

La delincuencia organizada a la luz del derecho penal del enemigo*

Organized crime in sight of criminal law of the enemy

OSCAR GUTIÉRREZ SANTOS**

RESUMEN

En 1996 se expidió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, como una forma excepcional de acometimiento al fenómeno delictivo de la delincuencia organizada, tanto en su contenido como en el procedimiento e investigación, tratando en todo momento el Estado mexicano en inocular a la delincuencia organizada por el potencial e inminente riesgo que causa, considerando al miembro de dicha organización como un sujeto especialmente peligroso; por ello, su estudio versa sobre un derecho penal de excepción o, como se le ha denominado, como un derecho penal del enemigo. El presente artículo discurre sobre este polémico y acometido término con una vertiente de política criminal, especialmente haciendo un análisis sobre la legitimación y legalidad de dicho tratamiento excepcional.

Palabras clave: delincuencia organizada, derecho penal del enemigo, derecho penal de excepción.

ABSTRACT

The federal law against organized crime was issued in 1996 as an exceptional form to attack on the criminal phenomenon of organized crime, both in its content and in the procedure and investigation, trying at all times the Mexican State to make harmless to the organized crime because of the potential and imminent risk that it causes, considering their members as a particularly dangerous subject, so that is why this study deals with this study deals with a Criminal Law of exception or as it has been denominated as a Criminal law of the Enemy, hence this article discusses its controversial and committed term with a criminal policy, especially making an analysis on the legitimacy and legality of such exceptional treatment.

Keywords: criminal law of the enemy, organized crime, criminal law of exception

*Artículo de Investigación recibido el 16/9/18 y aceptado el 8/1/19.

**Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México) (osguts@yahoo.com.mx) orcid.org/0000-0001-6926-4221

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Perspectiva política criminal del derecho penal del enemigo / 3. Aproximación al concepto funcional del derecho penal del enemigo / 4. Derecho penal del ciudadano *vs* derecho penal del enemigo / 5. El estadio previo a la lesión del bien jurídico tutelado en el tipo penal de delincuencia organizada / 6. Análisis funcional del derecho penal del enemigo en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en México / 7. Legalidad y legitimidad constitucional del derecho penal del enemigo en México / 8. Conclusiones. / 9. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El *status quo* del Derecho Penal se ocupa de la compensación del daño que se ha producido a la validez de la norma, lo cual se da por el injusto típico, culpable y punible; generalmente, el autor de este daño social no se ve de otra forma más que como persona en Derecho, quien es portadora de derechos y deberes.¹ Sin embargo, hay ocasiones en que las personas dejan de cumplir con sus deberes y cometen conductas delictivas, con lo cual, después de cometer el hecho punible, se vuelven a comportar de manera correcta, adecuan nuevamente su conducta a la norma y vuelven a ser tratadas como persona en Derecho.² No obstante, existen en la actualidad personas que con su comportamiento injusto pueden ser consideradas como una fuente de peligro, toda vez que han decidido desarrollar un potencial brote de peligrosidad que se debe de combatir. Feijoo se plantea la siguiente pregunta: ¿Qué hacer con aquellos que no aceptan ser ciudadanos y no se someten a la soberanía del Estado?³

En algunos presupuestos normativos se ha determinado acotar la evitación de peligros potencialmente perturbadores para crear normas penales que prohíban la propia perturbación ciudadana. Se dice que con este referente

¹ Jakobs, Günther, ¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?, trad. Polaino Orts, Miguel, en Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel; Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008, p. 2. También Jakobs, Günther, ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad, trad. Polaino Orts, Miguel, Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel; Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008, p. 14.

² *Apud.* Jakobs, Günther, ¿De qué trata..., p. 3.

³ Feijoo Sánchez, Bernardo J., El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. 1, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2006, p. 799.

se lesiona un ámbito de validez supra personal, se lesiona el derecho a la seguridad ciudadana, toda vez que el Estado ya no puede garantizar el derecho fundamental a la seguridad del ciudadano,⁴ por lo que debe existir un derecho de prevención de peligros perturbadores, el cual debe fundamentarse constitucionalmente.

Por lo anterior, el Derecho Penal del ciudadano ya no responde a las expectativas de seguridad cognitiva suficientes para proveer las medidas de seguridad ciudadana conscientes del riesgo latente, que es potencialmente perturbador; es necesario advertir otra alternativa política criminal para el estudio del fenómeno criminal de la organización criminal: el denominado Derecho Penal del Enemigo.

2. PERSPECTIVA POLÍTICA CRIMINAL DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Silva Sánchez ha denominado a la figura del Derecho Penal del Enemigo como Derecho Penal de tercera velocidad, donde figuras jurídicas como la criminalidad organizada amenazan con socavar los fundamentos últimos de una sociedad constituida en Estado. Señala que este tipo de Derecho Penal de tercera velocidad describe un ámbito donde su existencia debería ser reducida a la mínima expresión:⁵ un Derecho Penal aplicable a imputables peligrosos; sin embargo, en el mundo fáctico es contrario, va en aumento por el peligro latente que significa la delincuencia organizada.

Las cuestiones de política criminal del denominado Derecho Penal del Enemigo conllevan una dogmática sistemática como la anticipación a las barreras de punibilidad sin reducción adecuada de la pena, el debilitamiento o eliminación de garantías procesales,⁶ que ponen de manifiesto la lucha contra determinadas formas de criminalidad, como la delincuencia organizada.

A la delincuencia organizada, de principio, se le ha considerado en una noción criminológica;⁷ sin embargo, cabe resaltar que la función dogmática

⁴ Jakobs, Günther, En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal del enemigo, trad. Polaino Orts, Miguel, *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el derecho penal*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013, p. 17.

⁵ Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ra ed. ampliada, Argentina, B de F, 2011, p. 184.

⁶ Kindhäuser, Urs, *Retribución de culpabilidad y pena...*, op. cit., 2011, p. 172.

⁷ Silva Sánchez, Jesús María, ¿Pertenencia o intervención? Del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de la participación a través de organización en el delito, en DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio; Gurdíel Sierra, Manuel y Cortés Bechiarelli, Emilio (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2004, p. 1071.

ha resultado mayor en los últimos años como un hecho punible conformado por miembros y colaboradores que deben fundamentar su responsabilidad dentro de la organización. Con ello, a la delincuencia organizada se le atribuye la producción de condiciones de inseguridad ciudadana, pues sus miembros no ofrecen una mínima garantía de seguridad cognitiva que es necesaria para que las personas en Derecho puedan desarrollarse en sociedad; por ello, no se les trata como personas, sino apremiantemente como enemigos.

Con todo ello, se crean cuerpos normativos, “leyes de lucha”,⁸ que se dirigen no al autor en lo individual, sino al fenómeno criminológico; la delincuencia organizada se combate a través de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, donde, en lo sustancial, el reproche normativo se establece en la prohibición de organizarse de manera ilícita por tres o más personas con una finalidad delictiva. Esta prohibición constata la necesidad de seguridad cognitiva de la ciudadanía para que, a través de dichos cuerpos normativos, se puedan evitar posibles actividades de enemigos en la sociedad.

3. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Como es ya sabido por la doctrina dominante, el desarrollo exponencial del denominado Derecho Penal del Enemigo, acuñado por Jakobs, salió a la luz científica en el último tercio del siglo pasado, inicialmente con el trabajo denominado *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*,⁹ donde se desarrolla la nebulosa tesis de la anticipación de las barreras de punición en los casos de especial peligrosidad, en un comportamiento excepcionalmente dañoso para la sociedad. Se plantea la posibilidad de protección del bien jurídico anticipadamente a su lesión o puesta en peligro, adelantando la barrera de protección a un estadio anterior, con la finalidad de anular el potencial peligro en el que se encuentra, sin esperar a que éste sea ciertamente lesionado.¹⁰

En efecto, el postulado de Jakobs deriva de las criminalizaciones anticipadas que se encontraban en ese momento en el código penal alemán; además, dichos postulados legislativos argumentan políticas de prevención

⁸ Kindhäuser, Urs, *op. cit.*, p. 174.

⁹ Ponencia presentada en el congreso de los penalistas alemanes celebrado en Frankfurt (Alemania) en mayo de 1985, cuyo título en alemán fue “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”.

¹⁰ Polaino Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo, fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, España, Bosch, 2009, pp. 47 ss.

a favor del aparato de control social para conceder al Estado Democrático de Derecho la posibilidad de criminalizar conductas que en sí mismas son creadoras de un peligro inminente para la seguridad ciudadana.¹¹ Como en la actualidad sucede en México, este adelantamiento en las barreras de protección reduce o limita el ámbito privado del ciudadano por la enemistad que demuestra hacia el bien jurídico y frente a las normas jurídico sociales,¹² a las cuales Jakobs denomina *normas de flaqueo*;¹³ así, se criminalizan las formas más tempranas de indicios de peligro para el bien jurídico, con la finalidad excepcional de contrarrestar el peligro sin esperar que se lesione el bien jurídico protegido por la norma.¹⁴

De ello resulta necesario admitir que existe una necesaria garantía de protección a esta técnica legislativa, sucinta como un derecho penal de excepción; con ello, aunque el sujeto se considere potencialmente peligroso a los bienes jurídicos, debe acontecer una protección real en la realización del acto perturbador para que sea considerado legítimo, ya que el legislador considera justificado tipificar la anticipación de la barreras de punición de manera excepcional por la especial peligrosidad de la conducta desplegada por el sujeto, que es considerado como un potencial foco de peligro al lesionar el bien jurídico, por lo que se deben garantizar las condiciones de vigencia de la norma.¹⁵ Por ello, en el caso que nos ocupa se incrimina la organización de hecho por tres o más personas que, de manera concertada, coordinada y de manera permanente y reiterada, tengan la finalidad de cometer delitos fin, considerado como un delito de estatus un delito de pertenencia, siendo esta pertenencia a la organización delictiva un ente perturbador de la seguridad ciudadana.

Adicionalmente, la punición a la criminalización del estadio previo a la lesión del bien jurídico se justifica legislativamente por la especial peligrosidad de la conducta que resulta lesiva para el bien jurídico que se pretende proteger anticipadamente; por ello, las normas jurídico penales devienen heroicas si potencializan la expectativa social de los ciudadanos en Derecho, por lo cual es tan significativo el estudio tripartito de la sociedad, norma y persona como un proceso de cimentación cognitivo de la norma y de la persona. Para Jakobs, “el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella

¹¹ Jakobs, Günther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, trad. Peñaranda Ramos, Enrique, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México, Porrúa, 2002, pp. 392 ss.

¹² Polaino Orts, Miguel, *op. cit.*, p. 49.

¹³ Jakobs, Günther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, 2002, p. 424.

¹⁴ Polaino Orts, Miguel, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 51-52.

teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad”.¹⁶ Bajo esa premisa, el mandato en Derecho es: “Sé una persona y respeta a los demás como persona”;¹⁷ así, cuando una persona en Derecho no resguarda la expectativa social, se le alienta para que se comporte conforme al mandato normativo, también cuando una persona quebranta la norma se le sanciona y puede nuevamente ser persona en Derecho, con lo cual se mantiene la vigencia de la norma. Sin embargo, hay sujetos que han decidido no garantizar una mínima seguridad cognitiva y su calidad de persona está en juego, por lo que se les debe excluir del sistema social, ya que crean un foco de contagio social que se denomina como *enemigo*; por ello, el Estado, al legislar tipos penales adelantando las barreras de punibilidad, está dando protección normativa hacia los ciudadanos para mantener la seguridad cognitiva del Estado de Derecho. Por lo anterior, podemos aseverar que el concepto del Derecho Penal del Enemigo se sustenta en el concepto de *persona*, concepto central de la Filosofía del Derecho, de Hegel: el Derecho Penal del Enemigo utiliza la pena en cuanto a medida contra aquellos sujetos que no ofrecen la certeza de comportarse como personas en Derecho y que no ofrecen la garantía de un comportamiento personal en sociedad.¹⁸

De ahí que *persona* es un concepto social y normativo, lo cual significa que no puede definirse al margen de la sociedad como construcción social, y ha de ser destinatario de normas, derechos y obligaciones; posteriormente, la *persona* como concepto normativo cumple con esos derechos y deberes adecuando su comportamiento a la norma, es decir, actúa como ciudadano, como persona en Derecho.¹⁹

Entonces, el miembro de la delincuencia organizada, como persona en derecho, tiene como objetivo la infracción de la norma desde una perspectiva tanto objetiva como subjetiva; por ello, incisivamente quebranta su rol social de ciudadano y lo mantiene permanente como un actor delictivo, con lo cual funcionalmente el sujeto miembro de la organización criminal conoce

¹⁶ Jakobs, Günther, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, trads. Cancio Meliá Manuel y Feijóo Sánchez, Bernardo, *Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados*, México, Porrúa, 2002, p. 3.

¹⁷ Formulación clásica de Hegel, en Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, 2002, p. 16.

¹⁸ Müssig, Bernd, Derecho penal del enemigo: Concepto y fatídico presagio. Algunas tesis, trads. Cancio Meliá, Manuel, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Diez Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. 2, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2006, pp. 371 ss.

¹⁹ *Apud.* Polaino Orts, Miguel, *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013, pp. 25 ss.

normativamente su comportamiento criminal, decide obrar con culpabilidad, serle infiel al Derecho y, por ello, debe ser sancionado; con su comportamiento ha decidido dejar de ser persona en derecho y pasar a ser un enemigo.

Con lo anterior, podemos afirmar que las normas del Derecho Penal del Enemigo son normas funcionales en un determinado contexto social, por lo que se establecen normas de protección de manera que aunque el sujeto imputado aún no ha cometido el delito fin, ha desencadenado ya por su sola permanencia a una organización criminal una perturbación externa, máxime si sus planes delictivos se concretan y crea un detrimento a la vigencia de la norma desde la perspectiva social de la víctima, ya que la delincuencia organizada la concebimos como un delito de estatus, un delito de pertenencia a una agrupación delictiva, con lo cual las amenazas a la seguridad ciudadana se hacen públicas y, por lo tanto, se debe combatir normativamente.²⁰

Es por ello que el delito de delincuencia organizada, sostenido como un delito de peligro abstracto, se fundamenta como una norma funcional del derecho de excepción, ya que conlleva una perturbación social, específicamente a la seguridad ciudadana, atacando la identidad social de un Estado de Derecho; por ello, los miembros de la delincuencia organizada fundamentan una inseguridad ciudadana y, por sus decisiones, dejan de orientarse hacia la vigencia de la norma, además de que determinan su actividad delictiva al quebrantamiento de la norma, así la seguridad ciudadana es un derecho cuyo aseguramiento debe hacerse valer a través del Estado, por lo que a través del Derecho Penal de Excepción (del Enemigo) se protege la lesión al derecho de la seguridad como un precepto normativo.²¹

Por tal motivo, el denominado Derecho Penal de Enemigo va destinado hacia aquellos sujetos especialmente peligrosos que con su comportamiento delictivo —en este caso, pertenecer a la delincuencia organizada— desarrollan potencialmente una desestabilización social, por lo cual el Estado, a través de la técnica legislativa, crea normas para su acometida a través de figuras jurídicas como el adelantamiento de la punibilidad, entendido funcionalmente como “el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir”.²² No se considera al hecho como ya cometido, sino el que se va a cometer; se juzga la peligrosidad futura. Posteriormente, con este adelantamiento de la punibilidad la pena es inalterable, se mantiene estable

²⁰ *Apud.* Jakobs, Günther, *Criminalización en el estadio...*, 2002, pp. 420 ss.

²¹ *Apud.* Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona...*, 2002, pp. 18 ss.

²² Polaino Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo...*, 2009, p. 61.

y además, como en el caso de México, es en demasía severa: se sanciona la afectación al bien jurídico material protegido, que es la seguridad ciudadana, con lo cual se materializa un cuerpo normativo de lucha contra la organización criminal, como una delincuencia de especial peligrosidad.²³ Así pues, el Derecho Penal del Enemigo lucha sustancialmente contra un peligro, por lo que ya no debe tratarse como un ciudadano, sino como enemigo.

4. DERECHO PENAL DE CIUDADANO VS DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Primeramente, podemos advertir que las personas en sociedad cuentan con todas las prerrogativas que como ciudadanos contemplan en sus respectivas legislaciones constitucionales, por el simple hecho de ser seres humanos. Las personas en derecho deciden por sí mismas desarrollar normativamente su calidad de ciudadanos; deciden mantener prospectivamente su rol social, aquel que define al sujeto como persona.²⁴

Jakobs ha distinguido que “sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real”.²⁵ Así pues, la persona se integra a una estructura social y comporta una función orientada a su rol social, cumpliendo con la expectativa social, así el ámbito de su rol define su competencia.²⁶ Ser persona en sociedad significa ser reconocido en esta sociedad cotidianamente y en su conjunto como portador de derechos y deberes.²⁷ Es por ello que la principal tarea del Derecho es asegurar las aspiraciones sociales de todos los ciudadanos por conducir su vida de acuerdo al contrato social funcional; por ello, el ciudadano en derecho actúa conforme su rol, y con ese comportamiento proyecta una efectiva integridad en contra de posibles daños, por lo

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 155.

²⁵ Jakobs, Günther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo...*, 2006, p. 50.

²⁶ Polaino Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo...*, 2009, p. 156; *Funcionalismo penal y autodeterminación personal...*, 2013, p. 42: “... los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol. Éste se define, a su vez, por su contenido en el que se integran derechos y deberes. La orientación en función de ese rol define al sujeto como persona. En tal sentido, se afirma que las personas quedan integradas en el sistema, dentro del cual desempeñan una función que coadyuva al mantenimiento de la estructura social. La pertenencia de la persona a la estructura social viene determinada porque adecuan su comportamiento a la norma, esto es; por su cumplimiento del rol y la consiguiente satisfacción de las expectativas sociales...”.

²⁷ Jakobs, Günther, En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal del enemigo”, *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el derecho penal*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013, p. 11.

que el Estado es responsable de la protección y desarrollo social a través del Derecho.²⁸

No obstante, según Pawlik, los costes de la coacción en un ordenamiento jurídico sólo se pueden mantener en un marco conceptual de la teoría de las libertades, donde los ciudadanos en derecho, por regla general, se comportan fieles al Derecho, con lo que la corresponsabilidad por el mantenimiento de un estado de libertades concierne a todos y cada uno de los ciudadanos. Con ello, “a quien quiere hacer uso de las libertades del orden del Estado de Derecho se le exige que también contribuya con lo suyo a la preservación y defensa de estas libertades”;²⁹ en otras palabras, ser ciudadano en derecho respetando su correspondiente rol social, así el ciudadano tiene la libertad para decidir si se comporta de acuerdo con la norma y si, con ello, *contrario sensu*, también el ciudadano puede rechazar internamente o mediante expresiones la norma para ejecutar lo contrario a la norma;³⁰ por lo tanto, aquel ciudadano que no respete el mantenimiento de un estado de libertades en la sociedad se comporta infiel al Derecho y provoca una inseguridad cognitiva, desarrollando un estado de inseguridad ciudadana.

Por lo tanto, existen en toda sociedad sujetos que, al desarrollar su conducta en sociedad, han decidido apartarse de ese rol: manifiestan un desacuerdo normativo, transgreden las expectativas sociales, emiten una deliberación normativa de desvalor y desarrollan un comportamiento delictivo persistente, convirtiéndolo en un sujeto peligroso por su forma de comportarse en sociedad. Por ello, podemos manifestar que aquel sujeto que por alguna circunstancia ha manifestado su desvalor a la norma la ha quebrantado y, por lo tanto, debe ser sancionado; con esto, a la postre podrá otra vez dar vigencia la norma y volver a ser ciudadano en derecho. Jakobs a esto le ha denominado *derecho penal del ciudadano*. *Contrario sensu* aquellos sujetos que han decidido ser ciudadanos peligrosos y ser persistentes en su actividad delictiva al grado de resultar entes peligrosos para el sano desarrollo de la sociedad los ha denominado *derecho penal del enemigo*.³¹

Por tal razón, aquel sujeto que decide nuevamente dar vigencia a la norma debe ser tratado como persona en derecho, es decir, “todo aquel que preste fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser

²⁸ Apud. Pawlik, Michel, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un estado de libertades*, Barcelona, España, Atelier, 2016, pp. 31 ss.

²⁹ *Ibidem*, pp. 42-43.

³⁰ Feijoo Sánchez, Bernardo J., *op. cit.*, pp. 813 ss.

³¹ Jakobs, Günther, *Derecho penal del ciudadano...*, 2006, pp. 21-56.

tratado como persona”.³² Persona es quien adecúa su comportamiento a la norma, el ser humano influido por el aspecto normativo;³³ por lo anterior, la ley representa la expectativa del comportamiento de una comunidad en sociedad, el juez representa la ley y el ciudadano que actúa legalmente representa de forma ejemplar la vigencia de las leyes.³⁴

Así, cuando un sujeto abandona su rol como ciudadano defrauda la expectativa normativa y, por ello, se le imputa; el sujeto delincuente tiene derecho a la reinserción a la sociedad, por lo que mantiene su estatus de persona por no delinquir de modo constante. Sin embargo, aquellos sujetos que se han descarriado, que han decidido reincidir de manera incansable en la comisión de delitos y que han decidido ser potenciales fuentes de peligro deben ser tratados de manera excepcional; por ello, la coacción estatal se dirige al sujeto peligroso ya no como una persona, sino como un enemigo.³⁵ Por lo tanto, “el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo combate peligros”.³⁶

A su vez, el Estado Democrático de Derecho debe plantearse, en primer término, ser un Estado y dar protección funcional a los ciudadanos, dando garantía normativa; por ello, el deber de obediencia de los ciudadanos permea la estatalidad del Estado, por lo que el ordenamiento jurídico tiene que poner el dominio de la normalidad social y el ciudadano debe poder disfrutar de su derecho a través de la cimentación cognitiva.³⁷ A su vez, el ciudadano, en la medida en que actúa en contra del orden jurídico penal de conductas, quebranta su rol social en cuanto representante de la comunidad en derecho, y lesiona el deber de cooperar con el mantenimiento del estado jurídico existente, por lo que el delito representa el injusto frente a la comunidad en

³² Jakobs, Günther, ¿Terroristas como personas en Derecho?, trad. Cancio Meliá, Manuel, en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2da ed., España, Thompson Civitas, 2006, p. 68. También, “todo aquel que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho”. Jakobs, Günter, ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad..., 2008, p. 25.

³³ Polaino Orts, Miguel, *op. cit.*, p. 159.

³⁴ Pawlik, Michel, *op. cit.*, 2016, p. 44.

³⁵ Jakobs, Günther, *Derecho penal del ciudadano...*, 2006, pp. 24 ss. Así mismo, el pensamiento filosófico de Jakobs se cimienta en filósofos como Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant y Hegel, tanto que en el desarrollo del planteamiento del problema *ius* filosófico sobre el Derecho Penal del Enemigo el profesor alemán cita a Kant manifestando que, “en consecuencia, quien no participa en la vida en un estado comunitario-legal, debe irse, lo que significa que es expelido; en todo caso no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede tratar como enemigo”.

³⁶ Jakobs, Günther, *Derecho penal del ciudadano ...*, 2006, p. 34.

³⁷ Pawlik, Michel, *op. cit.*, p. 40 ss.

derecho, con lo cual el sujeto miembro de la delincuencia organizada pone en peligro la seguridad ciudadana y no sólo a una única persona.³⁸

En consecuencia, la persona en derecho, cuando con su conducta ha causado un daño a la vigencia de la norma, es conminada por el Estado a equilibrar el daño causado a la vigencia de la norma. Esto es así cuando el *ius puniendi* lo sanciona con una pena y se mantiene la expectativa social de imputación por quebrantar la norma; así, a pesar de que el sujeto decidió quebrantar la norma a *posteriori*, también ha decidido actuar nuevamente fiel al ordenamiento normativo, subsiguientemente de expiar su pena, por lo que la expectativa social nuevamente es que su conducta sea conforme a la norma y que los demás también se comportarán en el mismo sentido normativo, es decir, sin infringir la norma.³⁹

En ese contexto, en el denominado Derecho Penal del Ciudadano se sancionan conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, por lo cual el imputado es percibido como ciudadano, y su punibilidad es proporcional a su conducta; en cambio, en el Derecho Penal del Enemigo sanciona conductas que generan un potencial sentido de peligro, por lo que el imputado es visto como un foco de infección para la sociedad. Así también, la sanción de la conducta del imputado en un Derecho Penal del Ciudadano es catalogada como un derecho penal del hecho cometido; se le sanciona por el hecho que cometió y que lesionó o puso en peligro el bien jurídico. En un Derecho Penal del Enemigo, al imputado se le sanciona por la peligrosidad que representa el autor. También, en un Derecho Penal del Ciudadano al imputado se le sanciona por el hecho concreto que cometió con su conducta desplegada, y en el Derecho Penal del Enemigo se le sanciona por el hecho que va a cometer y, por ende, se adelanta la barrera de punición del sujeto peligroso.⁴⁰

Por el contrario, en lo que respecta a nuestro objeto de estudio, la delincuencia organizada expresa todo lo antitético del denominado Derecho Penal del Ciudadano; siendo un delito de estatus, de pertenencia, denota de manera duradera su representación criminal y ha decidido alejarse completamente del aspecto normativo de la sociedad, por lo cual no presenta ninguna garantía cognitiva mínima, necesaria para ser tratado como persona en derecho. Enemigo es quien ha decidido no participar en el tejido social, que ha decidido infringir la norma de forma permanente y que con su comportamiento

³⁸ *Ibidem*, p. 45.

³⁹ Jakobs, Günther, *Derecho penal del ciudadano...*, 2006, pp. 34 ss.

⁴⁰ *Apud*. Polaino Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo...*, 2009, pp. 585 ss.

genera una inseguridad cognitiva que pone en peligro el desarrollo normal de los ciudadanos en una sociedad;⁴¹ con tal desarrollo de inseguridad, se le impide a los ciudadanos ser personas en derecho y desdoblarse su vida cotidiana con normalidad. Ante tal peligro, los ciudadanos se encuentran frenados de realizar sus actividades normales dentro de la sociedad, y comienzan a sentir temor en su libre tránsito en una ciudad; por ejemplo, dejan de salir de sus casas a determinadas horas del día, y dejan de visitar determinados lugares por temor a que les suceda algún tipo de perjuicio.

En consecuencia, la inseguridad ciudadana, que representa la delincuencia organizada bajo la teoría de las libertades, representa que el ciudadano ya no puede disfrutar realmente de una seguridad ciudadana a futuro; contraria a una inseguridad ciudadana presente y futura, la situación comunicativa social que destila es en el marco de la puesta en peligro del bien jurídico material que es la seguridad ciudadana, debido a que los miembros de dicha organización han dejado de cumplir con su rol y privan de un pedazo de libertad normativa-comunicativa-social a los ciudadanos en derecho y crear un estado de zozobra y peligro real latente en la sociedad, considerando a sus miembros como personas muy problemáticas e indeseadas, en un contexto social y normativo; por ello, se les debe combatir de manera excepcional. Con todo ello, enemigo es, terminantemente, autores susceptibles de culpabilidad que forjan inseguridad ciudadana.⁴²

5. EL ESTADIO PREVIO A LA LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL TIPO PENAL DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

Inicialmente, el Derecho Penal tradicional es aquel donde se lesionan los bienes jurídicos materiales protegidos por la norma y, por tanto, se sancionan los delitos consumados; la consumación delictiva concede el grado máximo y habitual de reacción frente al hecho punible.⁴³ Pero es ya insuficiente el arquetipo de la lesión consumada en Derecho Penal, y es necesaria una protección en aquellos supuestos donde germina una exaltada peligrosidad hacia la base misma de la democracia de un país, así como de la seguridad ciudadana de un conglomerado social como bien jurídico material protegido en la delincuencia organizada; por ello, las nuevas técnicas legislativas,

⁴¹ *Apud.* Polaino Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo...*, 2009, p. 165.

⁴² Feijoo Sánchez, Bernardo, J., *op. cit.*, 2006, p. 804.

⁴³ Polaino Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo...*, 2009, p. 307.

políticas y criminales se dirigen hacia la anticipación de la tutela penal. Así pues, al emerger situaciones de especial peligrosidad es cuando el Derecho Penal anticipa el momento o adelanta las barreras de punibilidad o de protección jurídico penal,⁴⁴ por lo que el delito de delincuencia organizada es un supuesto normativo de anticipación de las barreras de criminalización con base en la peligrosidad de las acciones emprendidas por los miembros de tal organización criminal, que, como ya lo mencionamos, representan un ataque la seguridad ciudadana como bien jurídico colectivo material.⁴⁵

De manera que el modelo de anticipación de las barreras de criminalización a un estadio previo a la lesión de un bien jurídico se da desde la perspectiva de las infracciones que posteriormente se cometerán en el cerco de la organización; por ende, se vislumbra una perspectiva de peligrosidad futura incrementada, que es combatida a través de la prevención excepcional, tipificando conductas previas a la comisión del delito fin, por el potencial riesgo extraordinario que representa la delincuencia organizada.⁴⁶

Por lo anterior, a la delincuencia organizada y a sus miembros no se les sanciona por los delitos cuya comisión se espera que ejecuten, sino por la sola pertenencia a la organización con fines delictivos; por ello, el estatus de miembro de la organización criminal *per se* ya es un delito, por lo que su consumación queda anticipadamente fáctica respecto al hecho punible del delito fin.⁴⁷

En ese tenor, la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico material tutelado la podemos encontrar concisamente la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, con lo cual podemos afirmar que son formulaciones típicas que se encuentran vigentes en el Derecho positivo; así, podemos asegurar que la delincuencia organizada, como descripción lingüística del legislador, contempla la criminalización anticipada del potencial peligro que conlleva ser parte de una organización criminal que tiene como vertiente final la comisión de delitos fin y que la propia organización conlleva a generar un potencial peligro para la seguridad ciudadana.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 309.

⁴⁵ Cancio Meliá, Manuel, El injusto de los delitos de organización: peligro y significado, en Cancio Meliá, Manuel y Silva Sánchez, Jesús María, *Delitos de organización*, Argentina, B de F, 2008, pp. 30-31; *Los delitos de terrorismo. Estructura típica e injusto*, Madrid, España, Reus, 2010, p. 97.

⁴⁶ Cancio Meliá, Manuel, *El injusto de los delitos...*, 2008, pp. 53 ss; Cancio Meliá, Manuel, *Los delitos de terrorismo...*, 2010, pp. 11 ss.

⁴⁷ Jakobs, Günther, *En los límites de la orientación...*, 2013, pp. 21-22.

Así pues, se considera a la delincuencia organizada como un actor que constituye un peligro para el bien jurídico material –seguridad ciudadana– y para el bien jurídico genérico –la vigencia de la norma–; se considera a la organización criminal como potencialmente fuente de peligro,⁴⁸ y que así lo es. En la actualidad, la delincuencia organizada, como fuente de peligro, genera en la sociedad una inseguridad persistente a tal grado que la sociedad no puede desarrollarse plenamente como ciudadanos en derecho, y se encuentra en un estado de zozobra criminal, esperando en qué momento pueda ser lacerada por los miembros de dicha delincuencia. La tesis de la criminalización en el estadio previo se establece funcionalmente en la última reforma contenida en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, específicamente en sus artículos 2 bis y 2 ter, donde se establece la resolución de concierto para cometer las conductas señaladas en el artículo 2 de la citada ley, así como la participación intencional y activa de conductas que tengan como finalidad alcanzar el fin delictivo; con ello, el legislador mexicano combate en una forma muy temprana algún signo de peligro, por lo que se considera al miembro de la delincuencia organizada, en su calidad de estatus de miembro, como un sujeto potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, que en el caso particular son los ciudadanos en derecho.⁴⁹

En tal caso, la delincuencia organizada de facto representa un peligro latente para la sociedad, y si bien en algún momento no han ejecutado los delitos fin, la sola conformación delictiva supone una sublevación a la seguridad ciudadana que merece de manera excepcional ser combatida.⁵⁰

Con lo anterior se criminaliza el estatus⁵¹ de miembro delictivo organizado como un acto preparatorio para cometer *a posteriori* un delito fin. Consideramos que el delito de delincuencia organizada es un delito de estatus, una posición de pertenencia delictiva; la intervención delictiva se desarrolla en la propia organización cuando se constituye de manera fáctica, cuando de manera concertada y coordinada se repartan tareas y funciones para cometer delitos fin. Bajo esta premisa, al ser la delincuencia organizada un delito de peligro abstracto consumado como acto preparatorio y la conducta peligrosa sea

⁴⁸ Jakobs, Günther, *Criminalización en el estadio...*, 2002, pp. 392-393.

⁴⁹ *Apud* Jakobs, Günther, *Ibidem*, p. 394.

⁵⁰ Polaino Orts, Miguel, El Derecho penal del enemigo como garantía de la juridicidad democrática estatal, en Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008, p. 42.

⁵¹ "A la organización criminal la podemos considerar como un delito de estatus, es decir, no se considera por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico material, sino por la posesión de un determinado estatus social". *Vid.* Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, p. 1088.

consumada con la organización de hecho, fáctica por tres o más personas, se criminaliza anticipadamente para evitar la consumación de futuros delitos fin; por tanto, la conducta incriminada por el legislador como delincuencia organizada es en sí misma una preparación para cometer delitos fin y, por ende, el estatus de miembro perteneciente a la organización criminal se considera como una fuente real de peligro. Su conducta conlleva una peligrosidad concreta, que es la de causar inseguridad ciudadana, con lo cual deviene ser considerada como no tolerable, y se criminaliza su estatus de miembro como ente perturbador *per se* del ámbito social.⁵² Jakobs la considera como “una perturbación externa por la incalculabilidad de los posibles cursos de daños”.⁵³

Se puede inferir que existe una peligrosidad latente y permanente ante este tipo de delincuencia. Dicha peligrosidad existe en el contexto del estatus de permanencia de la actividad delictiva, del estatus de peligrosidad que genera la constitución de la organización ilícita y que genera una fuente de peligro constante; por ello, debe ser sitiada a través de normas de Derecho Penal del Enemigo, siendo el comportamiento de sus miembros completamente perturbadores un comportamiento abstractamente peligroso⁵⁴ por su estatus de miembro, por lo que se criminaliza en un estadio previo a la comisión de los delitos fin.

A mayor abundamiento, los miembros de la delincuencia organizada, al tomar la decisión personalísima en su ámbito de libertad interna, deciden agruparse de forma permanente y reiterada para cometer delitos futuros. Están siendo infieles al Derecho, han decidido quebrantar una norma y crear de manera permanente una perturbación externa, poner en peligro la seguridad ciudadana, la perturbación de la paz jurídica, “el menoscabo de la vigencia de la norma”.⁵⁵ Así pues, se enuncia a la sociedad su estatus delictivo; no es necesario que lo anuncie formalmente, la propia constitución fáctica de la organización criminal ya comunica su peligrosidad cognitiva para la sociedad, por eso el injusto penal de la delincuencia organizada es un injusto permanente de perturbación a la seguridad ciudadana, un injusto de estatus de pertenencia a la agrupación delictiva, por lo que se criminaliza en un estadio previo a la lesión de los delitos fin, haciéndolo el legislador a través de Derecho Penal de Excepción.⁵⁶

⁵² *Apud.* Jakobs, Günther, *Criminalización en el estadio...*, 2002, pp. 412 ss.

⁵³ *Ibidem*, p. 416.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 417.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 421.

⁵⁶ *Apud.* Jakobs, Günther, *Criminalización en el estadio...*, 2002, pp. 423 ss.

6. ANÁLISIS FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MÉXICO

El Derecho Penal del Enemigo, asociado a la delincuencia organizada, se encuentra reconocido en un ámbito *desiderátum* respecto a cualquier otro delito, en el artículo 16, párrafo 9, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM): “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.⁵⁷ Dado lo anterior, la relación existente entre el Derecho Penal del Enemigo y la CPEUM legitima el ejercicio del principio de legalidad y el ejercicio de la potestad punitiva por parte del Estado mexicano.

Como consecuencia de lo anterior, la tendencia política-criminal del Estado mexicano se ajusta a un modelo de Derecho Penal del Enemigo donde todo aquel sujeto que sea participe de una organización criminal será privado de su calidad de ciudadano, para lo cual se desarrolla todo un sistema de tratamiento penal, procesal penal y penitenciario de intervención estatal sobre individuos definidos como enemigos; la CPEUM sienta las bases de un modelo de Derecho Penal del Enemigo como modelo general de ejercicio de la potestad punitiva del Estado.⁵⁸

Por tal razón, el Estado mexicano desarrolló un Derecho Penal y Procesal de Excepción; así pues, el sujeto imputado es considerado como un sujeto procesal con todas las garantías consagradas en la CPEUM y en el Código Nacional de Procedimientos Penales, denominados como derechos del imputado. Sin embargo, el legislador mexicano, al considerar la delincuencia organizada un especial foco de peligro y a sus miembros, por su estatus, como individuos que ponen en peligro la base democrática de un Estado, legislan figuras de excepción para su investigación y persecución, así como para su imputación del hecho que la ley considera como delito, creando figuras que en el Derecho Penal del Ciudadano se consideran violatorios al debido proceso.

Al momento de legislar tales figuras, se consideran tanto legales como legítimas; así, encontramos que, en México, el 7 de noviembre de 1996 se expidió la LFDO, que contempla figuras procesales del denominado Derecho Penal del Enemigo. En este sentido, podemos mencionar la prisión preventiva oficiosa, la unidad especializada en la investigación y procesamiento de la

⁵⁷ Artículo 16, párrafo noveno, de la CPEUM.

⁵⁸ *Apud.* Mañalich, Juan Pablo, *Penal y ciudadanía...*, 2011, pp. 142 ss.

delincuencia organizada, así como la intervención de la SHCP en auditorías a personas físicas y morales, donde se presume que sus actividades comerciales están relacionadas con recursos de procedencia ilícita; también, para la efectiva investigación de los delitos cometidos por la delincuencia organizada se hará uso de investigaciones en cubierta con agentes encubiertos, dotados de una nueva identidad y documentos que los acrediten. Además, se contempla que dichos agentes en cubierta tendrán bajo reserva su identidad, y se les asignará una clave numérica con extrema secrecía. así mismo, se contemplan figuras como el arraigo, la intervención de comunicaciones privadas, el decomiso, la protección de personas y la recompensa para el auxilio de la localización de miembros de la delincuencia organizada; por todo ello, nos encontramos con un Derecho Penal de Excepción donde el Estado abole derechos procesales al sistema de imputación penal por considerar a los miembros de la delincuencia organizada como enemigos y tratar normativamente de eliminar los potenciales riesgos que generan estas organizaciones criminales.

Por lo anterior, podemos inferir que en México ya existen normas de excepción en al ámbito de los actos preparatorios punibles, donde se contempla que la preparación de un hecho delictivo se considera tan grave que perturba la seguridad ciudadana, por lo que debe ser sancionada como lo considera la LFDO al tipificar, en su artículo 2, la organización de hecho de tres o más personas para realizar, en forma permanente y reiterada, conductas que tienen como finalidad cometer delitos fin; pero no sólo eso, sino que también en su artículo 2 bis aquellos sujetos que han decidido de forma concertada cometer conductas delictivas descritas en la referida ley y que acuerden los medios de llevar a cabo esa determinación hacen lo que podemos denominar concierto previo para delinquir y anticipación de la anticipación del estadio previo para delinquir.

Pero no todo termina aquí: los legisladores mexicanos, en el artículo 2 ter, sancionan a aquellos sujetos que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva de la organización criminal, participen intencional y activamente en esas actividades ilícitas, sobre todo si con esa participación se alcanza la actividad delictiva, lo que nos lleva a corroborar la funcionalidad del denominado Derecho Penal del Enemigo en México, donde las diferentes normas jurídicas se emiten como defensa frente a riesgos futuros contemplados tanto en la ley adjetiva como en la procesal.

7. LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉXICO

Como es sabido, en una sociedad democrática el acuerdo normativo se fija de acuerdo con la política criminal de cada país, y cada ciudadano comparte una serie de obligaciones y derechos que le asisten en su calidad de ciudadano-persona en derecho, además de que desempeña un rol social que define la función social de cada sujeto.

Personas en derecho son aquellas que cumplen con sus obligaciones y disfrutan de sus derechos como ciudadanos; para que ello suceda, deben confiar cognitivamente en la norma jurídica, lo cual significa que deben confiar legítimamente en la sociedad, a través de los cuerpos normativos de esa seguridad cognitiva a la sociedad. Por ello, los legisladores plasman en los ordenamientos normativos las especificaciones de la convivencia social, lo que determina la legitimidad ciudadana de participar en la expectativa social, que es el principio fundamental que regula el ejercicio de la actividad punitiva del Estado.

En sustento de esa función social, las personas en derecho han de desempeñar su función social de acuerdo con su rol. Los ciudadanos son libres de adecuar su comportamiento a las normas o de contrariar el acuerdo normativo. Entonces, este acuerdo normativo de inicio se sustenta con la creación del propio cuerpo normativo, al pasar por un proceso legislativo que dé legalidad y legitimidad a las leyes que rigen nuestro actuar en la sociedad.

En consecuencia, el Estado, a través de la técnica legislativa, puede prohibir o sancionar la conformación de alguna entidad peligrosa que perturbe a la sociedad, con lo cual comunica a la sociedad, a través de una expectativa cognitiva, la concreción de ese peligro que se combate a través de la norma; con ello, guía a los ciudadanos a que su comportamiento sea dirigido a valorar la norma y la expectativa normativa de garantizar la seguridad ciudadana.⁵⁹ Así, es el propio Estado quien legitima el estado de excepción;⁶⁰ los legisladores son totalmente libres de tipificar las conductas que ellos consideren como delictivas y que, en el caso mexicano, no sólo se tipifican en la LFDO, sino también en la CPEUM, en su artículo 16, párrafo noveno.

⁵⁹ *Apud.* Jakobs, Günther, Estado de Derecho y combate de peligros: un esbozo, trad. Polaino Orts, Miguel, *Criminalidad Organizada. Formas de combate mediante el derecho penal*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013, pp. 33-38.

⁶⁰ Donini, Massino, El Derecho penal frente al enemigo, trads. Cancio Meliá, Manuel y Faraldo Cabana Patricia, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coors.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. 1, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2006, p. 610.

Entonces, el Derecho Penal se legitima a través de una autodescripción normativa de la sociedad, de los criterios de identidad y principios de organización fundamentales en el cuerpo normativo de una sociedad; por ende, se garantiza la seguridad cognitiva a través de la imputación de infracciones del Derecho.⁶¹ Por tal razón, las normas del Derecho Penal del Enemigo son legítimas, y existen en un Estado Democrático de Derecho leyes legitimadas por el legislador, ya que al ser la delincuencia organizada una organización potencialmente peligrosa, no puede quedar impune, porque si se quedara, impediría el sano desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, pues no podrían estar seguros en la vida cotidiana. Por esa y muchas razones más, el legislador conviene sancionar dichos brotes de peligro.⁶²

Por lo anterior, el Derecho Penal, que ha sido el instrumento más autoritario del Estado, lleva a cabo formas legales de exclusión social, con la finalidad de combatir o neutralizar a aquel sujeto que pone en peligro a las bases mismas de la democracia y la seguridad ciudadana pues, siendo el Derecho Penal parte del sistema jurídico, recibe del mismo un apoyo cognitivo, en la medida en que se trate de la defensa de riesgos perturbadores para la sociedad.⁶³

Por lo que respecta al topos analizado —delincuencia organizada—, el ordenamiento normativo actúa legítimamente en contra de sujetos que emiten una enemistad con la sociedad, toda vez que ellos representan una amenaza contundente a la base misma de la sociedad y de la seguridad ciudadana, porque con su actuación belicosa ponen en peligro la seguridad ciudadana y su combate a través de la LFDO; con ello, se legitima la actuación del Estado a través de normas de Derecho Penal y Procesal de Excepción. Dichas leyes son legales porque son creadas a través de un proceso legislativo que sustenta el principio de legalidad contemplado en el artículo 14 de la CPEUM.

A su vez, la delincuencia organizada, al ser una agrupación delictiva, deja de tener las prerrogativas constitucionales como el ejercicio libre de asociación; queda vedado el uso legítimo de sus derechos y se le restringen también sus derechos fundamentales. Todo ello, por la desestabilidad social que produce la organización criminal; es por eso que a la delincuencia organizada se le deben limitar sus derechos constitucionales y procesales. Además, en el caso mexicano se contempla una ley especial para su combate; la LFDO,

⁶¹ Müssig, Bernd, *op. cit.*, pp. 386 ss.

⁶² Polaino Orts, Miguel, Derecho penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe?, en Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008, pp. 86 ss.

⁶³ Müssig, Bernd, *op. cit.*, p. 387.

que contempla la descripción típica de la delincuencia organizada, el sistema procesal de excepción y la forma singular de investigación de este delito, porque a los miembros de la delincuencia organizada se les ha comprobado fácticamente que su comportamiento ha de desestabilizar el entorno social de convivencia ciudadana, por lo que se le debe combatir de manera excepcional, como enemigo.

Respuesta a esto es la creación de leyes dirigidas a enemigos, como la LFDO, con lo que se demuestra que para México se ha comprobado que el uso de leyes excepcionales —leyes de Derecho Penal del Enemigo— son legítimas y legales, ya que previamente se ha comprobado el peligro real e inminente que las organizaciones criminales han desatado en la base misma de la democracia, lo cual ha impedido el desarrollo de cada proyecto personal de los ciudadanos, lesionando la seguridad ciudadana como bien jurídico material protegido del injusto típico de la delincuencia organizada.⁶⁴

No obstante, desde el punto de vista funcionalista, que es el que aquí se defiende, el Derecho Penal del Enemigo, como uso legítimo y legal soporta el trato justo y respetuoso de los derechos humanos, no se trata de que el miembro de la delincuencia organizada debe ser tratado con absoluta ausencia de garantías, con beligerancia a su condición de persona, se trata de cómo los Estados democráticos consideran que hay que tratarlo —de manera excepcional—. Definitivamente, se trata de una respuesta legal vigente como Derecho Positivo,⁶⁵ ante sujetos que, a través de su conducta peligrosa, ponen en peligro las bases mismas del sistema social y de la seguridad ciudadana.

De manera que en un Estado Democrático de Derecho las leyes expedidas para punir hechos considerados como delitos deben pasar por el proceso legislativo de cada país, con lo cual el Estado legaliza y legitima las leyes de combate a especiales fuentes de peligro como la delincuencia organizada; por ello, las leyes de excepción proporcionan garantías no sólo a los imputados como miembros integrantes de la delincuencia organizada, sino también a las víctimas y a la sociedad en general, por lo que el “derecho penal del enemigo en sentido funcionalista únicamente tiene sentido en un contexto democrático”.⁶⁶

En suma, el uso del Derecho Penal del Enemigo, en un Estado Democrático de Derecho, legitima el uso de leyes penales de excepción con pleno respeto a las garantías constitucionales y derechos humanos; así lo contempla

⁶⁴ *Apud.* Polaino Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo...*, 2009, pp. 421 ss.

⁶⁵ *Apud.* Polaino Orts, Miguel, *Funcionalismo penal y autodeterminación ...*, 2013, pp. 45 ss.

⁶⁶ Polaino Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo...*, 2009, p. 551.

la CPEUM, cuyo artículo 16, párrafo noveno, contempla que: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”. Con ello, el Estado mexicano legitima el uso del Derecho Penal del Enemigo en México en el combate contra delincuentes especialmente peligrosos; así, de manera proporcional a su peligrosidad, se les sanciona, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos en peligro.⁶⁷ Por lo tanto, se puede deducir que es el legislador quien define un Derecho Penal de Excepción a partir del principio de legalidad que legitima su pertinencia en el Estado mexicano.

Por lo tanto, es legítimo contar, en un país democrático, con un Derecho Penal de peligrosidad orientado a imputar al actor y no sólo al hecho como delito fin que va a ejecutar, toda vez que la sola presencia de la delincuencia organizada genera una estatus de empresa delictiva formalizada mediante la comisión de delitos graves y sistemáticos, y con actividades profesionalmente concertadas; por ello, el miembro de la delincuencia organizada se convierte en *enemigo* del Estado, por su comportamiento de vida, que es contrario a los valores fundamentales de la convivencia social por su peculiar estatus de peligrosidad y agresividad pública. Este tipo de sujetos organizados es la forma de criminalidad más temible para la seguridad ciudadana.⁶⁸

En tal caso, como lo hemos desarrollado, la delincuencia organizada adquiere una dimensión distinta de intervención del Derecho Penal, que legitima un tratamiento diferente de otro tipo de organizaciones delictivas, toda vez que el contenido organizativo de intervención delictiva afecta significativamente la conducta criminal del sujeto imputado.

En consecuencia, el Derecho Penal del Enemigo, en sentido funcionalista, es el conjunto de leyes de excepción que combaten funcionalmente delitos especialmente peligrosos como la delincuencia organizada, que con su constitución fáctica se opone a las bases mismas de la democracia y de la seguridad ciudadana, con lo cual, de modo jurídico, se combate a los miembros de la delincuencia organizada como delincuentes potencialmente peligrosos dentro del Estado de Derecho.⁶⁹

⁶⁷ *Ibidem*, p. 554. Polaino Orts señala también que “la expresión Derecho penal del enemigo ni es una contradicción en sus términos ni un oximoron, sino que se trata de un conjunto de normas jurídicas que, con un fin asegurativo y protector, combaten a un delincuente especialmente peligroso para mantener el Estado de Derecho” (p. 605).

⁶⁸ *Apud*. Donini, Massino, *El Derecho penal frente al enemigo...*, 2006, pp. 649 ss.

⁶⁹ *Apud*. Polaino Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo...*, 2009, pp. 596 ss.

8. CONCLUSIONES

El denominado Derecho Penal del Enemigo es, en realidad, un Derecho Penal de Excepción que requiere medidas extremas de protección normativa con una perspectiva de política criminal.

El Derecho Penal del Enemigo, como un Derecho Penal de Excepción, combate determinados supuestos de especial peligrosidad, como la delincuencia organizada.

En un Estado Democrático de Derecho existe un Derecho Penal de Ciudadano y un Derecho Penal de Excepción. Para aquellas formas de criminalización perturbadora para la sociedad, existe el Derecho Penal del Enemigo.

Mediante el adelantamiento de las barreras de punición en un estadio previo a la lesión del bien jurídico material, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada sanciona, a través de la delincuencia organizada, la preparación de cometer en un futuro delitos fin como un delito consumado por la sólo organización fáctica delictiva, además de que la legislación mexicana va más allá de lo permitido por un Derecho Penal del Hecho, al sancionar el concierto previo para delinquir, es decir, el adelantamiento del adelantamiento de las barreras de punición.

El legislador mexicano actúa legítimamente en contra de sujetos que emiten una enemistad con la sociedad, como los miembros de la delincuencia organizada, toda vez que ellos representan una amenaza contundente a la base misma de la sociedad y de la seguridad ciudadana, porque con su actuación belicosa ponen en peligro la seguridad ciudadana, por lo que se combaten a través de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

9. BIBLIOGRAFÍA

Cancio Meliá, Manuel, *De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?*, en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2da ed., España, Thompson Civitas, 2006.

_____, *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, en Cancio Meliá, Manuel y Silva Sánchez, Jesús María, *Delitos de organización*, Argentina, B de F, 2008.

_____, *Derecho penal del enemigo: Contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs*, en Cancio Meliá, Manuel y Feijoo Sánchez, Bernardo, *Teoría funcional de la pena y de la*

- culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM, España, Civitas, 2008.
- _____, *Los delitos de terrorismo. Estructura típica e injusto*, Madrid, España, Reus, 2010.
- Cancio Meliá, Manuel y Silva Sánchez, Jesús María, *Delitos de organización*, Argentina, B de F, 2008.
- Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. 1, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2006.
- _____, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. 2, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2006.
- Donini, Massino, *El Derecho penal frente al enemigo*, trads. Cancio Meliá, Manuel y Faraldo Cabana Patricia, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. 1, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2006.
- Feijoo Sánchez, Bernardo J., *El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho*, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. 1, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2006.
- Jakobs, Günther, *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, trad. Peñaranda Ramos, Enrique, en *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, trads. Cancio Meliá, Manuel; Feijóo Sánchez, Bernardo; Peñaranda Ramos, Enrique; Sancinetti, Marcelo A. y Suárez González, Carlos J., Lima, Perú, Palestra Editores, 2000.
- _____, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trads. Cancio Meliá, Manuel y Feijóo Sánchez, Bernardo, España, Civitas, 2000.
- _____, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trads. Cancio Meliá Manuel y Feijóo Sánchez Bernardo, en *Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados*, México, Porrúa, 2002.
- _____, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, trad. Peñaranda Ramos, Enrique, en *Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados*, México, Porrúa, 2002.
- _____, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, trad. Cancio Meliá, Manuel, en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2da ed., España, Thompson Civitas, 2006.
- _____, ¿Terroristas como personas en Derecho?, trad. Cancio Meliá, Manuel, en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2da edic., España, Thompson Civitas, 2006.
- _____, ¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?, trad. Polaino Orts, Miguel, en Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del*

- funcionalismo*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008.
- _____, *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad*, trad. Polaino Orts, Miguel, en Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008.
- _____, *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad*, trad. Cancio Meliá, Manuel, en Cancio Meliá, Manuel y Feijoo Sánchez, Bernardo, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la uam, España, Civitas*, 2008.
- _____, *Sobre el concepto de persona en Derecho*, trad. Polaino Orts, Miguel, en Jakobs, Günther y Polaino Orts, Miguel, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo*, trad. Polaino Orts, Miguel, Perú, Ara Editores, 2011.
- _____, *Sobre la teoría del Derecho penal del enemigo*, trad. Polaino Orts, Miguel, en Jakobs, Günther y Polaino Orts, Miguel, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo*, trads. Polaino Orts, Miguel, Perú, Ara Editores, 2011.
- _____, *En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal del enemigo*, trad. Polaino Orts, Miguel, en Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal ante la criminalidad del núcleo duro. Una respuesta desde el Estado de Derecho*, trad. Polaino Orts, Miguel, Contexto, Resistencia, Choco, 2011.
- _____, *Estado de Derecho y combate de peligros: Un esbozo*, trad. Polaino Orts, Miguel, en Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal ante la criminalidad del núcleo duro. Una respuesta desde el Estado de Derecho*, trad. Polaino Orts, Miguel, Contexto, Resistencia, Choco.
- _____, *En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal del enemigo*, trad. Polaino Orts, Miguel, en Jakobs, Günther y Polaino Orts, Miguel, *Criminalidad Organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- _____, *Estado de Derecho y combate de peligros: un esbozo*, trad. Polaino Orts, Miguel, en Jakobs, Günther y Polaino Orts, Miguel, *Criminalidad Organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- _____, *Sobre la teoría del Derecho penal del enemigo*, trad. Polaino Orts, Miguel, en Jakobs, Günther y Polaino Orts, Miguel, *Criminalidad Organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.

- Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2da ed., España, Thompson Civitas, 2006.
- Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008.
- _____, *Sobre la teoría del Derecho penal del enemigo*, trad. Polaino Orts, Miguel, en Jakobs, Günther y Polaino Orts, Miguel, *Criminalidad Organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2da ed., España, Thompson Civitas, 2006.
- Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008.
- _____, *El Derecho penal ante la criminalidad del núcleo duro. Una respuesta desde el Estado de Derecho*, trad. Polaino Orts, Miguel, Contexto, Resistencia, Choco, 2011.
- Jakobs, Günther y Polaino Orts, Miguel, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo*, trads. Polaino Orts, Miguel, Perú, Ara Editores, 2011.
- _____, *Criminalidad Organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- Kindhäuser, Urs, *Retribución de culpabilidad y pena*, trad. Mañalich, Juan Pablo, en Kindhäuser, Urs y Mañalich, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Argentina, B de F, 2011.
- Müssig, Bernd, *Derecho penal del enemigo: Concepto y fatídico presagio. Algunas tesis*, trad. Cancio Meliá, Manuel, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. 2, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2006.
- Pawlik, Michel, Ciudadanía y Derecho penal. *Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un estado de libertades*, Barcelona, España, Atelier, 2016.
- Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal del enemigo como garantía de la juridicidad democrática estatal*, en Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008.
- _____, *Derecho penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? Por qué existe?*, en Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008.
- _____, *Derecho penal del enemigo, fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, España, Bosch, 2009.

- _____, *La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla*, en Caro John, José Antonio y Polaino Orts, Miguel, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.
- _____, *La anticipación de la punibilidad como derecho penal del enemigo: los delitos de obstáculo*, en Caro John, José Antonio y Polaino Orts, Miguel, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.
- _____, *¿Qué es la imputación objetiva?*, en Caro John, José Antonio y Polaino Orts, Miguel, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.
- _____, *Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto Kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista*, en Miró Linares, Fernando / Polaino Orts, Miguel. *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación Kantiana y la imputación objetiva de Jakobs*, Perú, Ara Editores, 2010.
- _____, *Criminalidad organizada: El combate penal de las organizaciones y de los grupos criminales*, en Jakobs, Günther y Polaino Orts, Miguel, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo*, trad. Polaino Orts, Miguel, Perú, Ara Editores, 2011.
- _____, *Organizaciones y grupos criminales: Nuevos perfiles de su combate penal*", en Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel, *El Derecho penal ante la criminalidad del núcleo duro: Una respuesta desde el Estado de Derecho*, trad. Polaino Orts, Miguel, Resistencia, Chaco, 2011.
- _____, *Imputación funcionalista*, en Kindhäuser, Urs; Polaino Orts, Miguel y Corcino Barrueta, *Imputación normativa. Aspectos objetivo y subjetivo de la imputación penal*, Argentina, Contexto, 2011.
- _____, *¿Imputación kantiana versus imputación funcionalista?*, en Kindhäuser, Urs; Polaino Orts, Miguel y Corcino Barrueta, *Imputación normativa. Aspectos objetivo y subjetivo de la imputación penal*, Argentina, Contexto, 2011.
- _____, *Vigencia de la norma: El potencial de sentido de un concepto*, en Kindhäuser, Urs y Polaino Orts, Miguel, *Normativismo en Derecho penal. Estudios de dogmática jurídico-penal*, Argentina, Contexto, 2011.
- _____, *Normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla*, en Kindhäuser, Urs y Polaino Orts, Miguel, *Normativismo en Derecho penal. Estudios de dogmática jurídico-penal*, Argentina, Contexto, 2011.
- _____, *Criminalidad organizada: fundamentos dogmáticos y límites normativos (con referencia a la Ley Federal mexicana contra la delincuencia organizada)*, en Jakobs, Günther y Polaino Orts, Miguel, *Criminalidad*

- organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editores, 2013.
- _____, *Organizaciones y grupos criminales*, en Jakobs, Günther y Polaino Orts, Miguel, *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, trad. Polaino Orts, Miguel, México, Flores Editores, 2013.
- _____, *Curso de Derecho penal del enemigo. Delincuencia grave y exclusión social en el Estado de Derecho*, 2da ed., España, Editorial Edición Digital, 2013.
- _____, *Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto Kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista*, en Miró Linares, Fernando y Polaino Orts, Miguel. *Imputación y valoración en Derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- _____, *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- _____, *El Derecho penal del enemigo ante el Estado de Derecho*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- _____, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal (I). Fundamentos y función del Derecho penal*, México, Instituto de Investigación del Centro de estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, 2014.
- Silva Sánchez, Jesús María, *¿Pertenencia o intervención? Del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de la participación a través de organización en el delito*, en De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio; Gurdíel Sierra, Manuel y Cortés Bechiarelli, Emilio (cords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2004.
- _____, *La intervención a través de la organización, ¿una forma moderna de participación en el delito?*, en Cancio Meliá, Manuel y Silva Sánchez, Jesús María, *Delitos de organización*, Argentina, B de F, 2008.
- _____, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ra ed., Argentina, B de F, 2011.