

LEANDRO EDUARDO ASTRAIN BAÑUELOS

**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO
EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL:
ESPECIAL REFERENCIA EN MÉXICO**

Prólogo de
Luis Felipe Guerrero Agripino

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	11
AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS	13
PRÓLOGO	15
PRESENTACIÓN	19
INTRODUCCIÓN	21
 CAPÍTULO I. EL DERECHO PENAL EN LA POSMODERNIDAD	 25
1. LA CRISIS DE LA MODERNIDAD Y EL TRÁNSITO A LA POSMODERNIDAD	25
2. SISTEMA PENAL CONTEMPORÁNEO	27
2.1. Fenómenos criminológicos que han generado la intensificación de la reacción punitiva estatal	29
2.1.1. Nuevas manifestaciones de criminalidad	29
2.1.2. El rol protagónico de la víctima	31
2.1.3. Sentimiento de inseguridad ciudadana	34
2.1.4. Configuración de la sociedad del riesgo	37
2.1.5. El profano debate político criminal sobre el Derecho penal	39
2.1.6. Nueva dimensión de la pena privativa de la libertad	41
2.2. Reacciones punitivas	41
2.2.1. Agravación de las penas ya existentes	42

	Pág.
2.2.2. Expansión del Derecho penal	49
2.2.3. Derecho penal de excepción	55
 CAPÍTULO II. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO	 57
1. CONTROL SOCIAL Y SISTEMA PENAL	57
2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ESTADO MO- DERNO	60
2.1. Estado monárquico	61
2.2. Estado liberal	62
2.3. Estado social	65
2.4. Estado social y democrático de Derecho	66
 CAPÍTULO III. GARANTISMO PENAL	 79
1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL	80
2. PRINCIPIO DE <i>ULTIMA RATIO</i>	86
3. CARÁCTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO PENAL	89
4. EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS	90
5. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	93
6. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	99
7. PRINCIPIO DE IGUALDAD	102
8. PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA	104
 CAPÍTULO IV. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO ENEMIGO EN LA TEORÍA POLÍTICA Y FILOSÓFICA	 107
1. THOMAS HOBBS Y LA DEFENSA DEL PODER SOBERA- NO DEL MONARCA	110
2. JOHN LOCKE Y SU SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GO- BIERNO CIVIL	117
3. JEAN JACQUES ROUSSEAU Y LA DEMOCRÁTICA VOLUN- TAD GENERAL	120
4. KANT Y SU BÚSQUEDA DE LA PAZ	123
5. FICHTE Y LOS FINES PREVENTIVOS DE LA PENA	125
6. EL ANTI-KANT DE FEUERBACH	128
7. LOS LÍMITES DEL ESTADO FRENTE AL INDIVIDUO SE- GÚN STUART MILL	131

	Pág.
8. BECCARIA Y LA HUMANIZACIÓN DE LAS PENAS.....	132
9. EL ENEMIGO POLÍTICO, DE CARL SCHMITT	135
10. REFLEXIÓN FINAL.....	137
 CAPÍTULO V. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉ- XICO.....	 139
1. EVOLUCIÓN DEL PLANTEAMIENTO JAKOBSIANO EN TORNO AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	140
2. REALIDAD NORMATIVA DEL DERECHO PENAL DEL ENE- MIGO. ALGUNOS EJEMPLOS EN MÉXICO.	144
2.1. Normas contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	145
2.2. Normas generales y del fuero federal	151
2.3. Normas del fuero común	154
3. LEGISLACIÓN PENAL DE EMERGENCIA EN MÉXICO	158
3.1. Ley Federal contra la delincuencia organizada.....	158
3.2. Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asisten- cia de las víctimas de estos delitos	165
3.3. Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del art. 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	170
4. CRÍTICA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	172
4.1. Definición del enemigo y características del concepto.....	174
4.2. Responsabilidad del Estado en la configuración del enemigo.	182
4.3. El Derecho Penal del Enemigo como Derecho penal de autor	186
4.4. Ilegitimidad del Derecho Penal del Enemigo en un Estado constitucional de Derecho.....	188
4.5. Excurso. ¿Se puede explicar el Derecho Penal del Enemigo bajo una orientación diversa al funcionalismo sociológico? ...	193
 CONCLUSIONES.....	 197
BIBLIOGRAFÍA.....	201

PRÓLOGO

El sistema jurídico mexicano se encuentra en un momento coyuntural. Las recientes reformas constitucionales en materia de justicia para adolescentes de 2006, de seguridad pública y sistema penal de 2008, de amparo y derechos humanos de 2011 y del sistema nacional anticorrupción de 2015 han impactado profundamente en la forma de pensar, construir, interpretar, aplicar y estudiar el Derecho. Por ello, los juristas debemos estar a la altura de las circunstancias, esto es, preparados para afrontar los retos que implican estas transformaciones. Más aún, debemos estar atentos para que en este ambiente de profundos y vertiginosos cambios, no caigamos en la tentación de retroceder en el camino, dejando de lado las conquistas y los avances que mucho han costado y que inciden en la construcción de un México más justo y democrático.

El presente libro es el resultado de varios años de investigación de un joven abogado preocupado por las transformaciones que está viviendo el Derecho penal en México y que considera no son deseables ni para el propio *ius puniendi* ni para la política criminal propia de un Estado constitucional de Derecho.

Conocí a Leandro Eduardo Astrain Bañuelos cuando él era estudiante de la maestría en Ciencias Jurídico-Penales y yo su profesor de Teoría del Delito. Durante las clases, sus intervenciones revelaban sus posturas críticas y no pocas veces provocadoras. Ahí nació su interés por el estudio del Derecho Penal del Enemigo, primero defendiéndolo y posteriormente criticándolo. Durante sus años de estudio de este tema, he sido testigo de la evolución de su pensamiento pero principalmente de la madurez que ha alcanzado y que le permite ofrecer un trabajo caracterizado por su rigor científico. Podemos coincidir o no con sus puntos de vista, pero lo que no podemos dejar de reconocer es que sus posturas son el

resultado un profundo conocimiento del estado de la cuestión. Por ello, no es de extrañar la solidez del aparato crítico de la presente obra y de la consistencia de sus planteamientos.

El trabajo está dividido en cinco capítulos. En el primero de ellos, el autor parte del reconocimiento que estamos viviendo una nueva realidad social, un momento histórico que ha sido denominado como posmodernidad. Aquí se estudian las causas que han propiciado la transformación del Derecho penal en México en un sentido que lo desnaturaliza. Por ello, en esta parte se adhiere a los postulados de la Escuela de Frankfurt de Derecho penal, particularmente a las posturas de los profesores Winfried Hassemer y Cornelius Prittwitz, este último quien fuera su maestro en la Escuela de Verano celebrada en 2015 en la Georg-August-Universität Göttingen, en Alemania. Por ello, concluye este apartado reconociendo la necesidad de conformar un programa penal constitucional de corte garantista que implicaría la reducción del Derecho penal a lo que realmente debe y puede ocuparse.

En el segundo capítulo analiza la potestad punitiva del Estado y su función de acuerdo al tipo de modelo estatal en el que se encuentra inmersa. Para ello hace un recorrido de la evolución del Estado moderno, pero solamente enfocándose en la características que reviste dicha potestad según el tipo de Estado. En este apartado, y siguiendo el paradigma propuesto por Luigi Ferrajoli, resulta fundamental el análisis del Estado Constitucional, que estima es el modelo adoptado por la Constitución Federal, razón por la cual todas las autoridades del país deben observar los principios que lo sustentan.

Derivado de lo analizado en el capítulo anterior, en el tercero considera que el Derecho penal en un Estado constitucional tiene una esencia garantista, razón por la cual estará limitado por una serie de principios cuya observancia por parte de las autoridades estatales es inexcusable y que son el resultado de una larga evolución, misma que a su entender aún no se encuentra concluida. El garantismo es entonces un discurso que constantemente se está renovando, como lo reconoce al final del cuarto capítulo, en el que aborda el tratamiento del concepto enemigo por la teoría política y filosófica. En este capítulo reconoce que aun pensadores liberales tuvieron ideas antidemocráticas, resultado principalmente del momento histórico que vivían.

En el último capítulo aborda en profundidad el tema materia de su investigación: el Derecho Penal del Enemigo, partiendo del pensamiento del profesor Günther Jakobs, quien también fuera su maestro en Göttingen. En este capítulo, el autor evidencia su profundo conocimiento del planteamiento jakobsiano en torno a este derecho penal de excepción y focaliza su estudio en la realidad normativa mexicana. Por ello, analiza diversas normas constitucionales, generales, federales y locales que son prototípicas del Derecho Penal del Enemigo, para posteriormente anali-

zar las leyes penales de emergencia vigentes en el país. Concluye el capítulo haciendo una crítica a este tipo de Derecho penal, al confrontarlo con los temas desarrollados previamente, encontrando su incompatibilidad.

Estoy convencido que el presente estudio contribuirá a la discusión en torno a la configuración de este régimen penal de excepción en México, ofreciendo una respuesta congruente al problema que representa modernizar al Derecho penal sin orientación a sus consecuencias, pues debemos reconocer que nos preocupa que por una parte encontremos avances en la implementación de un procedimiento penal democrático y por otro se configure un régimen penal de excepción no compatible con el Estado de Derecho.

También estoy convencido de que con esta obra Eduardo Astrain inaugura una carrera académica exitosa, digna de reconocimiento nacional e internacional.

Dr. Luis Felipe GUERRERO AGRIPINO

Rector General de la Universidad de Guanajuato
Guanajuato, Guanajuato, noviembre de 2016

PRESENTACIÓN

El presente trabajo constituye, con algunas modificaciones, la tesis que defendí para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Universidad de Guanajuato bajo la dirección del doctor Luis Felipe Guerrero Agripino, en el marco del programa Doctorado Interinstitucional en Derecho en el que participan, además de la universidad referida, la Autónoma de Aguascalientes, la de Colima, la Autónoma de Nayarit y la Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. El tema central de la investigación es el Derecho Penal del Enemigo, constructo teórico que escuché por primera vez en el año 2005 en una conferencia impartida por Eugenio Raúl Zaffaroni en la propia Universidad de Guanajuato, siendo alumno de la maestría en Ciencias Jurídico-Penales. En su exposición, el autor referido hacía una crítica a este tipo de Derecho al considerarlo no compatible con un Estado democrático de Derecho.

En un primer momento coincidí con el criterio del conferencista. Teniendo muy presente la concepción clásica de Franz von Liszt en el sentido de que el *Derecho penal es la carta magna del delincuente*, el Derecho Penal del Enemigo me parecía una contradicción en sus términos, pues no podía concebir que el ordenamiento jurídico penal, entendido como eminentemente protector del delincuente, se pudiera utilizar para combatir a un sector de la criminalidad, reduciendo sus derechos y con ello eficientando el aparato punitivo estatal.

Comencé a profundizar en algunos trabajos del profesor Günther Jakobs en torno a este tema y, precisamente, la consistencia de sus planteamientos y argumentaciones me convencieron a grado tal que decidí realizar mi tesis de investigación de la maestría tomando como objeto de estudio la justificación político criminal del uso Derecho Penal del Enemigo. Me parecía que la inseguridad que se vivía en México, par-

tualmente la proveniente de los grupos de delincuencia organizada, caracterizada por el uso de violencia excesiva, exigía del Estado mayores herramientas que facilitaran afrontar a este tipo de criminalidad. Aunado a lo anterior, la declaratoria de guerra contra el narcotráfico emprendida en diciembre de 2006 por el Ejecutivo Federal hacían muy vigente el tema para este país.

Una vez estudiado el Derecho Penal del Enemigo, y al identificar algunas inconsistencias, concluí mi investigación decantándome por el discurso garantista y afirmando que el Derecho Penal del Enemigo resultaba incompatible en un Estado constitucional. Durante el examen recepcional de la maestría, los sinodales identificaron algunos puntos en el marco teórico que requerían ser profundizados, aunado a las limitaciones que representaba un trabajo propio de este nivel de estudios. Personalmente sentía que el trabajo estaba inacabado, que requería de una profundización aún mayor.

Por ello decidí retomar el tema para mi tesis doctoral, con el propósito de superar las deficiencias, profundizar en el marco teórico y focalizar la investigación en la realidad mexicana, pues un acontecimiento de gran calado cimbró el edificio conceptual del Derecho penal en México: la reforma constitucional que en materia penal fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, misma que vino a consolidar un régimen penal de excepción para la delincuencia organizada y con ello constitucionalizó el Derecho Penal del Enemigo en México.

El reporte de esta investigación es pues el resultado de varios años de estudio del tema, a partir de la visión de un jurista que se declara garantista y que por ello defiende el sistema de principios y de valores propios de un Estado constitucional de Derecho.

Las ideas plasmadas en el presente texto pretenden contribuir a la discusión del tema en México, y desde luego en los Estados que viven una realidad social y jurídica similar a la de dicho país, para de esta manera incidir en la consolidación de dicho modelo estatal, propio de las democracias modernas, pues en la medida que tengamos más Derecho Penal del Enemigo, tenemos menos Estado constitucional y viceversa.

Guanajuato, Gto., México
Invierno de 2016

INTRODUCCIÓN

Las sociedades contemporáneas viven momentos críticos ante el aumento de los índices de criminalidad y la impunidad en la que viven sus protagonistas. Aunado a ello, la descomposición social ha llegado a tal grado que ciertos comportamientos delictivos escandalizan no solo por la forma violenta de su comisión, sino por la ausencia de toda lógica que permita explicarlos. El Estado se ve rebasado ante este fenómeno y demanda del orden jurídico mayores herramientas que le permitan enfrentar eficazmente esta problemática social. Su política criminal, entendida como el conjunto de estrategias que implementa para prevenir y controlar el delito, se centra en el recrudecimiento del medio más drástico con el que cuenta para resolver los conflictos sociales: el Derecho penal.

México no escapa a esta realidad. La sobrecriminalización se evidencia con el aumento indiscriminado de las penas privativas de libertad, con la ampliación de los catálogos de las figuras típicas contenidos en los códigos penales y con la conformación de un Derecho penal de excepción dirigido a un sector de la criminalidad y que pretende hacer eficiente el ejercicio del poder punitivo restringiendo los derechos humanos de sus destinatarios. Este régimen penal de excepción puede encontrarse inmerso dentro de los propios códigos penales o en los ordenamientos jurídico-penales especiales creados para tal efecto, y a los que se les conoce con el nombre de legislaciones de lucha, de combate o de emergencia.

Günther Jakobs ha denominado este último fenómeno, que encontramos en todas las democracias occidentales actuales, como Derecho Penal del Enemigo, para distinguirlo del restante Derecho penal, al que él mismo ha llamado del ciudadano, y en el que se mantienen intocados los principios garantistas que legitiman al Derecho penal en un Estado democrático. Tanto Jakobs como sus seguidores han construido todo un

planteamiento teórico en el que no solo explican, sino también justifican la configuración de tal Derecho penal de excepción. Este discurso ha sido adoptado no solo por los operadores de las agencias de criminalización, sino también por algunos sectores de la academia, en donde ha encontrado a sus principales defensores y difusores.

En el presente trabajo estudiaremos el Derecho Penal del Enemigo, para determinar si es acorde con el sistema de valores que sustenta al Estado constitucional y con ello definir sobre su legitimidad. Tomaremos el orden jurídico penal mexicano como objeto de estudio en la aplicación de este Derecho penal de excepción.

En el primer capítulo partimos de la consideración de que en la actualidad vivimos una época diferente a la moderna. La globalización y los avances tecnológicos y científicos han modificado la realidad social y por ello ya no es posible dar respuesta a los problemas sociales con el orden jurídico propio de la modernidad, por lo que resulta indispensable repensar el Derecho penal, sin que ello implique un retroceso con respecto a los avances obtenidos durante la Ilustración. En este mismo capítulo reconocemos que la reacción punitiva actual no es gratuita, pues responde a una serie de fenómenos criminológicos que propician el uso del Derecho penal como única respuesta frente a la inseguridad. En este apartado haremos una crítica tanto al aumento desproporcionado de las penas privativas de libertad, como a la expansión del Derecho penal, dejando para el último capítulo lo relativo al Derecho Penal del Enemigo, que es la materia de este trabajo.

En el segundo capítulo de esta investigación analizaremos la potestad punitiva del Estado, así como sus funciones, atendiendo al tipo de Estado en el que se encuentre inmersa. Ello nos llevará a desarrollar brevemente los diferentes tipos de Estado moderno hasta su concepción más evolucionada, que es el llamado Estado constitucional de Derecho. Este modelo estatal es el adoptado por México en su Constitución Política, razón por la cual resulta indispensable hacer referencia al sistema de valores y principios que lo sustenta. Más aún porque las reformas constitucionales en materia penal, de amparo y de derechos humanos de principios de este siglo constituyen importantes avances en la consolidación del paradigma del Estado constitucional en México.

Una vez realizado lo anterior, en el siguiente capítulo precisamos los límites a que está sujeta la potestad punitiva en el modelo estatal adoptado por México. Lo anterior se explica en virtud de que las funciones del Derecho penal varían según el tipo de Estado y, por tanto, los límites a la potestad punitiva deben ser abordados en el marco de los principios que legitiman al modelo estatal respectivo. En este apartado adoptamos como marco teórico de nuestra investigación el paradigma garantista, entendiendo por tal un modelo discursivo que tiende a la minimización de la violencia, protegiendo los bienes jurídicos más im-

portantes de la sociedad para que no sean vulnerados ni con los delitos ni con las penas.

Una de las defensas más acérrimas que se ha hecho al Derecho Penal del Enemigo consiste en que para nada es un planteamiento novedoso, pues en la práctica cotidiana y en los discursos políticos aun de pensadores liberales se ha defendido el trato diferenciado para ciertos sectores de la criminalidad. Por ello, en el capítulo cuarto desarrollamos la evolución del concepto enemigo tanto en el discurso jurídico, político y filosófico. Para ello, recurriremos a los principales exponentes de la Ilustración, para dejar claro que en no pocas ocasiones su pensamiento ha sido desvirtuado y en otros casos interpretado a modo.

Finalmente, en el quinto capítulo haremos la crítica del Derecho Penal del Enemigo. Partiremos de la evolución del pensamiento de Günther Jakobs, particularmente en lo relativo a este tema, pues como ya lo señalamos, es él quien acuña el término Derecho Penal del Enemigo para denominar un conjunto de normas jurídicas que, al correr la frontera de la criminalización a estadios previos a la afectación del bien jurídico, saltaban las barreras de lo que debía ser un Derecho penal respetuoso de las garantías ciudadanas. Cabe señalar que en trabajos posteriores del propio autor, se aprecian argumentaciones tendentes a justificar este cuerpo normativo, considerando que los enemigos no son personas y que por esto se les combate como en una guerra.

Clarificadas las posiciones que sustentan la construcción teórica del Derecho Penal del Enemigo, analizaremos algunos ejemplos de este tipo de normas en México, haciendo especial referencia a los ordenamientos de emergencia de naturaleza penal. Las características de todas estas normas serán confrontadas con lo analizado en los capítulos precedentes, particularmente en el tercero, para concluir si la existencia de un Derecho penal de este tipo es legítima en un Estado constitucional de Derecho como lo es el mexicano.

Todo esto nos llevará a cuestionar seriamente el Derecho Penal del Enemigo, pues resulta incompatible con el discurso garantista que subyace en el modelo estatal adoptado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, nuestro posicionamiento es contundente: somos partidarios de un Derecho penal respetuoso de los derechos humanos. Estamos convencidos de que el garantismo penal no es una mera declaración retórica de principios cuya observancia sería deseable, sino que es un programa constitucional que impone obligaciones a todos los operadores del sistema penal, de tal manera que bajo ninguna causa o pretexto pueden ser incumplidas sin que ello propicie la ruptura de dicho discurso jurídico. Por ello, el respeto al paradigma del Estado constitucional, y por ende del sistema de valores que lo sustenta, es la única opción para contener el uso excesivo de la violencia institucional, evitando con ello el abuso de autoridad y el ejercicio arbitrario del poder público.

CAPÍTULO I

EL DERECHO PENAL EN LA POSMODERNIDAD

1. LA CRISIS DE LA MODERNIDAD Y EL TRÁNSITO A LA POSMODERNIDAD

La modernidad, entendida como un movimiento cultural, político e histórico, sienta sus bases en los albores del siglo xv, en el marco del pensamiento antropocéntrico derivado del Renacimiento. Como una reacción al aislamiento, la ignorancia, la superstición y la inseguridad en que vivían inmersos los pueblos de la Edad Media, ante la violencia y la brutalidad de las continuas guerras, la Recta Razón se constituye como el eje rector del pensamiento moderno, teniendo como principios éticos la igualdad, la justicia, la libertad y la verdad. Con la Revolución Industrial, la construcción de utopías, particularmente la idea del progreso y un futuro mejor, adquiere carta de naturalización en la sociedad moderna, caracterizada por el capital, el comercio, las clases sociales (con una burguesía esplendorosa), la renovación tecnológica y la conformación de Estados nación. La verdad, lo bello y lo bueno son los valores en que se sustentan la ciencia, la estética y la ética. Como acertadamente lo señala Esther Díaz, en la modernidad «se pretende que exista objetividad absoluta y unidad metodológica en la ciencia, legalidad universal en la moral y una lógica (racional) interna en el arte»¹; sin embargo, durante el siglo xx algunas de las concepciones modernas entraron en franca crisis, mientras que otras se intensificaron. El capitalismo avanzado profundizó la cultura del consumo y la superficialidad, concentrando

¹ Esther Díaz, *Posmodernidad*, 4.^a ed. corregida, Buenos Aires, Biblos, 2009, p. 19.

grandes riquezas en pocas manos y aumentando la pobreza de la población. La renovación tecnológica ofreció la posibilidad de la inteligencia artificial y conectó el mundo gracias Internet, fomentando con ello la idea de un mejor nivel de vida para todos. Empero, los principios éticos que sustentaron la modernidad no solo no pudieron ser alcanzados, sino que fueron expresamente negados por la realidad, encontrando su punto de culminación en las atrocidades vividas durante la Segunda Guerra Mundial. La democracia fue desconocida por el totalitarismo; la racionalidad sustituida por la irracionalidad; el futuro mejor desmitificado por el presente desesperanzador; el progreso rechazado por la destrucción; y la dignidad humana pulverizada en los campos de concentración de la Alemania nazi y en Hiroshima y Nagasaki². Así pues, y como lo señala Hernando Barreto Ardila, la modernidad fracasó estrepitosamente, pues la desesperación, el aislamiento, la anomia, la soledad y la angustia son su sello característico, y por ello reconoce la necesidad de «emancipar a la humanidad del despotismo, la ignorancia, la barbarie y la miseria»³.

Por lo anterior, al concluir esta conflagración mundial, la humanidad se replanteó muchos de los paradigmas que se consideraban irrefutables para el pensamiento moderno, abriendo las puertas a nuevas concepciones y prácticas sociales, y con ello dando inicio a una nueva época a la que los sociólogos y filósofos han denominado de diferentes formas: *modernidad avanzada*, *modernidad líquida* o simplemente *posmodernidad*, que a decir del autor antes mencionado surge «como resistencia a la injusticia, a la inhumanidad e individualismo crecientes de nuestro mundo y coloca como meta fundamental la lucha en favor de la paz [...] se sigue creyendo en la razón, en el progreso y en la democracia pero sus ámbitos de comprensión son revaluados»⁴.

En el ámbito jurídico, el derecho de la posmodernidad pretende extinguir los vestigios del fascismo, propiciando una enérgica defensa de los derechos humanos reconocidos durante el iluminismo liberal y al mismo tiempo reconociendo nuevos derechos: a la información, de las minorías, a la transparencia, a la diferencia, al acceso a las nuevas tecnologías, la democracia integral, la ciudadanía multicultural, entre otros. Por ello, la protección de los derechos humanos se convierte en el estandarte que legitima cualquier política pública. La persona humana es ahora la piedra angular de la construcción del orden jurídico⁵. Con ello busca superar

² Aunque todo el siglo XX no es pobre en catástrofes humanas: el accidente nuclear de Chernóbil, la Primavera de Praga, la represión contra el movimiento estudiantil del 68, regímenes autoritarios de Latinoamérica, el genocidio de Ruanda, la ocupación militar de Kuwait e Irak, son tan solo algunos de los episodios históricos que cimbraron las bases morales de la modernidad.

³ Hernando BARRETO ARDILA, *Administración de Justicia Penal en un Estado social y democrático de Derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 112-113.

⁴ *Ibid.*, p. 116.

⁵ En el mismo sentido, Arthur KAUFMANN, *La filosofía del Derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 2007, p. 72, al afirmar que «la filosofía del derecho de la época posmoderna debe

dos grandes problemas del Derecho proveniente de la modernidad: el legalismo y el eficientismo. El primero de ellos convirtió a los jueces en la boca de la ley, aplicando la norma al caso concreto a través de un silogismo jurídico: la premisa mayor conformada por el precepto legal aplicable, la premisa menor por el hecho materia de su conocimiento y la conclusión constituida por la correlación norma-hecho, pero olvidando la realización de la justicia en el caso concreto. El eficientismo quiso anteponer el interés general sobre los derechos fundamentales de la persona, que dejó de ser un fin en sí mismo para convertirse en un medio para alcanzar la seguridad y tranquilidad de la sociedad⁶.

No obstante lo anterior, y como veremos en las líneas que siguen, el sistema penal de la posmodernidad no ha logrado ser acorde al discurso político criminal que lo legitima, cayendo en simulaciones por parte de los operadores de las agencias de criminalización, tal y como aconteció con el Derecho penal clásico o liberal, que a pesar de que pretendió cimentarse en los principios garantistas derivados de la Ilustración, no se puede negar que la práctica penal de la modernidad se centró en penalizar comportamientos de las clases sociales bajas⁷. Autores de delitos patrimoniales de poca cuantía fueron los principales destinatarios de la actuación de las agencias de criminalización ubicadas tanto en sede ministerial como en sede judicial. Constituyeron y siguen constituyendo la mayoría de la población en los centros de reinserción social.

2. SISTEMA PENAL CONTEMPORÁNEO

Dice Luis Felipe Guerrero que «ahora que es más recurrente la utilización del Derecho penal debemos esforzarnos por anteponer su

estar determinada por la preocupación por el derecho y esto significa: la *preocupación por el hombre*; aún más: la *preocupación por la vida en general en todas sus formas*».

⁶ Hernando BARRETO ARDILA, *op. cit.*, nota 3, pp. 114-115.

⁷ Por ello Pablo GONZÁLEZ SIERRA, «La globalización del Derecho penal moderno», en Julio César KALA y Luis GONZÁLEZ PLACENCIA (coords.), *Violencia y modernidad. Notas sobre medios, Sistema penal, Derechos Humanos y percepción ciudadana*, México, Ubijus, Universidad de Guanajuato, 2012, p. 141, afirma que el Derecho penal se encuentra en crisis «por ser un derecho desigual, producto de una *construcción de la realidad*, orientada y mantenida para preservar el estado de cosas en donde clases sociales altas están mejores y las clases sociales bajas, cada vez peor». En el mismo sentido, Bernd SCHÜNEMAN, «Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?» en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 50, cuando sostiene que «no se puede negar que el comportamiento típico de las clases sociales bajas, desde el nacimiento del Derecho penal moderno hasta hoy, ha constituido el objeto privilegiado de los tipos penales del Derecho penal como también en la justicia práctica penal». De igual manera, Ana Josefina Álvarez, citada por Eduardo MARTÍNEZ-BASTIDA, *Derecho Penal del Enemigo*, 2.ª ed., México, Raúl Juárez Carro Editorial, 2013, p. 90, cuando afirma que el modelo económico neoliberal ha generado la transición del Estado-providencia al Estado-Penitencia, en el que se ha abandonado definitivamente la gestión social o asistencial de la pobreza «para pasar a una gestión punitiva de la misma, fundada en la acción de policía y de la prisión».

análisis reflexivo y sustentado»⁸. Y es que ante las nuevas manifestaciones de criminalidad y la incapacidad del Estado para combatirla de manera efectiva, se ha intensificado el ejercicio del poder punitivo estatal que se traduce en acciones que podemos resumir en tres aspectos fundamentales: la agravación de las penas ya existentes; la creación de nuevas figuras típicas en los ordenamientos penales y la configuración de un Derecho penal de excepción que se caracteriza por la restricción de los derechos humanos de los inculpadados destinatarios de tal modelo.

Con ello, se ha abierto el debate en torno a la vigencia de los clásicos principios garantistas en que se encuentra inmerso el Derecho penal, pero sobre todo se discute la legitimidad que implica esta reacción punitiva ante la conducta antisocial.

En esta discusión doctrinal se pueden distinguir dos posturas diametralmente opuestas: la de aquellos que sostienen la necesidad de mantener intocables los postulados garantistas, mostrándose renuentes a cualquier cambio que implique un quebrantamiento a dichos postulados, y la de aquellos que consideran la necesidad de modificar dichos principios y en muchos casos prescindir de ellos para combatir de manera efectiva la moderna criminalidad⁹.

Y es que parece claro que las características del criminal, de la víctima y de la conducta antisocial no son las mismas que imperaban en aquel siglo XVIII en el que surge el discurso garantista. Es por esto que se aprecia que tal reacción punitiva no es gratuita, sino que es el resultado de una realidad criminológica que desde luego preocupa a la sociedad. Por ello, en las líneas que siguen partiremos de las nuevas manifestaciones criminológicas en las sociedades capitalistas contemporáneas, para proceder al estudio y crítica de las formas en que el Estado combate a esta nueva realidad criminológica.

⁸ Luis Felipe GUERRERO AGRIPINO, *Fundamentos de la dogmática jurídica penal*, México, Librería Yussim, 2004, p. 1.

⁹ Las críticas al garantismo se centran principalmente en su alejamiento de la realidad. Para Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, 2004, t. I, p. 131, las propuestas garantistas «no pasan de ser, en muchos aspectos, una nómina de deseos y buenas intenciones sin mayor concreción: es una *aspiración idealista, utopía*, más que *realidad*». Es aún más incisiva la autocrítica de José Luis Díez RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 06-03, 2004, <http://criminnet.ugr.es/recpc>, pp. 19-20, quien afirma que el pecado capital del garantismo ha sido su inmovilismo, el desprecio a todo lo que suponga abandonar el cómodo hogar de sus principios, manteniéndose inmune a las transformaciones de la sociedad y a las nuevas realidades de la criminalidad. También dice este autor que nos ufamamos por construir un Derecho penal democrático cayendo en lo opuesto: un Derecho penal inaccesible al común de los mortales.