidad de su ateste.

Amparo directo 22/2008. Quejoso: Alejandro Medina Palafox y otros, 8/12/08. Mayoría de ocho votos (ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos). Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.

Amparo directo 24/2008. Quejoso: José Gumercindo Iribe Rivera, 8/12/08. Mayoría de ocho votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos; dada su ausencia el señor ministro Genaro David Góngora Pimentel se hizo cargo del asunto. Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.

Amparo directo 25/2008. Quejosa: María de la Luz Contreras Leyva. 8/12/08. Mayoría de ocho votos (ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos). Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.

Amparo directo 26/2008. Quejoso: Julio César Quintero Quintanar, 8/12/08. Mayoría de ocho votos (ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos). Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.

Amparo directo 27/2008. Quejosa: Yolanda Rodríguez Reyes, 8/12/08. Mayoría de ocho votos (ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos). Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.

Esta visión *sui generis* del Alto Tribunal confirma la existencia de un Estado policial mexicano. La reforma constitucional introduce la figura de la negociación del derecho en la fracción VII, ap. A del art. 20 al señalar que la ley establecerá beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad. La fracción III, del ap. B del dispositivo 20 constitucional contempla beneficios para el sentenciado, procesado o inculpado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada. Por su parte el párrafo séptimo del art. 21 constitucional señala los criterios de oportunidad que podrá tomar en cuenta la representación social para ejercitar la acción penal. Este sistema

es consecuencia de la confusión entre el modelo acusatorio en teoría (separación entre juez y acusación, igualdad entre acusación y defensa y publicidad y oralidad en el juicio) con características particulares del proceso acusatorio de los Estados Unidos de América. Esta confusión, inexplicable en la episteme, encuentra fundamento en la historia: la discrecionalidad de la acción penal son los restos arqueológicos de la etapa en que la acusación tenía carácter privado no justificable en sistemas, como el nuestro, en que el órgano de la acusación tiene una naturaleza pública.

Ferrajoli aduce, respecto de la negociación del derecho con los delatores, que el pacto en materia penal, de hecho, no puede sino fundarse en un intercambio perverso. “¿Qué puede dar el sospechoso, en su confrontación desigual con la acusación, a cambio de la reducción de la condena, sino la propia declaración de culpabilidad o la admisión incluso infundada, de haber codelinquido con los demás acusados? Y ¿qué garantiza que un ciudadano inocente, pero privado de defensa, viendo frustradas sus protestas de inocencia y desconfiando de la justicia, no acepte a pesar suyo acceder al acuerdo sobre el procedimiento y la reducción de un tercio de la pena o, mejor aún, al acuerdo sobre la pena, con la consiguiente disminución de hasta un tercio de la misma...Y en los casos más graves, ¿Quién logrará que un acusado, ante la perspectiva de una reclusión perpetua, se abstenga de lanzar falsas acusaciones a cambio del consenso del ministerio fiscal abreviado y, con él, la reducción de la pena a treinta años, destinados a reducirse a la mitad en la fase ejecutiva? Es evidente que a través de estos procedimientos se ha reintroducido, de hecho, en nuestro ordenamiento el denostado instituto del premio a la colaboración con los acusadores...Todo el sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación”<sup>17</sup>.

Creemos que de este escenario político criminal no derivará una tradición jurídica noble, capaz de resolver el grave problema delincencial a que nos enfrentamos, antes bien del mismo se desprende una antítesis al sistema garantista que tantos años y sangre ha costado construir. La intervención punitiva únicamente encuentra legitimación cuando se transgreden los derechos fundamentales de un tercero, no cuando se causa lesión a los derechos artificiales de la hegemonía del poder. Recordemos que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”<sup>18</sup>. Las características de los derechos fundamentales son la universalidad, indisponibilidad, inalienabilidad, inviolabilidad e intransigibilidad. En este contexto el enemigo de nuestro derecho penal no es la delincuencia organizada sino el propio Estado, esto porque al diluir derechos fundamentales en aras de lograr una profilaxis social se rinden los mecanismos de contención al poder político. La criminología ha explicado el fenómeno criminal a partir del saber que genera el poder de la corporación hegemónica, esta se constituye en la teoría tecnológica de la política criminal y,

---

<sup>17</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 748 y 749.

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 37.

la última, ha venido diseñando mecanismos de enemistad que contienen el germen de destrucción del propio Estado.

## 6. Conclusión

De acuerdo a la teoría de sistemas el discurso jurídico pertenece al mundo del lenguaje; como sistema cerrado genera una universal inclusión pues afuera está lo otro, lo anormal, lo diverso, lo desviado y lo criminal. De lo anterior es claro que, como consecuencia necesaria, la inclusión construye el universo de la exclusión. La contradicción entre inclusión-exclusión genera violencia en contra de las personas que no cumplen los parámetros del sistema. Esto, aparentemente, es lo “normal”. El problema deviene cuando encontramos subsistemas de exclusión en la inclusión y de inclusión en la exclusión pues el sistema se corrompe y adquiere la categoría de espurio.

El derecho penal del enemigo es un subsistema de exclusión en la inclusión, al despersonalizar a un sujeto, y de inclusión en la exclusión al incluirle en el de catálogo de riesgos y peligros dentro de los riesgos y peligros de la sociedad. En este escenario comprenderemos que la seguridad es una estrategia de desplazamiento del riesgo, y el último representa una condición estructural de la contingencia de los hechos sociales. Así, mediante la política de la seguridad es posible evitar un riesgo a condición de que se genere otro riesgo, cada decisión que evite un riesgo abre la posibilidad a otros riesgos no conocidos. Se crean instituciones que sólo permiten saber el procedimiento a seguir en caso de un riesgo, pero no evitan que suceda, ni predicen cuando sucederá. El derecho, como deber ser que puede ser o no ser, no puede prohibir el riesgo, antes bien el derecho penal del enemigo se constituye en el riesgo para los derechos fundamentales, por ello el auténtico enemigo del derecho penal no es la delincuencia organizada sino el, cada vez más fuerte, Estado policial que clama “no lo excluimos porque es enemigo, sino que es un enemigo porque lo excluimos”.

Por otra parte asistimos a un momento en que el poderío económico se encuentra en una recesión sin precedentes o por lo menos no conocida en esta generación, derivado de un inadecuado manejo del mercado que, desplazando al individuo y al Estado, *neo* dejó hacer y *neo* dejó pasar colapsando la economía mundial. Este mercado ha diseñado bienes artificiales que fueron tutelados por el derecho penal del enemigo bajo argumentos que encontraron aplausos en la irracional sociedad del consumo, pero omitiendo señalar que la lucha contra el narcotráfico ha sido y será, esencialmente, económica y que al ente que monopolícamente ejerce la violencia legítima le importa muy poco la salud de los gobernados pues, como hemos dicho, el Estado se ha constituido en un simple contenedor para los riesgos de la inversión y, hay que decirlo, el narcotráfico es un riesgo para la inversión que despliega poder punitivo, aun con la amenaza de un peligro en abstracto, tipificando meros actos preparatorios como delito consumado.

Ello explica el modelo prevencionista de derecho penal que hoy nos toca experimentar. Así, si la economía está cambiando y, es probable, que nos encontremos ante el umbral de un nuevo paradigma económico, el derecho penal debiera transitar, de nueva cuenta, hacia los caminos garantistas trazados a lo largo de la historia,



pues todo cambio debe implicar un avance y no un retroceso. La economía no dio continuidad a los mismos actores y escenarios y, aún así, está en crisis; el derecho penal, a diferencia, ha cambiado de escenarios pero nunca de su actor favorito: el enemigo. Falaz, engañosa e irracional sería una afirmación en el sentido de que el derecho punitivo no está en crisis. De nosotros depende transformar ésta en una gran oportunidad.

© Editorial Astrea, 2010. Todos los derechos reservados.

