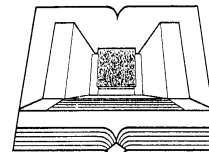


CÁMARA DE DIPUTADOS  
DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN  
COMISIÓN BICAMARAL DEL SISTEMA DE BIBLIOTECAS  
SECRETARÍA GENERAL  
SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS



DIRECCIÓN GENERAL DEL  
S E D I A

## **CONGRESO REDIPAL (VIRTUAL IV)**

**RED DE INVESTIGADORES PARLAMENTARIOS EN LINEA**

Ponencia presentada por:

**Edgar Iván Colina Ramírez**

***“Ley Federal de Extinción de Dominio  
¿Derecho penal del enemigo?”***

***Abril 2011***

El contenido de la colaboración es responsabilidad exclusiva de su autor, quien ha autorizado su incorporación en este medio, con el fin exclusivo de difundir el conocimiento sobre temas de interés parlamentario.

---

Av. Congreso de la Unión N°. 66, Colonia El Parque; Código Postal 15969,  
México, DF, 15969. Teléfonos: 018001226272; +52 ó 55 50360000, Ext. 67032, 67031  
e-mail: [jorge.gonzalez@congreso.gob.mx](mailto:jorge.gonzalez@congreso.gob.mx)

## Ley Federal de Extinción de Dominio ¿Derecho penal del enemigo?

Por Edgar Iván Colina Ramírez <sup>1</sup>

### Resumen

La Ley Federal de Extinción de Dominio ha suscitado vivas críticas, tanto en el ámbito procesal como en el penal, pues entre uno de sus tantos errores, ya sean técnicos o fácticos, consiste en no saber a ciencia cierta cuál es su naturaleza jurídica, es decir nos enfrentamos a un híbrido jurídico (ya que toma materias penales, civiles y administrativas) de dudosa legalidad. Sin embargo, lo que se pretende demostrar en el presente artículo es si dicha ley forma parte del moderno Derecho penal del enemigo, no sin antes señalar las líneas y accidentes por las que éste ha atravesado, así como su fundamentación jurídico filosófica, para posteriormente y en base a los datos arrojados concluir hasta que punto o en qué medida corresponde dicha Ley Federal de Extinción de Dominio con el Derecho penal del enemigo.

**Sumario:** *I. Concepto de Derecho penal del enemigo en el ámbito funcionalista. II.- Normas reales de Derecho penal del enemigo: algunos ejemplos. III. ¿Es la Ley Federal de Extinción de Dominio un ejemplo de Derecho penal del Enemigo?*

---

<sup>1</sup> Miembro de la REDIPAL. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla.

## Ley Federal de Extinción de Dominio ¿Derecho penal del enemigo?

### I. Concepto de Derecho penal del enemigo en el ámbito funcionalista

Suele ser *vox populi* entre los juristas (de ultranza *seudo* liberal y poco ilustrados en el tema) que toda ley que vulnere derechos fundamentales es Derecho penal del enemigo<sup>2</sup>. Por esta razón consideramos necesario exponer dicho sea brevemente las características esenciales de esta teoría, para posteriormente poder concluir si efectivamente la LFED es derecho penal del enemigo o no.

En las últimas décadas se ha discutido con gran vehemencia sobre las bases de la teoría *jakobsiana* del «Derecho penal del enemigo<sup>3</sup>». Esta presenta como estructura fundamental, los siguientes presupuestos<sup>4</sup>:

- A) Un amplio adelantamiento de la punibilidad.
- B) Penas previstas proporcionalmente altas, ello en razón de que el adelantamiento de las barreras punitivas no son tomadas en consideración para reducir de manera correlativa la pena amenazada.
- C) Determinadas garantías procesales que son relativizadas e incluso pueden llegar a ser suprimidas.

El desarrollo de dichos postulados se puede observar bajo dos perspectivas: Parte general y parte especial<sup>5</sup>. En la parte general, se desarrolla la configuración de conceptos como los de *persona/enemigo*, cuya distinción ha creado gran polémica sobre todo por lo que se refiere a la supuesta vulneración a los derechos fundamentales<sup>6</sup>, aunque *prima*

---

<sup>2</sup> Vid. en lo referente a la amplísima bibliografía que versa sobre el tema, especialmente a uno de los máximos expositores POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, *passim*; ID. *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Grijley, Lima, 2006, *passim*.

<sup>3</sup> Teoría que ve la luz por vez primera en mayo de 1985 en la ponencia «criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», presentada en el congreso de penalistas alemanes. Vid. JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*. Trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS, Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ, Civitas, 1997, pág. 293 y ss.

<sup>4</sup> JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª, ed., Civitas, Madrid 2006, pág. 112.

<sup>5</sup> Vid. una amplísima exposición al respecto en POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO ORTS, Miguel, «Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos», en CANCIO MELIÁ Manuel / GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo el discurso penal de a exclusión*. Vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006, pág. 605 y ss.

<sup>6</sup> Vid. entre otros CANCIO MELIÁ, Manuel, «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el CP español después de la LO 7 / 2000» en *JpD* N°44 julio 2002, Madrid, pág. 19-26; MAQUEDA ABREU, María Luisa, «Crítica a la reforma penal anunciada» en *JpD* N°47 julio 2003, Madrid, pág. 6-11; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El nuevo

facie cabe señalar que, si bien es verdad que el vocablo «*enemigo*» presenta una expresión de sentido<sup>7</sup> demasiado agresiva o -mejor dicho- una *terminología de cierta capacidad provocativa*<sup>8</sup>, ello no significa que se vulnere derecho fundamental alguno, pues no debe de olvidarse que no existe un «*Derecho penal del enemigo*» *per se*, sino normas de Derecho penal del enemigo. El propio Jakobs, manifiesta que es necesario el respeto de una esfera privada de control, y además que la despersonalización del sujeto que no presenta una garantía cognitiva, es específica y relativa, y el sujeto conserva en parte sus derechos<sup>9</sup>.

Asimismo, se ha atribuido a Jakobs que su teoría se fundamenta en presupuestos filosófico-jurídicos de la teoría *schmittiana*<sup>10</sup>. Dicha crítica carece de todo fundamento, puesto que si bien Carl Schmitt desarrolla conceptos como «*enemigo*» y «*guerra*», lo hace preciosamente en el contexto de un conflicto bélico entre Estados. De ahí que conciba al «*enemigo*» como el otro, el extraño, que en un caso extremo haría posible el surgimiento de conflictos, que no se puedan resolver a través de una norma adoptada con antelación ni a través de un tercero ajeno e imparcial<sup>11</sup>.

En este sentido, se puede claramente observar que nos enfrentamos ante dos conceptos diversos de «*enemigo*», que se pueden prestar a confusiones terminológicas, ya que para Jakobs «*enemigo*» es aquel individuo que: «*no presta una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal*<sup>12</sup>», y bajo dicha perspectiva es conveniente separar el

---

modelo de seguridad ciudadana» en *JpD* N°49 marzo 2004, Madrid, pág. 25-42; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo» en *JpD* N°49 marzo 2004, Madrid, pág. 43-50, GRACIA MARTÍN, Luis, «El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo» en AA VV *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 447 y ss. ID. «consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «derecho penal del enemigo» en RECPC N° 07, 2005, versión on line <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>.

<sup>7</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*. Dykinson Madrid, 2004, pág. 30.

<sup>8</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO ORTS, Miguel, «Derecho penal del enemigo: algunos...», 2006, pág. 617.

<sup>9</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO ORTS, Miguel, *ibidem*, pág. 593.

<sup>10</sup> Cfr. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista* Tirant lo blanch, Valencia 2007, págs. 216 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. KALECK, Wolfgang, «Sin llegar al fondo sobre la discusión sobre el Derecho penal del enemigo» en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coord.) *Derecho penal del enemigo el discurso penal de a exclusión*. Vol. 2, Edisofer, Madrid 2006, pág. 129.

<sup>12</sup> JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho...*, 2006, pág. 47, Vid. Al respecto a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, define al enemigo como: «... un individuo que mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este a través de su conducta.», en La expansión . . . , 2001, pág. 164, Id. POLAINO ORTS, Miguel, quien define el concepto de «*enemigo*» como: «... quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectiva y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide motu proprio autoexcluirse del sistema,

Derecho penal del ciudadano del Derecho penal del enemigo, cuyas formas invaden la legislación penal de la modernidad.

Otras de las argumentaciones que se suelen contraponer al «Derecho penal del enemigo» es que en un Estado de Derecho se debe tratar a todo hombre como persona responsable, por lo que no es lícito un ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso<sup>13</sup>. Empero, dicha aseveración no es de recibo, al menos si partimos de la base de que el concepto «*persona*» es meramente normativo y no así ontológico, pues precisamente la norma es la que dota de dicho carácter al ser humano<sup>14</sup>, pues el ser humano *per se* no puede comunicarse en sociedad si no es precisamente a través del rol de persona. La distinción *persona/enemigo*, constituye un valor neutro limitado y concreto, ya que no prejuzga las cualidades personales del sujeto, pues es precisamente la individualidad la que va a determinar el hecho de participación en el ámbito social, por tanto, lo que se atiende con dicha distinción es tratar al individuo en función de su ámbito de competencia social.

Ahora bien, es necesario realizar algunas matizaciones sobre el concepto de enemigo, pues como se ha señalado es precisamente en dicho concepto donde se han generado las mayores críticas. En primer lugar es conveniente dotar de un contenido científico al concepto de «*enemigo*», que es fruto de una observación y razonamiento, fundamentado en criterios sistemáticos<sup>15</sup>; además de presentar un acierto descriptivo, ya que este concepto no prejuzga al individuo sino que es un término propiamente expositivo, con este

---

*rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose así mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que –precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y desarrollo integral del resto de ciudadanos («personas en Derecho»)- ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el respecto de las demás personas y – en consecuencia-la garantía de seguridad cognitiva de los ciudadanos de la norma.» en Derecho penal del enemigo...2006, pág. 102. (subrayado en el original).*

<sup>13</sup> GRACIA MARTÍN, Luís, en «Consideraciones críticas. . . », 2005, pág.42.

<sup>14</sup> Vid. JAKOBS, Günther, quien refiere que: «*Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad. Los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representado comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir al menos una norma. . . . La subjetividad de un ser, ya per definitionem, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes.*» en *Sociedad, norma...*, 2000, pág. 50 y ss. (el subrayado es mío).

<sup>15</sup> POLAINO ORTS, Miguel, o.u.c, pág. 93.

concepto se describe una situación legislativa existente<sup>16</sup>. Otra categoría que aborda la parte general del Derecho penal del enemigo radica en la necesidad del aseguramiento cognitivo que comprende tanto la vigencia de la norma, como de la personalidad del sujeto<sup>17</sup>. A juicio de Jakobs la vigencia de la norma y la personalidad no pueden mantenerse en un sentido meramente contrafáctico, sino que, además es necesario el aseguramiento cognitivo, ya que si una norma carece precisamente de esa seguridad cognitiva sería vacía de contenido, pues tal norma no ofrecerá una configuración social susceptible de ser vivida<sup>18</sup>. Esta necesidad de construcción cognitiva influye no solo en la norma, sino además en el sujeto, pues es precisamente él quien debe presentar al menos la garantía de que la va a acatar.

Ello nos lleva inminentemente a la reflexión de que el individuo que no es capaz de prestar una garantía mínima de comportamiento, se auto-excluye del pacto social, en otras palabras *-se es enemigo porque se quiere serlo*<sup>19</sup>-, de ahí que un individuo que se auto excluye y por tanto no admite entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona<sup>20</sup>. La función que juega la pena en el ámbito del Derecho penal del enemigo, se debe observar bajo dos vertientes diversas, pues esta va a variar en atención de si el sujeto se comporta como un ciudadano fiel a la norma o si por el contrario es una fuente de peligro<sup>21</sup>.

En el primer supuesto *-ciudadano fiel a la norma-*, su conducta se considerará como una comunicación defectuosa y en tanto es reparable, por lo que la función de la pena se realizará en un ámbito simbólico-comunicativo<sup>22</sup>, pues si entendemos que todo orden normativo es básicamente un orden simbólico, lo decisivo será el significado del hecho para el Derecho, pues si la conducta realizada ha sido *ex ante* normativamente señalada como hecho socialmente dañoso, entonces se podrá ver a la pena como socialmente

---

<sup>16</sup> POLAINO ORTS, Miguel, *ibidem*, pág.94.

<sup>17</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO ORTS, Miguel, «Derecho penal del enemigo: algunos...», 2006, pág. 622.

<sup>18</sup> JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ Manuel, *Derecho...*, 2006, pág. 37.

<sup>19</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO ORTS, Miguel, «Derecho penal del enemigo: algunos...», 2006, pág. 624.

<sup>20</sup> Cfr. JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *ibidem*, pág.41.

<sup>21</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO ORTS Miguel, *o.u.c.*, pág. 626

<sup>22</sup> *Vid.* respecto a las bases de la teoría simbólica-comunicativa, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la pena y las funciones del Derecho penal*, B d F, Montevideo- Buenos Aires, 2007, págs.536 yss.

necesaria pues su imposición al culpable devuelve al estado de cosas anterior al delito por lo que se restablece ante los ciudadanos la vigencia de la norma infringida<sup>23</sup>.

En este Derecho –como ha nombrado Jakobs- de ciudadanos la función latente de la pena es «*la contradicción a la contradicción de la norma*»<sup>24</sup>, en otras palabras la pena es la negación de la negación. La función de la pena en el ámbito del Derecho penal del enemigo, se caracteriza por tratar al individuo en cuanto fuente de peligro, como se ha señalado el enemigo no presenta la mínima garantía de seguridad cognitiva respecto a la norma a diferencia del ciudadano que ha cometido un desliz reparable, en otra palabras la función de la pena en este ámbito se encamina al aseguramiento social<sup>25</sup>, ya no es un mero acto simbólico-comunicativo, sino que su misión es eliminar una fuente peligro.

## **II.- Normas reales de Derecho penal del enemigo: algunos ejemplos**

Una vez establecidas brevemente las líneas y parámetros de la parte general del Derecho penal del enemigo, es necesario señalar su campo de aplicación, en las diversas legislaciones. En la actualidad existen abundantes normas que corresponden a la teoría del Derecho penal del enemigo, y no tan sólo en la legislación de un país concreto, como se podría pensar *prima facie*, sino en muchos países de nuestro entorno.

Un ejemplo lo podemos ver en la legislación penal española, ahí existen diversas instituciones en las que es perfectamente encuadrable el Derecho penal del enemigo. Tomemos como ejemplo algunas de estas instituciones. Así, en el ámbito del terrorismo específicamente en el cumplimiento de las penas el llamado período de seguridad, previsto en el artículo 36.2<sup>26</sup> del Código penal español, según el cual «*cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta*». En razón de dicho precepto, sólo podrán acceder al tercer grado aquél condenado que haya cumplido cuando menos la mitad de la pena impuesta. Esto lógicamente va a incidir en aquéllos individuos condenados por delitos ya

---

<sup>23</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *loc. cit.*

<sup>24</sup> JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *ibidem* págs. 23 y ss.

<sup>25</sup> JAKOBS Günther / CANCIO MELIÁ Manuel, *loc. cit.*

<sup>26</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 28.

no sólo de terrorismo, sino también aquellos que han delinquido dentro de organizaciones criminales. Pues éstos no alcanzarán dicho beneficio hasta los veinte años<sup>27</sup>.

Se ha de tener en cuenta lo establecido por el artículo 78, en relación con el 76.1 del CP español, que prevé el límite máximo de cumplimiento integro y efectivo en 40 años cuando la penalidad jurídica (25, 30, 40 años) resultase inferior a la suma de todas las penas aplicables por los delitos cometidos, en cuyo caso la clasificación en grado y todos los beneficios penitenciarios se referirán a la pena total absoluta impuesta en sentencia firme, lo que equivale al cumplimiento integro y efectivo del límite máximo de pena jurídica ( a saber 25, 30 ó 40 años). Esta reforma tiene implícito el fundamento de protección social frente a individuos que han atentado de forma grave a su estructura, es decir constituye una respuesta a la reivindicación frente al combate del terrorismo.

De igual manera podemos encontrar características del Derecho penal del enemigo en la regulación de la «*violencia intrafamiliar*»<sup>28</sup>, en la que el sujeto maltratador es tratado claramente como un foco de peligro y tan así lo ve el legislador que *verbigratia* establece una agravación específica, por cuanto hace a los delitos contemplados en los artículos 153, 171.5, 172.2 y 173.2, cuando el individuo incumpla una pena o medida cautelar consistente en: Privación del derecho a residir en determinado lugar o acudir a ellos; prohibición de aproximarse a la víctima o cualquiera de sus familiares o persona determinada por el juez; prohibición de comunicación con la víctima o cualquiera de sus familiares o persona determinada por el juez. Si tomamos en consideración que una medida cautelar como las mencionadas con antelación, es harto restrictiva, sólo encontrará su fundamento y justificación en la sencilla razón de que el individuo no presenta la garantía mínima de fidelidad normativa y por tanto es necesario adelantar las barreras de protección, al ser una fuente de peligro.

En México, un claro ejemplo de la vocación práctica del Derecho penal del enemigo es la *Ley mexicana contra la delincuencia organizada*, publicada en el DOF el 7 de noviembre

---

<sup>27</sup> Vid. una detallada exposición en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *o.u.c.*, págs. 29 y ss.

<sup>28</sup> Vid., al respecto de entre una amplísima bibliografía sobre el tema MAGARIÑOS YÁÑEZ, José Alberto, *El derecho contra la violencia de género*. Montecorvo, Madrid, 2007, pág.122 y ss.; OREJÓN SÁNCHEZ de las HERAS, Néstor, *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, págs.75 y ss.



de 1996. Esta ley en su exposición de motivos<sup>29</sup> señala que con frecuencia el fenómeno delictivo supera a las formas institucionales de reacción, por lo que obliga a éstas a superarse o quedarse rezagadas. *«Por ello, los métodos y las técnicas utilizados por las formas modernas de delincuencia motivan, también, la necesidad de generación de métodos y técnicas modernos para combatirla eficazmente»*. De igual manera, a juicio del legislador la delincuencia organizada en sus diversas manifestaciones, afecta las vidas de miles de seres humanos; pero debido a que conserva escrupulosamente su indivisibilidad la sociedad no es consciente de la magnitud de los perjuicios que causa, ya que involucra elementos jurídicos, políticos, económicos, entre otros; de ahí que gran parte de la insuficiencia de los resultados obedece a que no se han entendido bien todos los factores causales del fenómeno, por un lado, ni todas las consecuencias en su magnitud y complejidad, por otro. Frente a este fenómeno delictivo el legislador mexicano se vio en la necesidad de dar mayores instrumentos jurídicos a las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley con objeto de aumentar su eficiencia, sin menoscabo de la salvaguarda de los derechos humanos; así como la actualización de leyes para establecer barreras más sólidas entre los mercados financieros legales y el mercado de capitales ilegalmente adquiridos.

Cabe señalar que la ley no regula cualquier coparticipación criminal más o menos estable, sino que regula solo aquéllas conductas verdaderamente intolerables, tal y como lo dispone en su artículo 2. Las medidas que en concreto regula la ley federal contra la delincuencia organizada, son entre otras:

- 1.- *«Establecer plazos de retención ante el Ministerio público (o equivalente) más largos, con incomunicación.*
- 2.- *Confiscación de bienes en caso de sentencia condenatoria.*
- 3.- *Estrategia premial (recompensas por colaboración).*
- 4.- *Perdón total o parcial por colaboración de miembros de organizaciones criminales.*
- 5.- *Protección a testigos, con reserva sobre su identidad hasta el momento procesal oportuno, y a jueces y Agentes del Ministerio público (o equivalentes).*
- 6.- *Tolerancia al delito (entregas vigiladas).*

---

<sup>29</sup> Cfr. Exposición de motivos de la Ley federal contra la delincuencia organizada. ([www.senado.gob.mx/gaceta.php?&lk=128/inc\\_contrabando\\_sen\\_fauzi\\_alaniz.html](http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?&lk=128/inc_contrabando_sen_fauzi_alaniz.html)).

7.- *Investigación electrónica de la privacidad.*

8.- *Cateos administrativos en casos urgentes, con ratificación judicial; entre otros.»*

La citada ley tiene la verdadera vocación de neutralizar la fuente de peligro. De ahí que en palabras de Jakobs quien no presta una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, el Estado no debería tratarlo ya como persona, puesto que al tratarlo de esa manera vulneraría el derecho a la seguridad de la sociedad<sup>30</sup>. Además, de que dicha delincuencia es reiterada y permanente, y por tanto no se puede considerar como aquella delincuencia «habitual» y de bases distintas de aquellas en que reposan los episodios delictivos eventuales, y contingentes de que son actores unas cuantas personas ligadas en una relación participativa. De ahí que resulte coherente dicha legislación ante el ejercicio en gran escala de las actividades criminales, puesto que sus estructuras son harto complejas, desde la que jerarquizadamente se pasa a personas con funciones sectoriales de decisión, y se desciende a través de mandos medios y, bajo éstos a quienes ejercen funciones más o menos menestrales u obran directamente como simples ejecutores de los actos delictivos singulares dispuestos por la jefatura<sup>31</sup>.

Respecto a la «*ley federal contra la delincuencia organizada*», se puede señalar que esta se basa en principios inspiradores del Derecho penal del enemigo, principios que no violan en manera alguna los derechos fundamentales, pues si bien algunas legislaciones pudieren transgredirlos, ello no se debe a la teoría *jakobisiana*, pues como se ha podido ver en la ley mexicana, se respetan dichas garantías fundamentales, de ahí que ésta teoría es perfectamente compatible con un Estado democrático de Derecho.

Finalmente en cuanto al planteamiento general del Derecho penal del enemigo, resta por señalar que Jakobs no inventa nada nuevo –*nihil novum sub sole*<sup>32</sup>–, pues si nos remontamos a los antecedentes inmediatos del Derecho penal del enemigo, podremos observar que este se sustenta en teorías tan antiguas como las contractualistas de Hobbes y Rousseau<sup>33</sup>, por solo citar algunas de ellas. De igual manera Kant describe de forma muy precisa la situación del enemigo en estado de naturaleza, pues mientras que

<sup>30</sup> JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho...*, 2006, pág. 48

<sup>31</sup> Vid. Bunster, Álvaro, «La delincuencia organizada ante el Derecho» en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*. N<sup>o</sup> 87, Septiembre-Diciembre 1996, México, *passim*.

<sup>32</sup> POLAINO ORTS, Miguel, *ibidem.*, págs. 287 y ss.

<sup>33</sup> Vid. al respecto un detallado trabajo en PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Sobre los orígenes del «Derecho penal del enemigo» algunas reflexiones a HOBBS y ROUSSEAU» en *CPC*, N<sup>o</sup> 75, 2001, Edersa, Madrid, pág. 597 y ss.

en un estado puramente jurídico el individuo brinda la seguridad necesaria, en un estado bruto de la naturaleza, no puede ofrecer garantía alguna<sup>34</sup>.

### **III. ¿Es la Ley Federal de Extinción de Dominio un ejemplo de Derecho penal del Enemigo?**

Una vez precisadas las líneas y fundamentos del Derecho penal del enemigo, cabe señalar si este incide y de qué forma en la LFED. Como quedó precisado, el Derecho penal del enemigo se fundamenta primordialmente en tres postulados. El primero de ellos, relativo al amplio adelantamiento de la punibilidad, cabe precisar que en la ley que analizamos no se trata del adelantamiento de una pena, sino de la pérdida de derechos sobre ciertos bienes, a través de un procedimiento *sui generis*, pues materialmente nos enfrentamos a una acción civil (si bien es cierto es camuflada bajo este híbrido jurídico que es la LFED), por lo que en puridad una sentencia en la que se declare la extinción de dominio a favor del Estado, no es que se haya anticipado una pena, sino más bien, una pretensión que la parte actora (Ministerio público), ha alcanzado al ejercer su acción. De ahí que el primer supuesto no se pueda aplicar en el caso concreto. Ahora bien, en razón de que como hemos apuntado en este procedimiento no existe la imposición de ninguna pena (al menos formalmente), tampoco se puede afirmar que la pretensión alcanzada por el Ministerio público sea una pena proporcionalmente alta, pues se insiste la extinción de dominio no es una pena o consecuencia jurídica derivada del delito, sino una acción de carácter híbrido cuya naturaleza jurídica se analizará posteriormente<sup>35</sup>. Tampoco se puede decir que las garantías procesales sean relativizadas o suprimidas, pues en lo referente a la sustanciación del procedimiento los artículos 20 al 30 de dicha ley, proponen de forma detallada como se llevará a cabo, máxime que se les da garantía de audiencia a los interesados, se le deja presentar y practicar las pruebas que consideren pertinentes.

La conclusión es clara y contundente la LFED no es Derecho penal del enemigo, no obstante que dicha ley haya surgido del un movimiento punitivo populista y vulnere en muchos de los sentidos los derechos de los gobernados, además de que dicha extinción de dominio proviene de un proceso penal que se encuentra *sub iudice* y las pruebas de la parte actora (Ministerio público) se sustenten en una indagatoria en la cual en algunos supuestos posiblemente no se le considere suficiente para condenar a un sujeto.

---

<sup>34</sup> Cfr. Pérez del Valle, Carlos, «La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant», en *RECPC*, 10-03 (2008), versión on line <http://criminet.ugr.es/recpc>.

<sup>35</sup> *Vid. supra*.

## **Bibliografía**

Con carácter específico se pueden consultar las siguientes bibliografías:

COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, Consideraciones generales sobre la ley Federal de Extinción de Dominio, Ubijus, México, 2010.

ID., Ley Federal de Extinción de Dominio. Análisis jurídico procesal, Flores Editor, México, 2011.

## **Bibliografía general**

BUNSTER, ÁLVARO, «La delincuencia organizada ante el Derecho» en Boletín mexicano de Derecho comparado. No. 87, Septiembre-Diciembre 1996, México.

CANCIO MELIÁ, Manuel, «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el CP español después de la LO 7 / 2000» en JpD No.44 julio 2002, Madrid.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El nuevo modelo de seguridad ciudadana» en JpD No.49 marzo 2004, Madrid.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Retribución y prevención general. Un estudio sobre la pena y las funciones del Derecho penal, B d F, Montevideo- Buenos Aires, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis, «consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «derecho penal del enemigo» en RECPC No. 07, 2005, versión on line <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>

ID., Luis, «El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo» en AA VV Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho penal del enemigo, 2ª., ed., Civitas, Madrid 2006.

ID., Estudios de Derecho penal. Trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS, Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ, Civitas, 1997.

ID., Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, trad. CANCIO MELIÁ, Manuel / FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Civitas, Madrid, 2000.

KALECK, Wolfgang, «Sin llegar al fondo sobre la discusión sobre el Derecho penal del enemigo» en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coord.) Derecho penal del enemigo el discurso penal de a exclusión. Vol. 2, Edisofer, Madrid 2006.

MAGARIÑOS YÁÑEZ, José Alberto, El derecho contra la violencia de género. Montecorvo, Madrid, 2007.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, «Crítica a la reforma penal anunciada» en JpD No.47 julio 2003, Madrid.

OREJÓN SÁNCHEZ de las HERAS, Néstor, Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant», en RECPC, 10-03 (2008), versión on line <http://criminet.ugr.es/recpc>.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Sobre los orígenes del «Derecho penal del enemigo» algunas reflexiones a HOBBS y ROUSSEAU» en CPC, No. 75, 2001, Edersa, Madrid.

POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO ORTS, Miguel, «Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos», en CANCIO MELIÁ Manuel / GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coord.), Derecho penal del enemigo el discurso penal de a exclusión. Vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006.

ID., Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo juridico-penal. Dykinson Madrid, 2004.

ID., La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica, Tecnos, Madrid, 2004

POLAINO-ORTS, Miguel, Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto, Grijley, Lima, 2006.

ID., Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia, Bosch, Barcelona, 2009.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo» en JpD No.49 marzo 2004, Madrid.

ID., El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista Tirant lo blanch, Valencia 2007.