

# Quid Iuris

Año 4 Volumen 10

Publicación del  
Tribunal Estatal Electoral  
del Estado de Chihuahua



Publicación Indexada. Folio 17756

Sistema Regional de Información  
en Línea para Revistas Científicas  
de América Latina, el Caribe, España y Portugal

latindex

QUID IURIS: Locución latina. «¿QUÉ DEL DERECHO?»

Número ISSN: 1870-5707

**Consejo editorial:**

Magistrado José Miguel Salcido Romero  
*Presidente*

Magistrada Alma Rosa Martínez Manríquez  
*Coordinadora de capacitación*

Magistrado José Rodríguez Anchondo  
*Coordinador de Investigación Jurídica*

**Responsable editorial:**

*Magistrado José Miguel Salcido Romero*

Publicación trimestral del Tribunal  
Estatual Electoral de Chihuahua  
Calle 33 No. 1510  
Colonia Santo Niño  
Chihuahua, Chih., México, 31320.  
Tels.: (614) 413-06-91 y 413-64-50

[www.teecuu.org](http://www.teecuu.org)

## Índice

*Presentación*

5

*Tutela de los principios constitucionales  
en materia electoral: el caso mexicano*

Jaime del Río Salcedo

*Del «derecho penal liberal»  
al «derecho penal del enemigo»*

Eduardo Demetrio Crespo

*El «Derecho Penal del Enemigo»*

*Darf nicht sein!*

*Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal  
del enemigo” y la idea de seguridad*

Eduardo Demetrio Crespo

*¿Qué es el dinero blando?:*

*Análisis sobre la naturaleza y relevancia  
de apoyos independientes en las campañas  
electorales*

Carlos Manuel Rosales



## PRESENTACIÓN

El régimen democrático es dinámico, cuenta con una condición natural de transformación que le imposibilita el reposo. Las circunstancias, obstáculos e ideales que enfrenta el desarrollo de la democracia, motiva constantemente a reflexionar sobre los temas que versan en su contexto. Es entonces cuando surge la necesidad de generar espacios que estimulen la deliberación profunda y plural, ahí la importancia y trascendencia de *Quid Iuris*, como medio de difusión de la cultura democrática.

En el contenido de este ejemplar, encontramos la reflexión del Magistrado Presidente del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, Jaime del Río Salcedo, quien aborda la tutela de los principios constitucionales en materia electoral, como una redefinición de la democracia en México, bajo la primicia del sentido y alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas. Es de resaltar, el apartado relativo a la anulación de comicios por violaciones a principios contenidos en la constitución, siendo, el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán el primer órgano jurisdiccional que puso sobre la mesa nacional esta hipótesis, toda vez que a partir de la reforma constitucional electoral de 2007 sólo se establece la posibilidad de anular una elección por causa expresamente contenida en ley.

Asimismo está la participación del doctor Eduardo Demetrio Crespo, reconocido profesor de la Universidad Castilla-La Mancha de Toledo, España, quien decanta temas sensibles en materia de Derecho Penal. En primer término; trata la evolución del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo, caracterizado por el binomio del reduccionismo versus la expansión, de tal suerte, se centra en el pensamiento resocializador y el trato diferenciado al ciudadano y al criminal.

En segundo término y de manera particular, intima en la legitimación del Derecho Penal del Enemigo y la idea de seguridad, donde cuestiona el carácter incisivo de aquél como un factor para aportar seguridad sin olvidar que

existe una vinculación entre seguridad y libertad, pero, como él lo sostiene, dicha característica sólo es una pequeña aportación a la pretensión de estas últimas garantías.

Finalmente, en el artículo nominado ¿Qué es el dinero blando? el maestro en derecho, Carlos Manuel Rosales, hace hincapié en la importancia del financiamiento político, origen y destino de los recursos que son utilizados para la obtención de un cargo de elección popular, medidas, algunas de ellas que fueron adoptadas en la reciente reforma electoral en México, tal es el caso de la limitación de acceso a tiempos en radio y televisión, límite de financiamiento privado, fiscalización de recursos, entre otros; sin embargo, el autor invita a pensar sobre la trascendencia de la inversión privada como fuente del tráfico de influencias.

No hay duda que el esfuerzo de los articulistas contribuye significativamente a la conformación de un sistema jurídico que necesariamente tendrá el desafío de otorgar claridad y solución a las inquietudes compartidas en esta ocasión.

Como sostiene Enrique Múgica Herzog, “La democracia no es el silencio, es la claridad con que se exponen los problemas y la existencia de los medios para resolverlos”.

**Erick Alejandro Muñoz Lozano**

*Secretario General del Tribunal Estatal de Chihuahua*

# *TUTELA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA ELECTORAL: EL CASO MEXICANO\**

Jaime del Río Salcedo\*\*

**SUMARIO:** I. Presentación. II. Breves notas históricas sobre la justicia electoral en México. III. Los principios constitucionales en el derecho electoral mexicano. IV. Nulidad de elección por violación a principios constitucionales. V. El principio de la democracia interna de los partidos políticos. VI. Referencias bibliográficas.

---

\* Ponencia presentada el 17 de septiembre de 2009, en la Mesa 5: *Constitución, Democracia y Autoritarismo*, en el marco del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la ciudad de Lima, Perú.

\*\* Magistrado Presidente del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán.

## I. PRESENTACIÓN

El objeto de este breve estudio es el de formular algunas reflexiones, forzosamente generales, sobre experiencias del sistema democrático mexicano que han sido muy ricas y fructíferas, apoyadas con la información más significativa, y con unos estándares mínimos de claridad y actualidad.

La primera parte se dedica a unas breves notas históricas de la justicia electoral en México, destacando el periodo de 1996 a 2007, como fundamental en un proceso de transición jurídica que caminó de la mano del cambio político.

Como significaran Cabrera y Fix-Zamudio, siguiendo muy de cerca la idea vertida por Grant en su clásica obra, si quisiéramos condensar en una frase la contribución de América a la defensa constitucional, podríamos decir que en este Continente surgió la verdadera y propia garantía jurisdiccional de la Constitución<sup>1</sup>, de ahí que la segunda parte se dedique a los principios constitucionales en el derecho electoral mexicano.

Finalmente, hay un par de capítulos en los que se estudia –desde una perspectiva mexicana– la nulidad de elección por violación a principios constitucionales, y el principio de la democracia interna de los partidos políticos.

Por otra parte, quiero dejar constancia de mi profundo agradecimiento a Paola Rocío Sierra Chávez, Rubí Yarím Tavira Bustos e Ignacio Hurtado Gómez, cuyas contribuciones en la investigación han sido inestimables.

También, de modo particular, a mi amigo y reconocido profesor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, a quien no sólo debo la lectura de este trabajo, sino sus útiles sugerencias y oportunos comentarios.

## II. BREVES NOTAS HISTÓRICAS SOBRE LA JUSTICIA ELECTORAL EN MÉXICO

El objetivo de la presente comunicación justifica una breve referencia histórica sobre la justicia electoral en México, considerando que la doctrina nacional generalmente aceptada ha delimitado cuatro periodos sobre su evolución,<sup>2</sup> al tiempo que se viene configurando una nueva etapa, que toma como

---

<sup>1</sup> Citado por FERNÁNDEZ Segado, Francisco. “*La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la Independencia hasta 1979.*” En: *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, vol. II, 2002 p. 1457.



punto de partida la reforma constitucional de 2007, la legal que le siguió en 2008 y su aplicación en este año.

En un primer momento, a partir de la Constitución de 1824 se adopta, sustancialmente, el modelo inspirado en la Constitución Española de Cádiz de 1812, esto es, de elecciones indirectas, junta de parroquia, junta de partido y junta de provincia, con un sistema autocalificativo de naturaleza política, y un incipiente mecanismo administrativo de resolución de controversias en el que, desde la junta de parroquia se podía exponer queja relativa a cohecho o soborno para que la elección recayera en determinada persona, la cual era resuelta en definitiva y sin posibilidad de recurso alguno; mientras que en las juntas de partido y provincia examinaban los nombramientos de los electores designados, por lo que de hallar “reparo” la junta resolvía en definitiva sin recurso para impugnar.

Con pequeñas variaciones –consignadas en las leyes electorales de 1823, 1830, 1836, 1841 y 1847– se transita con este esquema durante el resto del siglo XIX, con la modalidad de que al instaurarse una República Federal, los procesos se orientan a la elección de senadores, presidente y vicepresidente de la república y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que, junto con el sistema autocalificativo se construye uno heterocalificativo en manos de Senadores, y en su momento Diputados, tanto para la calificación de elecciones, como para –en ciertos tramos históricos– la designación de los titulares del Poder Ejecutivo, pero sin apartarse en todos los casos de su esencia política.<sup>3</sup>

Entre esos pequeños matices se encuentra lo dispuesto en las *Reglas para las Elecciones de Diputados y de Ayuntamientos del Distrito y Territorios de la República*, de 12 de julio de 1830, en donde aparece la idea del empadronamiento, la integración de un padrón electoral y la entrega de boletas a cargo de un comisionado, por lo que se permitía a los ciudadanos que se considerasen excluidos el inconformarse ante las juntas electorales quienes decidían en definitiva.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Véanse MARTÍNEZ Porcayo, Fernando Ojesto. “Evolución de la Justicia Electoral en México.” México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2001, sin publicar. DE LA PEZA, José Luis, “Notas sobre la Justicia Electoral en México”. En Orozco HENRÍQUEZ, José de Jesús (comp.), Justicia Electoral en el Umbral del Siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral, México, 1999. ARREOLA Ayala, Álvaro, “La Justicia Electoral en México. Breve recuento histórico”, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, colección Temas Selectos de Derecho Electoral, 2008.

De la misma forma, en las *Bases Orgánicas de la República Mexicana* publicadas el 14 de junio de 1843, se consagran por vez primera causales de nulidad de elecciones: “*Artículo 168. Ninguna elección podrá considerarse nula, sino por alguno de los motivos siguientes: 1º Falta de las calidades constitucionales en el electo. 2º Intervención o violencia de la fuerza armada en las elecciones. 3º Falta de mayoría absoluta de los que tienen derecho de votar en las elecciones que no sean primarias. 4º Error o fraude en la computación de los votos*”,<sup>5</sup> mientras que, por reforma de 22 de mayo de 1912, se adopta el sistema de votación directa en la elección.

En este periodo destaca la década que va de 1860 a 1870, en la que siguiendo la tesis del Ministro José María Iglesias, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Poder Judicial conoce y resuelve cuestiones relacionadas con los comicios, particularmente el llamado *Amparo Morelos* en 1874.<sup>6</sup>

No obstante, años más adelante y siendo Presidente el Ministro Ignacio L. Vallarta, la Suprema Corte construye la tesis inversa en cuanto que el juicio de amparo no era la vía para impugnar cuestiones electorales, por lo que el Poder Judicial, a partir de ese momento y hasta 1996, se encuentra impedido de conocer sobre aspectos políticos, salvo el periodo en que tuvo vigencia el recurso de reclamación que más adelante se comentará.

De esta forma, se logra advertir que la legislación del primer periodo configura un sistema autocalificativo y heterocalificativo de corte político, en manos de los denominados colegios electorales.

El segundo tramo histórico inicia con la disposición prevista en el artículo 97 de la Constitución de 1917, que confería la facultad a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para indagar sobre algún hecho o hechos que constituyesen una violación del voto público; sin embargo, en 1977 se reformó dicho precepto restringiéndose la facultad de la Suprema Corte cuando a su juicio se pusiera en duda “*la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la unión*”.

Ya en 1918, Venustiano Carranza emite la *Ley para Elecciones de Poderes Federales*, de 2 de julio, en la cual se mantiene y perfecciona el sistema

---

<sup>3</sup> ARREOLA Ayala, Álvaro. *Op. cit.*, nota 2, p. 17.

<sup>4</sup> Véase COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús (editor). “*Enciclopedia jurídico electoral de México*”. Tomo I, México, Líder Nacional Agrupación Política Nacional, 2003, p. 88.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>6</sup> MOCTEZUMA Barragán, Javier. “*José María Iglesias y la Justicia Electoral*.” México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1994, pp. 81-163.

autocalificativo, así como la esencia del sistema de nulidades, y se incorpora un capítulo con disposiciones penales.

Con la reforma de 1949, se comienza a configurar un sistema impugnativo de corte administrativo que abre la posibilidad de combatir actos como la negativa de registro de candidatos, el funcionamiento de los comités distritales, la designación de funcionarios electorales, y la división de los distritos electorales.<sup>7</sup>

Al final de este segundo periodo, el 4 de diciembre de 1951, el Presidente Miguel Alemán emite una nueva *Ley Electoral Federal*, en donde se consolida el sistema de impugnación en contra de actos de los organismos electorales ante sus superiores jerárquicos, asimismo se contempló un recurso innominado para reclamar actos de los organismos electorales, y un recurso de revocación para combatir los actos de la Comisión Federal Electoral. Se mantiene el sistema autocalificativo y se le otorgan facultades al Procurador General de la Nación para conocer de actos que se consideraran violatorios del voto, previa petición de la cámara calificadora.<sup>8</sup>

El tercer periodo comienza en 1977, y lo hace con la reforma al artículo 60 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se contempla el recurso de reclamación para combatir las resoluciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados, cuya competencia se confirió a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que, si bien se consagra un medio impugnativo de naturaleza jurisdiccional, lo cierto es que adoleció de una condición fundamental que lo volvió prácticamente inoperante, y que fue el hecho de que las resoluciones de la Corte no eran vinculatorias para los colegios electorales, no obstante, en seis casos hubo un pronunciamiento de fondo en los que se declararon infundadas las reclamaciones, mientras que ocho recursos fueron desechados por improcedentes.<sup>9</sup>

Por su parte, la *Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales*, de 28 de diciembre de 1977, decretada por José López Portillo, previó un contencioso electoral integrado con un sistema de nulidades, sanciones penales y cinco recursos administrativos: recurso de inconformidad, para combatir actos del Registro Nacional de Electores; recurso de protesta,

---

<sup>7</sup> Véase el Decreto que reforma diversos artículos de la Ley Electoral Federal, de 21 de febrero de 1949. En: COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús. *Op. cit.*, nota 4, pp. 337-346.

<sup>8</sup> Véanse los artículos 12, 18, 115 y 129 de la Ley Electoral Federal de 1951. En: COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús, *op. cit.*, nota 4, pp. 347-360.

mediante el cual se impugnaban los resultados contenidos en el acta final de escrutinio de las casillas; recurso de queja, para atacar los resultados consignados en el acta de cómputo distrital de la elección de diputados electos por mayoría relativa y la constancia de mayoría expedida por el propio comité, y tenía por objeto hacer valer las causales de nulidad consignadas en la ley, así como en contra de los resultados de las actas de cómputo distrital de la elección de diputados por representación proporcional; recurso de revocación, por el que se combatían los acuerdos de los organismos electorales, y recurso de revisión cuando la inconformidad, la protesta o la revocación no hubiesen sido tramitadas, no se hubiere resuelto el recurso interpuesto, o la resolución dictada en una inconformidad, protesta o revocación hubiese sido contraria a algún precepto expreso de la ley.<sup>10</sup>

En 1986 se verificó una reforma electoral en la que se derogó el recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y nace el Tribunal de lo Contencioso Electoral, cuyas resoluciones tendrían carácter vinculatorio, aunque podían ser modificadas por el Colegio Electoral respectivo, en tanto que, también se emitió el *Código Federal Electoral*, en donde se da forma al referido Tribunal de lo Contencioso Electoral concebido como un organismo autónomo de carácter administrativo, y cuya competencia se circunscribió a conocer de los recursos de apelación y de queja; el primero, para combatir actos de los órganos electorales federales en la etapa de preparación de la elección, y el segundo, para atacar actos durante la jornada electoral y posterior a ésta, e íntimamente vinculado con el sistema de nulidades.<sup>11</sup>

No obstante, como consecuencia de la reforma de 1990, que da origen al *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, nació un órgano jurisdiccional autónomo llamado Tribunal Federal Electoral, iniciando así, el cuarto y último periodo histórico, siendo uno de sus aspectos centrales la creación de la *Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral* en 1996, y que es fundamental para comprender las implicaciones actuales de la justicia electoral mexicana.<sup>12</sup>

Para ello, se tuvo que pasar por la reforma de 1993 que vino a quebrantar, en un primer tiempo, el esquema de la autocalificación que se había adoptado

---

<sup>9</sup> DE LA PEZA, José Luis. *Op. cit.*, nota 2, pp. 838 y 839.

<sup>10</sup> Véanse los artículos del 222 al 250 de la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales de 1977. En: COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús, *op. cit.*, nota 4, pp. 424-426.

desde 1812, y así se estableció que la declaración de validez de las elecciones de diputados y senadores correría a cargo del Instituto Federal Electoral, cuyas determinaciones podrían ser impugnadas ante el Tribunal Federal Electoral, quien resolvería de manera definitiva e inatacable.

Con la reforma de 1996, se hizo patente “*el reconocimiento de la necesaria judicialidad de las cuestiones electorales*”<sup>11</sup> por lo que se incorporó el Tribunal Federal Electoral al Poder Judicial de la Federación, se le instauró como máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 Constitucional, esto es, de las acciones de inconstitucionalidad como medio de control abstracto de las normas de carácter general, y se terminó con el sistema autocalificativo que tenía en la elección presidencial la última de sus expresiones.

De igual forma, se otorgó la facultad a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer y resolver sobre acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, al tiempo que se estableció la limitante de que la legislación federal y local debía promulgarse y publicarse con noventa días de anticipación al inicio de cada proceso electoral en que tengan aplicación, a fin de garantizar la certeza, seguridad y definitividad de los actos electorales.

Finalmente, como ya se apuntó, vio la luz la *Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral*, cuyo objeto, desde sus orígenes, ha sido garantizar que todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales federales y locales se sujeten invariablemente a los principios de constitucionalidad y legalidad; dar definitividad a las distintas etapas de los procesos electorales, y proteger los derechos político-electorales del ciudadano de votar, ser votado y afiliarse libre y pacíficamente para tomar parte en los asuntos políticos del país.

Dicho sistema, con resoluciones definitivas e inatacables, se integró con el recurso de revisión –de naturaleza administrativa–, apelación y reconsideración, así como el juicio de inconformidad, revisión constitucional electoral, y el de protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano, sin olvidar un juicio de naturaleza laboral.

En este escenario, uno de los aspectos de mayor importancia que se es-

<sup>11</sup> Véase COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús. *Op. cit.*, nota 4, pp. 439-473.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ Porcayo, Fernando Ojesto. *Op. cit.*, nota 2, p. 26.

<sup>13</sup> DE LA PEZA, José Luis. *Op. cit.*, nota 2, p. 852.

tableció -desde 1996- con este nuevo modelo integral de justicia electoral, es precisamente, el de haberse configurado medios de control constitucional en materia electoral, sin olvidar que *“la judicialización de la política que se ha venido dando en nuestro país, ... constituye la materialización de una legítima aspiración de la sociedad y principalmente de los actores políticos, para someter al imperio de la ley, a través de los tribunales judiciales, las controversias que se susciten con motivo de los comicios electorales”*.<sup>14</sup>

No obstante lo dicho hasta aquí, sin duda el principal paso en la consolidación de la judicialización electoral se ha dado en el periodo de 1996 a 2007, por lo que expondré algunas reflexiones adicionales.

Antes, se debe recordar que la reforma electoral de 1996, y particularmente el esquema de la justicia electoral se construyó sobre cuatro premisas fundamentales: 1. La observancia a la Constitución a través del control de leyes y actos en materia electoral; 2. La protección o tutela jurisdiccional de los derechos político-electorales; 3. El control de constitucionalidad sobre los procesos electorales locales, y 4. El fin del modelo autocalificativo en la elección presidencial para dar cabida a una resolución jurisdiccional definitiva e inatacable.

En esencia, se procuró conformar un sistema de justicia electoral al alcance de los ciudadanos, de los partidos políticos y de los propios candidatos.<sup>15</sup>

Sin embargo, no puede soslayarse que para llegar a este punto, existieron factores internos y externos que propiciaron condiciones favorables para su configuración en el sistema democrático mexicano, además de que los cambios diseñados, a su vez, constituyeron el punto de partida a una constante reconfiguración del entramado jurídico-electoral de México, erigiéndose como un actor fundamental el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Ciertamente, antes de la reforma de 1996 no se pueden olvidar una resolución (1990) y dos informes (1991 y 1993) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como el *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México de 1998*, a los cuales me referiré, con el único propósito de evidenciar –por la vía del ejemplo– la influencia continental al diseñar un modelo de justicia electoral abierto y, particularmente, garantista de los derechos político-electorales de los ciudadanos.

Así, en la resolución 01/90 dictada en los casos 9798, 9780 y 9828, de 17 de mayo de 1990, la Comisión al conocer de actos relacionados con las elecciones

<sup>14</sup> MARTÍNEZ Porcayo, Fernando Ojesto. *Op. cit.*, nota 2, p. 33.

para Gobernador y Diputados del Estado de Chihuahua, México, en 1985 y las municipales en Durango, México, en 1986, en lo que interesa, concluyó que: *“100. En cuanto a los recursos y garantías internas en México la cuestión es si la legislación interna de México dispone de los medios adecuados o de un recurso sencillo y rápido o de ‘cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, independientes e imparciales’ que amparen a quienes recurran contra ‘actos que violen sus derechos fundamentales’, como son los derechos políticos. La Comisión ha podido apreciar que un recurso con tales características no existe en México”*.<sup>16</sup>

Por su parte, en el informe 8/91, derivado del caso 10.180, de 22 de febrero de 1991, la Comisión conoció de una denuncia en la que cuestionaba la legislación electoral del Estado de Nuevo León, México, de 1987, en donde, desde la posición de los denunciados se privaba a los ciudadanos de esa entidad federativa de contar con un recurso sencillo, rápido o efectivo ante tribunales independientes e imparciales para determinar sus derechos políticos.

Al respecto, la Comisión estimó como conclusión que: *“52. De conformidad con el análisis en el presente caso, la Comisión Interamericana ha llegado a la conclusión que el mismo es admisible y que el Gobierno de México debe cumplir con su obligación de adecuar la legislación interna de ese país a fin de que ella garantice de manera efectiva el ejercicio de los derechos políticos, reconocidos en el Artículo 23 de la Convención Americana, y brinde un recurso sencillo, rápido y efectivo, de conformidad con el Artículo 25 de la Convención, ante tribunales imparciales e independientes, según el Artículo 8 de la Convención, ante los cuales los afectados pueden hacer valer sus derechos, desarrollando las posibilidades de un recurso judicial”*.<sup>17</sup>

De la misma forma, en el informe 14/93, emitido con motivo del caso 10.956, de 7 de octubre de 1993, que tuvo como base la denuncia de diversas irregularidades en la elección del Estado de México, y del municipio de Nahuacalpan, Estado de México en 1990, entre otros aspectos, la Comisión estableció en el apartado de conclusiones que: *“Al aprobar su informe 7/93, la Comisión consideró en detalle y formuló recomendaciones sobre la idoneidad de los recursos internos en materia electoral; la necesidad de un sistema probatorio que permita a los ciudadanos gozar de recursos sencillos, rápidos y*

---

<sup>15</sup> ANDRADE Sánchez, Eduardo. *“La reforma política de 1996 en México.”* México, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, número 25, 1997, pp. 57-58.

*efectivos en materia de derechos políticos; y la conformación de los órganos electorales.*

*La Comisión reconoce satisfactoriamente estos avances y confía en que la totalidad de sus recomendaciones a las autoridades de ese país se implementen a través de la continuación de este proceso de evolución legislativa, tendiente a garantizar plena y eficazmente los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos, reconocidos en la Convención Americana”.*<sup>18</sup>

Posteriormente, y derivado de una visita *in loco* realizada por la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 15 al 24 de julio de 1996, se emitió el *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, de septiembre de 1998.<sup>19</sup>

En dicho documento se reconocen los avances en materia electoral, particularmente a partir de la reforma de 1996, por lo que en todo caso, sus consideraciones se fincaron sobre una realidad anterior a la reforma, pero que igualmente resultan ilustradoras: “447. *El COFIPE contiene un sistema de medios de impugnación al cual no tiene acceso el ciudadano común, y ni siquiera por sí mismos los candidatos de los partidos a los distintos cargos de elección popular. Los mecanismos que establece el sistema de medios de impugnación son los de revisión, apelación, inconformidad, y reconsideración. De ellos, el ciudadano sólo puede hacer uso del recurso de revisión únicamente cuando no se le haya expedido su credencial para votar, o cuando hayan sido indebidamente incluidos o excluidos de la lista nominal de electores. Un prerrequisito de este único recurso al que tienen acceso los ciudadanos, es que hayan realizado un trámite administrativo para solicitar ante la oficina del Registro Federal de Electores la rectificación del error.*”

“449. Así pues, sólo los partidos pueden presentar candidatos, y sólo ellos pueden interponer recursos electorales, excepción hecha del recurso de revisión. En consecuencia, la misma legislación electoral mexicana actual no permite al ciudadano ejercer los recursos en materia electoral, limitándose este derecho sólo al recurso de revisión.”

En este contexto, es importante destacar y reconocer la influencia de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en la configuración del sistema de justicia electoral prevaleciente en el país.

<sup>16</sup> Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/89.90span/Cap3d.htm#RESOLUCION%20N%2001/90>, [fecha de consulta el 23 de julio de 2009].

<sup>17</sup> Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/90.91sp/Mexico10180.htm>, [fecha de consulta el 23 de julio de 2009].



Una vez diseñado el modelo, se inició, desde mi perspectiva, un proceso de transición jurídica que puede ser medido –en grandes trazos– a partir de las dimensiones *sistemática, de capital técnico y humano, cultural, y político-institucional*, propuestas por Héctor Fix-Fierro y Sergio López Ayllón.<sup>20</sup>

Efectivamente, desde una dimensión sistemática se puede determinar el papel del derecho dentro de un Estado social y democrático de derecho y, en ese sentido, a partir de un enfoque nacional, es evidente que el derecho electoral en particular, ha permitido la consolidación de las instituciones democráticas de México, al grado que se podría sostener que el eje estructural de la transición democrática se ha fincado sobre dos bases primarias: por un lado, las sucesivas reformas electorales, y por otro, de manera destacada, en la última década, la doctrina judicial.

Todo ello, se ha dado en un contexto que explica Manuel Atienza sobre una nueva concepción del derecho para los Estados constitucionales basada en los siguientes elementos: la importancia de los principios como parte del sistema jurídico, la función de las normas en el razonamiento práctico, el derecho como realidad dinámica y actividad social compleja, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho, la sujeción a la ley conforme a la Constitución, la integración de las esferas de la razón práctica entre derecho, moral y política, y la trascendencia de la argumentación jurídica como herramienta para fundar las decisiones judiciales y como condición de las sociedades democráticas en donde “*es el poder el que se somete a la razón, y no la razón al poder*”.<sup>21</sup>

Así, y a partir de la reforma de 1996, se concibió que la ley electoral debiera estar subordinada a la Constitución, no solamente en sentido formal o procedimental, sino en un plano sustantivo, esto es, en cuanto fuera congruente con los principios y reglas que integran las “*normas sustanciales de la democracia*”.<sup>22</sup>

Finalmente, no habrá que olvidar que este proceso se dio a la par de cambios esenciales al esquema de justicia constitucional en México, principalmente, a partir de las reformas constitucionales de diciembre de 1994 a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las cuales contemplaron, *grosso modo*, la reducción a once Ministros, cambios al proceso de designación, la integración del Consejo de la Judicatura Federal, la ampliación en sus facultades de control

---

<sup>18</sup> Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/93span/cap.iii.mexico/0.956.htm>, [fecha de consulta: 23 de julio de 2009].

<sup>19</sup> Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Mexico98sp/capitulo-6.htm>, [fecha de consulta: 23 de julio de 2009].

constitucional a través de la incorporación de la acción de inconstitucionalidad, y el replanteamiento de la controversia constitucional.<sup>23</sup>

Por otra parte, y desde una dimensión política-institucional “*relacionada con el papel de los órganos e instituciones capaces de tomar decisiones y de transformarlas en normas jurídicas*”, es indudable la posición del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que, desde 1996, se ha destacado como un actor fundamental en la redefinición constante del régimen democrático mexicano, y prueba de esa influencia –tema de otra comunicación– es el contenido de la última reforma electoral procesada en 2007 y 2008, en donde tanto el poder revisor de la Constitución como el legislador ordinario trasladaron al sistema normativo varios de los criterios que en su momento sostuvo, por la vía de la interpretación, la doctrina judicial electoral.

Es precisamente en esta vertiente constructiva por parte de los tribunales, en donde pretendo inscribir la esencia de la presente comunicación, para lo cual se evidenciarán los mecanismos de tutela de los principios constitucionales en materia electoral, y concretamente, de las decisiones adoptadas por las autoridades electorales mexicanas.

Por último, en las dimensiones señaladas por Héctor Fix-Fierro y Sergio López Ayllón para medir la sugerida transición jurídica, se encontraría la del capital técnico y humano, que en términos generales va acorde con el planteamiento de la consolidación del Estado constitucional, así como la dimensión cultural en cuanto a los valores, expectativas y actitudes de la sociedad dentro de un nuevo orden social.

En estos casos, baste señalar –en razón al espacio– que existen evidencias concretas que permiten arribar al convencimiento que, desde estos enfoques, el cambio democrático visto desde la óptica política, ha ido de la mano de una transición jurídica, y que ha puesto en el centro del nuevo impulso y de la redefinición del sistema, a los principios constitucionales en materia electoral.

### **III. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO ELECTORAL MEXICANO**

---

<sup>20</sup> “Cambio jurídico y autonomía del derecho: un modelo de la transición jurídica en México.” En: SERNA de la Garza, José María y CABALLERO Juárez, José Antonio (Comps.) Estado de Derecho y Transición Jurídica, [en línea] México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=306>, pp. 99-105.

<sup>21</sup> ATIENZA, Manuel, “El sentido del derecho”, España, Ariel Derecho, 2001, pp. 309-310.

Como se apuntaba, el reconocimiento de los principios constitucionales, y su aplicación en las sentencias de los tribunales electorales se ha convertido en uno de los mayores impulsos en la redefinición del régimen democrático en México, ya sea indicando el sentido y alcance de los derechos fundamentales y las libertades públicas, estableciendo el marco de referencia para el enjuiciamiento de la inconstitucionalidad de normas, o expresando mandatos positivos a los poderes públicos y, especialmente, al legislador.

Pero su llegada no fue en solitario, sino que se hizo acompañar de otros aspectos igualmente relevantes, por ejemplo, la afirmación de que *“La Constitución es el orden jurídico fundamental del Estado «constitucional»*”,<sup>24</sup> y por ello, la trascendencia de su carácter normativo.

Es oportuno destacar, aun y cuando sea de manera colateral, que la idea de la Constitución normativa -tan reconocida en otras latitudes- ha sido uno de esos procesos integrados al periodo de transición que se comentaba, y que ha llevado a reconocer el valor de la eficacia de las normas constitucionales, ya que en todos sus contenidos *“la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos”*,<sup>25</sup> por tanto, se trata de una *“voluntad de atribuir una efectiva fuerza normativa a los derechos y libertades reconocidos en los textos constitucionales”*.<sup>26</sup>

Todo lo anterior, vino a modificar aquellas nociones que privilegiaban la naturaleza dogmática de la Constitución mexicana en cuanto que servía de soporte ideológico y político a un régimen autoritario,<sup>27</sup> así como el sentido exclusivamente programático de las normas constitucionales, y que en palabras de José Francisco Ruiz Massieu se entendían como: *“En las constituciones como la mexicana se contienen disposiciones ... programáticas, que establecen simplemente directivas de acción para los poderes constituidos ... son, para los agentes estatales, estímulo y guía de la acción pública, y para el pueblo representan la esperanza de que algún día se acatarán ...”*,<sup>28</sup> sin embargo, desde una perspectiva contemporánea las normas programáticas con todo y sus peculiaridades *“tienen naturaleza de normas jurídicas y a su modo participan, dentro de la constitución a la que están incorporadas, de*

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi, citado por OROZCO Henríquez, José de Jesús, *Jurisprudencia electoral y garantismo jurídico* en: *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación Oficial, segunda edición*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005, pp. XXXVIII-XL.

<sup>25</sup> Véase ANSOLABEHRE, Karina, *“Suprema Corte: Arbitro sin contrapesos”*, *Revista Nexos*, (329):39-44, México, mayo de 2005.

*su fuerza normativa*".<sup>29</sup>

De esta forma, la Constitución, y con ella sus normas y principios, dejaron de ser programáticas, alejándose del mundo de la política y dándole sentido a la acción de la justicia constitucional como garante de su fuerza normativa,<sup>30</sup> ya que hablar de la defensa constitucional<sup>31</sup> supone, en principio, la aceptación de ésta como norma, como ley superior y suprema.<sup>32</sup>

Regresando a los principios, comparto la idea de que la abundante literatura que procura explicar la diferencia entre los principios y las reglas jurídicas es el reflejo de que se trata de una cuestión relativamente poco pacífica, pero también de la relevancia de esta distinción a la que se le presta una "*atención creciente*".<sup>33</sup>

Cabe recordar que, en términos generales los principios jurídicos se conciben como dispositivos principalmente de contenido económico, social, político y axiológico, encaminados a la realización de determinados fines, por lo que su proyección dentro del sistema jurídico deberá ser lo más amplia posible, es decir, "*realizar una cierta acción o de dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible*",<sup>34</sup> por lo que también se les ha entendido como mandatos de optimización en tanto que "*son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas*".<sup>35</sup>

En todo caso, la trascendencia de los principios constitucionales, más allá de conceptos estriba, según Zagrebelsky, en que "*Los principios dicen, por un lado, de qué pasado se proviene, en qué líneas de continuidad el derecho constitucional actual quiere estar inmerso; por otro, dicen hacia qué futuro está abierta la constitución. Los principios son, al mismo tiempo, factores de conservación y de innovación que consiste en la realización siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente del germen primigenio que constituye el principio*".<sup>36</sup>

Todo lo anterior, en el entendido de que: "*la constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir*".<sup>37</sup>

Vistos de esta manera, la trascendencia de los principios en los procesos de consolidación democrática, más allá de ofrecer una identidad a la propia Constitución permite, sobre todo, comprender la estructura, el funcionamien-

---

<sup>24</sup> RUBIO Llorente, Francisco. "Constitución." En: ARAGÓN Reyes, Manuel (coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, tomo I, p. 21.

<sup>25</sup> GARCÍA de Enterría, Eduardo. "*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*." Tercera edición, Madrid, Civitas, 1994, p. 49.

to y la funcionalidad de un sistema jurídico,<sup>38</sup> en la medida de que “*actúan básicamente de contraste a la rigidez del legalismo, en tanto en cuanto la concreta disposición no debiera nunca interpretarse en virtud de sí misma, sino en aras de la realización, a través de ella, de determinados fines recogidos, precisamente, en los principios*”.<sup>39</sup>

México no ha sido ajeno a esta tendencia y, en el ámbito electoral, se ha dado un constante reconocimiento a los principios, plasmándose reiteradamente en las resoluciones de las autoridades jurisdiccionales en la materia, y en ese sentido, la posición del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se podría resumir de esta forma: “*De las disposiciones referidas se puede desprender cuáles son los principios fundamentales ... dentro del sistema jurídico-político construido en la Carta Magna ... como principios que están elevados, inclusive a rango constitucional, los cuales son imperativos, de orden público, de obediencia inexcusable y no son renunciables*.”<sup>40</sup>

Un listado general sobre temas en los que se desarrollan y aplican concretamente los principios constitucionales en materia electoral, desde la doctrina judicial es el siguiente: acceso a la justicia electoral completa y efectiva (artículo 17 constitucional), acciones tuitivas de intereses difusos a favor de los partidos políticos (artículos 17, 41 y 99 constitucionales), acciones declarativas en materia electoral (artículos 17 constitucional y 79 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral), plena ejecución de las sentencias (artículos 17, 41 y 99 constitucionales), la aclaración de sentencia como parte del sistema procesal electoral (artículos 14 y 17 constitucionales), la consustancialidad de los derechos político-electorales, la democracia interna de los partidos políticos (40 y 41 constitucionales), el principio de la conservación de los actos públicos válidamente celebrados

<sup>26</sup> CARRILLO, Marc. “*La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*.” Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 23.

<sup>27</sup> COSSÍO Díaz, José Ramón. “*Dogmática constitucional y régimen autoritario*.” Segunda edición, México, Fontamara, 2000.

<sup>28</sup> RUIZ Massieu, José Francisco. “*Cuestiones de Derecho Político. (México y España)*.” México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, pp. 57-65.

<sup>29</sup> BIDART Campos, Germán J. “*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*.” México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 222.

<sup>30</sup> Véase CARRILLO, Marc. *Op. cit.*, nota 26, p. 33.

<sup>31</sup> Véase DE OTTO Pardo, Ignacio. “*Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*.” Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 11-18.

<sup>32</sup> ZALDIVAR, Arturo. “*El juicio de amparo y la defensa de la Constitución*.” COSSÍO, José Ramón y PÉREZ de Acha Luis M. (comps.) “*La defensa de la Constitución*.” Segunda edición, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2000, pp. 43-44.

(artículos 41 y 99 constitucionales), y el principio de separación iglesia-Estado (artículo 130 constitucional).

Asimismo, también destacan específicamente aquellos que rigen los procesos electorales en México, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 41 constitucional: elecciones libres, auténticas y periódicas; el sufragio universal, libre, secreto y directo; equidad en el financiamiento público de los partidos y en las campañas electorales; equidad en el acceso permanente de los partidos a los medios de comunicación social; organización de elección a través de un organismo público y autónomo; los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como rectores de la función electoral, y control de la constitucionalidad y la legalidad en materia electoral.

Finalmente, derivado del proceso electoral desarrollado en 2009, y de la reforma constitucional y legal que le antecedió, se podrían señalar otros principios que tomaron una posición importante, derivados de los artículos 6° y 134 constitucional, a saber: la imparcialidad en la aplicación de los recursos públicos, derecho a la información pública, transparencia y rendición de cuentas, imagen de instituciones, partidos y personas, y el carácter institucional de la propaganda política.

#### IV. NULIDAD DE ELECCIÓN POR VIOLACIÓN A PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Como muestra de ese aliento constante, que a la vez da cuenta del carácter práctico de la aplicación de los principios constitucionales a casos concretos, me propongo razonar, principalmente, sobre dos sentencias. Una de ellas ha pasado casi inadvertida, y es la TEEM-JIN-049/2007 y su acumulado TEEM-JIN-050/2007, de 8 de diciembre de 2007, dictada por el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, México. Otra ha cobrado inusitada fama,

---

<sup>33</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia." Sexta edición, Madrid, Trotta, 2005, p. 109.

<sup>34</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan. "Ilícitos atípicos." Segunda edición, Madrid, Trotta, 2006, pp. 16-20.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. "El concepto y la validez del derecho." Segunda edición, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 162.

<sup>36</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. "Historia y constitución." Madrid, Trotta, 2005, p. 89.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>38</sup> ATIENZA, Manuel, "El derecho como argumentación", en: FERRAJOLI, Luigi y ATIENZA Manuel, Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 72

y es la SUP-JRC-604/2007, de 23 de diciembre de 2007, que resolvió la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder judicial de la Federación.<sup>41</sup>

Ambas resoluciones tienen, sin embargo, un efecto común: permiten reflejar varios de los elementos con que se ha venido construyendo la presente comunicación, particularmente, el reconocimiento y protección de los principios constitucionales en el ámbito electoral, la sujeción de la ley a la Constitución, el derecho como realidad dinámica, y la trascendencia de la argumentación jurídica como instrumento para el sometimiento del poder a la razón.

Además, revela uno de los temas más paradigmáticos, y a la vez, más sensibles de la justicia electoral mexicana, y del propio régimen político nacional: la nulidad de una elección.

### **1. La causa abstracta**

La denominada “*causal abstracta de nulidad*” de una elección, se gestó a partir de un ejercicio de interpretación constitucional realizado por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el 29 de diciembre de 2000, al resolver el juicio SUP-JRC-487/2000 y su acumulado SUP-JRC-489/2000, con motivo de la elección de Gobernador en el Estado de Tabasco, México.

Frente a diversas irregularidades cometidas durante el proceso electoral y que, como consecuencia, transgredieron gravemente los principios constitucionales en la materia, pero, ante la omisión del legislador ordinario estatal, al no prever causas específicas y concretas que permitieran anular la elección de gobernador celebrada, se plantearon dos posiciones jurídicas.

Por un lado, la que en un primer momento se sustentó sobre el principio de que “*no hay nulidad sin ley*”, el cual ya había sido recogido en las tesis de jurisprudencia y relevante emitidas en 1991 por la Sala Central del entonces Tribunal Federal Electoral en su primera época,<sup>42</sup> y que sustancialmente llevó a validar en un inicio la elección estatal a pesar de las violaciones a los principios constitucionales.

En un segundo momento se asumió la posición que al final prevaleció en la máxima autoridad jurisdiccional electoral en México, y cuya *ratio deciden* establecía la posibilidad de declarar la nulidad de una elección cuando

<sup>39</sup> CANOSA Usera, Raúl. “*Interpretación constitucional y fórmula política.*” Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 141.

<sup>40</sup> Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio de revisión constitucional, identificado con la clave SUP-JRC-120/2001 de fecha de 24 de julio de 2001.

se violen principios constitucionales rectores de la función electoral, aún y cuando la ley secundaria fuese omisa, ya que en una posición garantista y de la mano de un argumento de reducción al absurdo, sostener lo contrario –se dijo–, implicaba aceptar la validez de procesos electorales contrarios a la Constitución mexicana, por el sólo hecho de no existir una configuración en la ley secundaria.

Leonel Castillo González y Mauro Miguel Reyes Zapata afirmaron que dicha causal de nulidad provenía de la inobservancia de los requisitos básicos que debe cumplir cualquier tipo de elección, denominándosele “*causal abstracta*”, porque “*se descubre a través de operaciones lógicas de abstracción del contenido de los preceptos [constitucionales] que regulan a una elección, a través de la substracción de los elementos accidentales, lo cual permite que queden en relieve las bases esenciales, sin cuya concurrencia, no es válido considerar que se ha celebrado una elección democrática, auténtica y libre*”.<sup>43</sup>

De esta manera, la integración del concepto se realizaba con los siguientes elementos: 1. Recaía sobre una elección, 2. Se producía por la inobservancia grave y determinante de elementos constitutivos y esenciales de una elección democrática, auténtica y libre, 3. Su materia versaba sobre vicios producidos en cualquier parte del proceso comicial y, 4. La declaración surgía de la revisión que hacía la autoridad del cumplimiento o no de los elementos constitutivos y sustanciales de una elección.<sup>44</sup>

Así, los principios que se tutelaban bajo la llamada “*causal abstracta*” y que fueron plasmados en la jurisprudencia *NULIDAD DE ELECCIÓN. CAUSA ABSTRACTA (Legislación de Tabasco y similares)* eran los siguientes: “*el sufragio universal, libre, secreto y directo; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral; el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social; el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, así como que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales debe prevalecer el principio de equidad*.”<sup>45</sup>

## **2. La reforma constitucional en materia electoral de 2007**

---

<sup>41</sup> Véase GONZÁLEZ Oropeza, Manuel y BÁEZ Silva, Carlos. “*La muerte de una causal abstracta y de la sobrevivencia de los principios constitucionales rectores de la función electoral*.” México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2007.



No obstante la trascendencia del criterio judicial asumido –en casi siete años– en la tutela de los principios constitucionales vinculados a los procesos electorales en México, con la llegada de la reforma constitucional electoral en noviembre de 2007, el Poder Revisor de la Constitución pretendió acotar la facultad interpretativa del Tribunal Electoral en materia de nulidades.

Al respecto, aprobó la adición del párrafo segundo, de la fracción II, del artículo 99 constitucional, respecto de que: “*Las salas Superior y regionales del Tribunal sólo podrán declarar la nulidad de una elección por las causales que expresamente se establezcan en las leyes*”.

Sobre el particular, en las respectivas exposiciones de motivos tanto de la Cámara de Senadores, como de la de Diputados se indicó que, con dicha reforma, se perfeccionaba el sistema de nulidades “*cerrando la puerta a la creación de causales no previstas por la ley, que tanta polémica provocó en años pasados*”,<sup>46</sup> “*sin poder establecer por vía de jurisprudencia, causales distintas*”.<sup>47</sup>

De tal suerte que, frente a aquellas operaciones lógicas de abstracción del contenido de preceptos constitucionales –realizada por la doctrina judicial–, ahora, la exigencia constitucional –planteada por el poder legislativo– se limitaba a lo expresamente previsto en la ley.

Así, tomada la decisión –¿política?– por el constituyente mexicano, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se vio impedido de seguir tutelando los principios constitucionales inherentes a elecciones auténticas y libres por la vía de la “*causal abstracta*”, limitándose a partir del 14 de noviembre de 2007 a conocer solamente de las causales “*expresamente*” indicadas en la ley, y dejando de tener aplicación la tesis de jurisprudencia que se había generado.<sup>48</sup>

Con lo anterior, volvieron a surgir preguntas fundamentales –incluso para la normalidad democrática de los procesos electorales en México–, cuya respuesta había inspirado la creación de la causal abstracta: ¿sólo puede declararse la nulidad de una elección en los supuestos expresamente previstos en la normativa secundaria a pesar de que se viole gravemente un principio constitucional?, ¿no hay nulidad sin ley?, y ¿puede validarse una elección a

---

<sup>42</sup> Sala Central, Tesis de Jurisprudencia CAUSAS DE NULIDAD. IRREGULARIDADES QUE NO CONSTITUYEN. (Sala Central SC IELJ07/91) y la Tesis Relevante SECRETO DEL VOTO. NO CONSTITUYE CAUSA DE NULIDAD LA FALTA DE RESPETO AL. (SC IELI60/91), [en línea] [fecha de consulta: 24 de julio de 2009].

Disponibles en <http://148.207.17.195/siscon/gateway.dll/nJurTes?f=templates&fn=default.htm>,

sabiendas de que se están conculcando mandatos constitucionales?

### 3. La transfiguración de la causa de nulidad abstracta

Ante tales interrogantes, no tardó en llegar la respuesta por parte de la doctrina judicial, específicamente, del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán.

Con motivo de la elección de Presidente Municipal del Ayuntamiento del municipio de Yurécuaro, la autoridad jurisdiccional electoral local tomó la determinación de declarar la nulidad de la elección en virtud a la utilización de símbolos, expresiones y alusiones de carácter religioso, en clara contravención de lo dispuesto en los artículos 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se recoge el principio histórico de la separación iglesia-Estado, y el 35, fracción XIX, de la normativa electoral del Estado, en donde existe una prohibición de usar aspectos religiosos en la propaganda de los partidos políticos.<sup>49</sup>

Cabe señalar que las conductas contrarias a la Constitución consistieron, *grosso modo*, en el inicio de la campaña electoral con una misa en la que se utilizaron camisetas y colores que identificaban la campaña del partido, así mismo se publicaron boletines registrando el hecho anterior y calificándolo como un “*bocadillo espiritual*” al término del cual, el candidato se dedicó a saludar a los asistentes, en otro acto religioso hizo guardia en un féretro portando logotipo del partido que lo postuló, mientras que participó en festividades religiosas de la Capilla del “*Rosario*”, así como en las ceremonias del “*Día de Muertos*”, finalmente, al cierre de la campaña utilizó conjuntamente las imágenes de San Judas Tadeo, la Virgen de Guadalupe y urnas electorales, portando de manera permanente y en forma de collar un “*rosario*” en el pecho, sin olvidar el agradecimiento a las estructuras religiosas por el apoyo brindado en la campaña.

Baste decir que, en el caso mexicano, la separación de la iglesia y el Estado, es uno de los principios fundacionales adoptado constitucionalmente,<sup>50</sup> que refleja en buena manera el “ser” nacional y la conciencia colectiva que reafirma cotidiana y bíblicamente: “dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios”,<sup>51</sup> además de que tiene una connotación histórica muy profunda que

<sup>43</sup> CASTILLO González, Leonel y REYES Zapata, Mauro Miguel. “*Notas tendentes a la construcción del concepto de causa abstracta de nulidad de una elección.*” Trabajo inédito citado con autorización de sus autores, p. 5.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 1-2.

<sup>45</sup> *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Jurisprudencia. Compilación oficial*, segunda edición, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005, p. 200.

recorre prácticamente buena parte de la conformación social, política y cultural que va desde la colonización (a partir de 1521) hasta las Leyes de Reforma (1859-1860), pasando por el movimiento de Independencia (1810-1821), la etapa centralista (1835-1846) y la Revolución de Ayutla (1854).

En este contexto, las preguntas que, en su momento, se encontraban subyacentes a la decisión –nuevamente– eran: ¿sólo se puede declarar la nulidad de una elección en los supuestos de hecho exclusivamente contemplados en la legislación secundaria, esto es, al actualizarse una causa prevista en un concreto dispositivo legal?, ¿qué pasa si en un proceso electoral tanto en la etapa de preparación de la elección como en la jornada electoral se viola gravemente un principio constitucional?, ¿queda impune porque la ley secundaria no prevé expresamente la nulidad por violación por los principios constitucionales?, y ¿qué sucede con la plena eficacia o validez de las normas constitucionales que consagran tales principios?<sup>52</sup>

Sustancialmente, el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán sostuvo que, no obstante que el legislador secundario omite regular expresamente en la ley una concreta causa de nulidad, ante la verificación de una violación grave y generalizada a los principios rectores de la función y materia electoral, es posible aplicar las normas constitucionales y, en su caso, declarar la nulidad de una elección.

Ciertamente, el punto de toque entre la “*causal abstracta*” y el nuevo criterio, era que ya no se trataba de operaciones de abstracción, sino de una interpretación y aplicación directa de un principio constitucional, en tanto que se configuraba como un territorio común la afirmación de que no podían validarse elecciones que transgredieran la Constitución mexicana.

Lo anterior, a partir de que el Tribunal Electoral de Michoacán –ante la omisión del legislador– debía propender a la normalidad constitucional, dotando de plena eficacia los principios contenidos en la Ley Mayor que son rectores de la materia electoral, tanto en el ámbito u orden federal como en el de los Estados.

Por tanto, los procesos electorales de las entidades federativas se rigen

<sup>46</sup> Véase Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2341-I, viernes 14 de septiembre de 2007.

<sup>47</sup> Véase Gaceta del Senado, Segundo año de ejercicio, Primer periodo ordinario, miércoles 12 de septiembre de 2007, p. 41.

<sup>48</sup> Véase ELIZONDO Gasperín, Ma. Macarita, “*Metamorfosis de la Causal Abstracta de Nulidad de Elección en México*”, México, Tribunal Electoral del Estado de Puebla, 2008, Círculos de Lectura Jurídica, número 2, pp. 39-41.

por principios constitucionalmente consagrados que reclaman una plena observancia, derivada, precisamente, de la supremacía de las normas que las contienen. En este contexto, el Tribunal Electoral de Michoacán debía eliminar cualquier obstáculo que atentara, afectara, o impidiera que tales principios y sus normas adquirieran o alcanzaran vigencia o eficacia absoluta.

De esta forma, la exclusividad de las nulidades al infringir textos legales no excluía que cualquier violación a los principios rectores de la función y la materia electoral diera como resultado la nulidad de la ley o el acto (elección) que lo provocaba.

Por último, se concluyó que existían por un lado nulidades legales, pero también nulidades derivadas de la afectación a los principios contenidos en la Carta Magna y en las normas constitucionales locales.

Bajo estas premisas, el 8 de diciembre de 2007, el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, por unanimidad de votos, resolvió decretar la nulidad de la elección del municipio de Yurécuaro, Michoacán.

Por su parte, al llevarse la resolución a una revisión ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, máxima autoridad jurisdiccional electoral del país, también por unanimidad de votos de los magistrados se resolvió el juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-604/2007, confirmándose el criterio de la nulidad de elección por violación a principios constitucionales.

Con motivo de dicha resolución confirmatoria, se escucharon razones importantes de parte de los magistrados de la Sala Superior, que bien reflejan, por un lado su posición jurídica frente a un caso particular, pero que, por otra parte y desde la óptica de las transiciones jurídicas –de la que ya he hablado–, pueden constituir referencias sobre el papel de una institución capaz de tomar decisiones y transformarlas en normas jurídicas.

Esos argumentos consistieron en los posicionamientos expuestos en la sesión de resolución,<sup>53</sup> y en donde la Magistrada Presidenta María del Carmen Alanís Figueroa destacó que, cuando un acto es contrario a la Ley Suprema “*evidentemente no puede ser reconocido como válido*”.

Asimismo, el Magistrado Manuel González Oropeza señaló que, con la resolución se garantizaba el principio de “supremacía constitucional” y que, en todo caso la reforma de 2007 no había derogado la aplicación de la Cons-

<sup>49</sup>Véanse las sentencias dictadas en los juicios de inconformidad TEEM-JIN-049/2007 y su acumulado TEEM-JIN-050/2007, del 8 de diciembre de 2007, consultables en el portal [www.teemich.org.mx](http://www.teemich.org.mx).

titución para las elecciones.

Por último, el Magistrado Flavio Galván Rivera manifestó que, la obligación de un Tribunal era garantizar la constitucionalidad y que, “*lo expreso puede deducirse del orden constitucional o del orden legal*”.

Así, la trascendencia del criterio construido por la vía interpretativa es de tal importancia, que vino a ocupar el papel tutelador de los principios constitucionales vinculados con los procesos electorales en México.

## V. EL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA INTERNA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Otro de los temas trascendentes en el sistema político mexicano, es el de los partidos políticos y su vínculo directo e imprescindible con el principio de democracia interna.

Hablar de los diferentes aspectos que giran en torno a estas formas de organización política, rebasaría por mucho los límites de la ponencia, por lo que un referente importante, y por el momento suficiente, es el hecho de que se ubican en el centro de la vida política, social y económica de las sociedades democráticas; en palabras de Hans Kelsen: “*la democracia moderna descansa ... sobre los partidos políticos, cuya significación crece con el fortalecimiento progresivo del principio democrático*”.<sup>54</sup>

La democracia interna de los partidos va de la mano con la corriente garantista, a partir del reconocimiento -garantías primarias- y la tutela judicial -garantías secundarias- de los derechos fundamentales de las militancias partidistas, y si bien constituye un tema central para la salud de las democracias actuales, en la realidad ha mostrado un escaso desarrollo legislativo, judicial y académico.<sup>55</sup>

Para Luigi Ferrajoli, la protección de todos los derechos fundamentales es una de las notas distintivas del garantismo jurídico en oposición al quebrantamiento de ciertas características tanto del Estado de derecho, como de la propia “*democracia constitucional*”.<sup>56</sup>

Frente a este escenario, y por el carácter fundamental de los partidos políticos en el régimen democrático mexicano, no fueron pocas las voces

<sup>50</sup> Véase GONZÁLEZ Avelar, Miguel. “Relación Estado-Iglesia en México.” México, <http://www.biblio-juridica.org/libros/21693/16.pdf>, consultada el 24 de julio de 2009, pp. 312-314.

<sup>51</sup> Evangelio según San Mateo, capítulo 22, versículo 21. .

<sup>52</sup> DEL RÍO Salcedo, Jaime. “La transfiguración de la causa de nulidad abstracta. Un acercamiento a la nulidad de elección por violación a los principios rectores de la función y la materia electoral en sede constitucional y legal.” México, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2008.

que se manifestaron pidiendo “*democracia dentro y fuera de los partidos; democracia con y en los partidos*”.<sup>57</sup>

Cabe señalar que, el imperativo democrático en la vida interna de los partidos, ha sido recogido a partir de cláusulas explícitas e implícitas contenidas en los textos constitucionales y en la normativa secundaria de cada Estado, como lo pone de relieve en su interesante análisis José de Jesús Orozco Henríquez,<sup>58</sup> en el que se tiene que: Argentina (Artículo 38. “*garantiza su organización y funcionamiento democráticos*”), Bolivia (Artículo 210. “*I. La organización y funcionamiento de... los partidos políticos deberán ser democráticos*”), Chile (Artículo 15° “*normas que aseguren una efectiva democracia interna*”), Colombia (Artículo 107. “*Los partidos y movimientos políticos se organizarán democráticamente*”), Costa Rica (Artículo 98. “*Su estructura interna y funcionamiento deberá ser democráticos*”), Ecuador (Artículo 108. “*Su organización, estructura y funcionamiento será democráticos*”), El Salvador (Artículo 85. “*Las normas, organización y funcionamiento se sujetarán a los principios de la democracia representativa*”), España (Artículo 6. “*Sus estructura y funcionamiento deberán ser democráticos*”), Honduras (Artículo 48. “*Se prohíbe a los partidos políticos atentarse contra el sistema... democrático...*”), Panamá (Artículo 138. “*La estructura interna y el funcionamiento de los partidos políticos estarán fundados en principios democráticos*”), Paraguay (Artículo 125. “*por métodos democráticos... a fin de asegurar el carácter democrático de los mismos*”), Perú (Artículo 35. “*asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos*”), Portugal (Artículo 10. “*los partidos concurren... dentro del respeto a los principios... de la democracia política*”), Uruguay (Artículo 77. “*ejercer efectivamente la democracia interna en la elección de sus autoridades*”), y Venezuela (Artículo 67. “*Todos los ciudadanos y ciudadanas... derecho de asociarse... mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección*”).

Por su parte, países como Brasil, Guatemala, Guinea Ecuatorial, México, Nicaragua y, República Dominicana, tienen referencias implícitas tanto en sede constitucional como en la ley secundaria, además de que se prevén prescripciones de diversa naturaleza que, en todo caso, confirman la vocación democrática de sus partidos políticos. En suma, con un contenido material inexcusable de democraticidad.

La trascendencia de lo anterior, se puede entender en palabras de Fernando Flores Giménez, cuando afirma: “*la democraticidad de los partidos deja de ser una hipótesis deseable para constituir un precepto de la Constitución,*

la cual, por serlo de un Estado democrático de Derecho, es necesariamente normativa”.<sup>59</sup>

Asumiendo que se puede llegar a un espacio común en el que comulguemos con la exigencia democrática en la vida interna de los partidos, baste mencionar que en México la doctrina judicial y académica<sup>60</sup> han definido que los elementos mínimos para que un partido político nacional pueda ser calificado de democrático son:

*A. Participación:* Carácter electivo de los cargos directivos, periodicidad en su renovación y colegiación de los mismos; sufragio activo y pasivo; facilidad para construir corrientes internas; regla de la mayoría para la toma de decisiones; la asamblea general como principal centro decisorio del partido; instrumentos de democracia directa; pluralismo interno, y contribución de los afiliados para el sostenimiento del partido.

*B. Igualdad.*

*C. Mecanismos de control:* Revocación de cargos; incompatibilidad de los cargos del partido con funciones públicas, reducción de los periodos de mandato, y la no reelección.

*D. Reconocimiento de los derechos fundamentales:* Libertad de expresión, crítica y opinión; libertad de creación de corrientes internas; acceso a cargos; acceso a la información; respeto a los principios procesales en procedimientos disciplinarios partidistas, libre acceso y salida del partido.

*E. Tutela de los derechos fundamentales:* Reconocimiento de los derechos en los estatutos; defensor del afiliado, y procedimientos disciplinarios.

*F. Cultura cívica democrática.*

No se omite señalar que, la confección de estos elementos se ha dado en buena medida a partir de diversas resoluciones emitidas por las autoridades jurisdiccionales electorales, esto es, la definición se ha dado tomando como punto de partida el contraste constitucional con las realidades que respira el régimen político mexicano.

## **1. Evolución del criterio**

Asumiendo que, *mutatis mutandis*, los partidos políticos deben compartir una identidad de principios democráticos con el Estado constitucional, reconociendo la necesidad de un control constitucional y legal sobre sus actos, así

<sup>53</sup> Véase video de la sesión de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [fecha de consulta 24 de julio de 2009] Disponible en [http://www.trife.gob.mx/Informacion\\_juridiccional/sesion\\_publica/video\\_demanda/TransmisionDemanda.asp?video=2007/se\\_231220071000.rm](http://www.trife.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/video_demanda/TransmisionDemanda.asp?video=2007/se_231220071000.rm)

como para la resolución de sus controversias, se trazó la necesidad de una jurisdicción estatal, y que en términos normativos se depositó en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Sin embargo, fue necesario un proceso de constante interpretación y argumentación jurídica que pasó de aquel criterio en 1997, en el que se negaba jurisdicción para conocer situaciones relacionadas con la vida interna de los partidos, hasta llegar a golpe de buenas razones jurídicas, al criterio en 2003 en el que se aceptó el conocimiento de actos intrapartidistas.

Para estar en condiciones de ofrecer un atisbo general de la evolución jurisprudencial, habré de seguir los pasos de Leonel Castillo González, quien en su obra *Los derechos de la militancia partidista y la jurisdicción*, da cuenta puntual de las razones que se fueron sustentando en el andar.

**A. El impedimento de conocer sobre cuestiones de vida interna de los partidos.** - En esta primera fase, no se admitió la posibilidad de conocer de aspectos vinculados con la vida de los partidos, porque se concibió que el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano sólo permitía impugnar actos de autoridad.

A partir del juicio SUP-JDC-012/97, prevaleció la tesis de jurisprudencia “*JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES DEL CIUDADANO. ES IMPROCEDENTE CONTRA ACTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. (S3ELJ 15/2001).*”

La argumentación que sostuvo el criterio tomó como punto de partida que en los artículos constitucionales 41 y 99 no existía disposición expresa o implícita que permitiera que, por medio del juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano, se pudiera impugnar actos de los partidos en cuanto transgresores de la ley.

Asimismo, se consideró que del sistema de medios de impugnación se desprendía que el sujeto pasivo de los medios impugnativos eran las autori-

<sup>54</sup> Citado por MORODO, Raúl y MURILLO de la Cueva, Pablo Lucas. “*El ordenamiento constitucional de los partidos políticos.*” México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 5.

<sup>55</sup> OROZCO Henríquez, José de Jesús. “*La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional.*” México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, colección Cuadernos de Divulgación sobre aspectos doctrinarios de la Justicia Electoral, número 7, 2004, pp. 8 y 13.

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi. “*El garantismo y la filosofía del derecho.*” Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 72.

<sup>57</sup> VALADÉS, Diego. “*Problemas constitucionales del Estado de derecho.*” México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 112.

<sup>58</sup> OROZCO Henríquez, José de Jesús. *Op. cit.*, nota 54, pp. 16-17.



dades electorales en la figura de la autoridad responsable, como se evidencia en diversas disposiciones, por lo que, si bien –antes de la reforma de 2008–, en el entonces artículo 12, apartado 1, inciso b), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral se refería a los partidos políticos como parte en los medios de impugnación, su referencia se debía a un error legislativo.<sup>61</sup>

**B. Control indirecto a través de actos de autoridad.** -Posteriormente se buscó una tutela parcial e indirecta, y así, a partir de la sentencia SUP-JDC-037/2000 emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se sostuvo que era permisible la tutela jurisdiccional solamente que mediara acto de autoridad. La base argumentativa fue:

El artículo 3º de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral establecía como objeto del sistema garantizar que todos los actos y resoluciones electorales se ajustaran a la constitucionalidad y legalidad, por lo que, independiente del agente que originara la irregularidad, una vez acreditada ésta, se debía aplicar la consecuencia jurídica que en su caso era la declaración de invalidez y restitución de derechos.

Lo anterior se estimó así, puesto que, un vicio de la voluntad es el error, ya sea de la autoridad o propiciada por otro agente, por lo que una vez invocado como causa de pedir en un medio de impugnación, y acreditado éste, se debía proceder a la invalidez del acto.

También se consideró que el registro de candidatos por parte de la autoridad electoral era uno de esos actos concretos que estaban sujetos a la legalidad y constitucionalidad, por lo que, precisamente en estos casos, las autoridades administrativas electorales actuaban de buena fe, y si se acreditaba que los procedimientos para la postulación de candidatos no había sido democrático, entonces se actualizaba el error provocado por el partido y, en consecuencia, la voluntad de la autoridad se encontraba viciada por error, trayendo como consecuencia del vicio provocado, la invalidez del acto de autoridad.

Como indica Leonel Castillo González, esa concepción “*condujo al análisis de los estatutos y de los actos del proceso electivo interno*”, generándose, además, la tesis de jurisprudencia “*REGISTRO DE CANDIDATURAS. ES IMPUGNABLE SOBRE LA BASE DE QUE LOS CANDIDATOS NO FUERON*

<sup>59</sup> FLORES Giménez, Fernando. “*La democracia interna de los partidos políticos.*” Madrid, Congreso de los Diputados, 1998, p. 24.

<sup>60</sup> CASTILLO González, Leonel. “*Los derechos de la militancia partidista y la jurisdicción.*” México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004, pp. 39-103.

*ELECTOS CONFORME A LOS ESTATUTOS DEL PARTIDO POSTULANTE. (S3ELJ 23/2001) ”.*

**C. Tutela por vía administrativa.** - El propio Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la sentencia SUP-JDC-021/2000, en un notable esfuerzo por mejorar y adaptar el derecho a las nuevas exigencias, mencionó que al Instituto Federal Electoral le correspondía la tutela administrativa a través del procedimiento administrativo sancionador pudiendo, en su caso, restituir a los militantes en el goce de sus derechos violados, lo cual se fincó sobre la siguiente línea argumentativa:

Los partidos políticos eran y son entidades de interés público conforme al artículo 41 de la Constitución General de la República, en tanto que el Instituto Federal Electoral es autoridad en la materia conforme al citado precepto constitucional, y las disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales son de interés público.

Con base en lo anterior, le correspondía a la autoridad administrativa electoral la aplicación y ejecución de todas las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo, mientras que una de las principales obligaciones de los partidos contenidas en la normativa electoral era y es conducir sus actividades conforme a los principios del Estado democrático.

La relevancia de esta perspectiva supone el reconocimiento de que otro de los fines del Instituto Federal Electoral era el de asegurar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos político-electorales de manera integral y directa en todas sus modalidades, incluida las que se presentan al interior de los partidos políticos, por lo que la autoridad administrativa podía incoar procedimientos administrativos sancionatorios cuando se violentase la normativa electoral, y como consecuencia de ello, cuando un partido transgrediera el derecho político-electoral de un militante, era responsabilidad del Instituto establecer el procedimiento sancionatorio para garantizar la legalidad del actuar del partido, y además prever la restitución al militante del derecho violado.

Dicha argumentación se recogió en la tesis *“DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. SU VIOLACION POR PARTE DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS NO SÓLO FACULTA AL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL A IMPONER LA SANCIÓN CORRESPONDIENTE, SINO QUE LO CONSTRIÑE TAMBIÉN A RESTITUIR AL AFECTADO EN EL GOCE DEL*

*DERECHO VIOLADO. (S3EL 007/2001)*”.

**D. Tutela mediante la revisión estatutaria.** Esta posición asumida por la máxima autoridad electoral de México, surge a partir de la revisión a los requisitos democráticos que debían contener los estatutos de los partidos políticos. Los argumentos que sirvieron de base fueron:

La normativa electoral preveía que en los estatutos partidistas se debían establecer procedimientos democráticos para la integración y renovación de órganos directivos; sin embargo, la propia ley no precisaba qué se debía entender por procedimientos democráticos, por lo que, al acudir a la doctrina se llegó a concluir que debía entenderse por procedimientos democráticos: a. Establecimiento de una asamblea como principal centro decisor (fijación quórum, periodicidad con que se reunirá, requisitos formales para la convocatoria, posibilidad sesión extraordinaria); b. derechos a votar y ser votado; c. mecanismos de control (periodos determinados para ejercicio de cargos, causas de incompatibilidad de cargos con funciones y revocación de nombramiento); d. sanciones a través de procedimientos disciplinarios (regular procedimiento, garantizar audiencia y defensa, describir las conductas sancionables, fundamentación y motivación en las resoluciones, determinar competencia órganos que aplican sanciones).

Especial interés reviste la idea de que para optimizar la tutela sobre los actos de los partidos, existían tres momentos para revisar la conformidad de los estatutos a los procedimientos democráticos: 1. Cuando la inconstitucionalidad o ilegalidad se plasme en el documento originario presentado ante el Instituto Federal Electoral, 2. Cuando los vicios aparecieran con posterioridad con motivo de alguna modificación o reforma estatutaria, y 3. Al momento de su aplicación.

Lo anterior derivó en la tesis “*ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ELEMENTOS MÍNIMOS QUE DEBEN CONTENER PARA CONSIDERARSE DEMOCRÁTICOS. (S3ELJ 03/2005)*”.

**E. Los actos intrapartidistas son directamente impugnables.-**  
Finalmente, se dio el golpe de timón y se dijo que el contencioso electoral sí

<sup>61</sup> La redacción –antes de la reforma de 2008- del anterior inciso b), del párrafo 1, del artículo 12 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, establecía: “*Son partes en el procedimiento de los medios de impugnación las siguientes: b) La autoridad responsable o el partido político en el caso previsto por el inciso e) del párrafo 1 del artículo 81 de esta ley, que haya realizado el acto o emitido la resolución que se impugna; y*”, en tanto que el artículo 81, párrafo 1, antes y ahora, no tenía, ni tiene incisos, sino que el párrafo es único.

podía conocer de tales actos, en tanto se desprendía de los artículos 17, 41 y 99 constitucionales, además de que la asociación de un ciudadano a un partido implicaba potenciar sus derechos fundamentales, la legislación no limitaba la procedencia de un medio de impugnación solamente a actos de autoridad, y que los partidos por su naturaleza contraían la obligación de respetar los derechos fundamentales.

Los razonamientos empleados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para el nuevo criterio fueron:

El derecho a la jurisdicción contenido en el artículo 17 constitucional no hace distinción respecto de conflictos entre órganos o ciudadanos vinculados a un partido, además de que diversas disposiciones internacionales señalan que el Estado debe garantizar la tutela de derechos humanos, entre ellos los político-electorales.

Por su parte, el artículo 41 de la Constitución General de la República establece que uno de los objetivos del sistema impugnativo electoral es garantizar los derechos políticos-electorales, sin limitar o excepcionar cuando intervengan los partidos, mientras que el artículo 99 constitucional no establece que el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano sólo tenga como fuente los actos de autoridad.

Lo anterior, sin soslayar que la asociación de los ciudadanos a los partidos tiene como objeto potenciar y optimizar sus derechos fundamentales.

Resulta de la máxima importancia distinguir que el entonces artículo 79 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral no señalaba que la procedencia del Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano sólo fuera por actos de autoridad, mientras que, el artículo 80 del referido ordenamiento únicamente indicaba una relación enunciativa y no taxativa, y el artículo 12 del mismo cuerpo normativo refería como sujeto impugnante a los partidos, ello ante el estudio de aspectos que en su momento no se habían tenido al alcance, y la inexistencia de elementos que acreditaran el descuido.

Así, nos aproximamos al punto que interesa destacar, consistente en que de la relación jurídica originada por los derechos político-electorales del ciudadano vinculado a un partido político, éste contrae el deber de respetarlos, por lo que debían estar tutelados para no provocar una laguna e impunidad frente a su eventual violación, y en ese sentido, sostener la improcedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano

contra actos partidistas reduciría la garantía de protección, y se distinguiría donde el legislador no lo hizo.

Por ello, se concluyó que si no se permitiera combatir o atacar las resoluciones de las instancias internas de los partidos, éstas se convertirían en definitivas e inatacables, lo cual sólo corresponde a las resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

A raíz de la nueva posición del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se interrumpe la tesis de jurisprudencia sustentada en la primera etapa, para dar lugar a la de rubro: “*JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES DEL CIUDADANO. PROCEDE CONTRA ACTOS DEFINITIVOS E IRREPARABLES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. (S3ELJ 03/2003)*”.

Teniendo presentes dichas consideraciones, podemos afirmar que desde la doctrina judicial, en ejercicio de un control constitucional y legal, se buscó y se sigue buscando –con buenas razones jurídicas– acotar la arbitrariedad y discrecionalidad que prevalece al interior de los partidos políticos, que de manera directa transgreden los derechos fundamentales de la militancia, pero indirectamente lesionan los principios contenidos en la Constitución mexicana, particularmente el de democracia interna de los partidos políticos.

## **2. Reforma electoral 2007-2008**

Al igual que en otros temas, la reforma constitucional de 2007, y la legal que le siguió en 2008, constituyen un referente destacado para la vida democrática mexicana.

Al mismo tiempo, debe reconocerse, en una doble vertiente, la influencia de la doctrina judicial en el proceso de elaboración y aprobación de la reforma, toda vez que como ya se ilustró en el caso de la nulidad de elección, a la distancia estuvieron presentes las tesis jurisprudenciales, y en el tema de la vida interna de los partidos políticos no fue la excepción, ya que por un lado, en las reformas se recogieron criterios de la autoridad jurisdiccional, pero por otro, se pretendió acotar el activismo judicial.

Lo anterior implicó, por una parte, que en las reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales se incorporaran sendos capítulos quinto y sexto relacionados con las obligaciones de los partidos políticos en materia de transparencia, así como en relación con sus asuntos internos. De igual manera, se adicionaron prescripciones sobre procesos internos de

selección de candidatos, respecto de que los estatutos deberán precisar que la asamblea nacional o su equivalente debe reconocerse “*como máxima autoridad del partido*”, en cuanto a los órganos permanentes para sustanciar y resolver conflictos, la prohibición de que sean más de dos instancias, así como sobre equidad de género en órganos de dirección y candidaturas.

De la misma forma, sin mencionarse en el dictamen de la Cámara de Diputados, en la nueva redacción del artículo 9 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se sustituyó el término “*autoridad responsable*” del acto o resolución combatido, por el de “*responsable*”, lo que refleja con mayor claridad dicha categoría a favor de los propios partidos políticos, sin entrar a discutir su calidad de “*autoridad*”, y en los artículos 17, 18, 19 y 20 del citado ordenamiento, se incorporó la referencia de “*órgano partidista*” responsable, por lo que es evidente la voluntad legislativa de que los actos partidistas se sometan a la jurisdicción estatal.

Por último, en el artículo 10 de la normativa invocada, se admitió el principio de definitividad como condición para acudir a la jurisdicción electoral, esto es, lisa y llanamente agotar las instancias previas establecidas “*por las normas internas de los partidos políticos*”, salvo el *per saltum*, igualmente adoptado.

En una vertiente distinta, el propio poder revisor de la Constitución, y el legislador ordinario en su momento, intentaron acotar las facultades del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ya que con motivo de la reforma constitucional en el artículo 41, base I, último párrafo se precisó: “*Las autoridades electorales solamente podrán intervenir en los asuntos internos de los partidos políticos en los términos que señalen esta Constitución y la ley*”.

Las razones que llevaron a dicha adición fueron: “*la extrema judicialización de los asuntos internos de los partidos políticos es un fenómeno negativo para la democracia mexicana;... la continuada práctica de la autoridad jurisdiccional federal de realizar la interpretación de las normas constitucionales y legales en materia de vida interna de partidos, situación que ha derivado en la indebida práctica de sustituir la ley dictada por el Poder Legislativo a través de sentencias...*”<sup>62</sup>

Por su parte, en el ámbito legal, la reforma a la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral también reflejó aspectos vinculados con el tema de la vida interna, particularmente, se incorporó en el artículo 2 un nuevo criterio de interpretación, hasta cierto punto restrictivo, en cuanto que: “*La conservación de la libertad de decisión política y el dere-*

*cho a la auto organización de los partidos políticos, deberá ser considerada por las autoridades electorales competentes, al momento de resolver las impugnaciones relativas a los asuntos internos de los partidos políticos”.*

Hemos visto, nuevamente, el impulso de la doctrina judicial y su influencia en la conformación del entramado jurídico-institucional que da soporte al régimen democrático mexicano.

### **3. Reflexión final de *lege ferenda***

La democratización interna de los partidos políticos es un requisito ineludible para un adecuado y correcto funcionamiento del sistema político mexicano, y no sólo porque se deduzca de la ley o lo digan los precedentes judiciales, sino porque, en caso contrario, se corre el riesgo de que el ciudadano se desencante definitivamente del sistema de partidos, y no tengamos, de momento, modelos alternativos, al menos, en sentido democrático.

Si algo muestra la política comparada es la desconfianza que los partidos suscitan. La doctrina más acreditada se hace eco de ello y las encuestas más solventes lo avalan al constatar el progresivo desapego de la ciudadanía ante unos partidos políticos que, paradójicamente, cada vez aumentan su protagonismo exclusivo y excluyente.<sup>63</sup>

Un ejemplo de lo anterior son los resultados del pasado 5 de julio, con motivo de las elecciones federales para la integración de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, la cual se vio precedida por un intenso debate en todos los niveles -partidista, académico, intelectual, ciudadano, institucional- sobre el llamado “*voto blanco*” y los votos nulos, sin descartar el constante y siempre presente abstencionismo, cuyo contexto general, reflejaba en buena medida el cansancio ciudadano sobre temas coyunturales de la vida nacional: economía, seguridad pública, educación y, de manera interesante, sobre la política y sus instituciones en general.<sup>64</sup>

Sin necesidad de profundizar en estos conceptos, sus causas y efectos, basta mencionar que de un total de 77,481,874 ciudadanos mexicanos,<sup>65</sup> solamente acudieron a las 139,181 urnas instaladas, un total de 34,708,444 ciudadanos,<sup>66</sup> esto es, se tuvo un porcentaje de participación del 44.79%; sin embargo, como consecuencia del debate en cuestión, hubo 1,876,629 votos nulos y/o en blanco que representaron un 5.41%, por lo que sumados al 55.21% de abstencionismo, da un total 60.62% de resistencia al sistema de partidos en México.

Por esa y otras razones, soy firme partidario de la intervención legislativa

en la materia, y del establecimiento de un auténtico estatuto democrático para los partidos políticos mexicanos.<sup>67</sup>

Ciertamente, estoy consciente que una posición de este tipo debe atender diversos aspectos de variada naturaleza, asumiendo que las instituciones políticas y las jurídicas, no *“son plantas sin tierra, sino que crecen sobre un sustrato social, económico, ético y cultural que... no [se] crea ex novo, aunque pueda influir sobre él.”*<sup>68</sup>

Por último, considero oportuno aclarar que las transformaciones de la exigencia de organización y funcionamiento democráticos de los partidos políticos, dada su especial posición constitucional, a través de la doctrina judicial emanada, principalmente, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no han supuesto una des-virtuación del derecho de autoorganización, y mucho menos, una indebida injerencia, sino el fortalecimiento y maduración de un conjunto de derechos y facultades de los militantes y/o afiliados respecto o frente a los propios partidos políticos, tendentes a asegurar su participación real y efectiva en la toma de las decisiones y en el control del funcionamiento interno de los mismos, máxime cuando los partidos adquieren una relevancia aún mayor dada su especial posición constitucional, al ser el único vehículo o medio por el cual puede darse la representación política, y no permitirse candidaturas independientes.

Con las anteriores reflexiones, pretendo hacer patente que la existencia de una jurisdicción electoral especializada, que entre otras funciones, ejerce un control constitucional en casos concretos a través de la interpretación y aplicación de los principios contenidos en la Ley Suprema, con posiciones garantistas, en donde se suman convicciones personales e institucionales, ha sido el principal catalizador del proceso de transformación del régimen político mexicano, de la mano del Derecho Electoral, el cual, en no pocos casos, ha tenido también un carácter fundacional de un orden democrático que se consolida en su cotidianidad, y prueba de ello, han sido los casos en donde la tutela de los principios constitucionales trasciende en la vida social, política y cultural de un país.



## VI. Fuentes de consulta

### Bibliográficas:

□ALEXY, Robert. “*El concepto y la validez del derecho.*” Segunda edición, Barcelona, Gedisa, 1997.

□ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. “*La reforma política de 1996 en México.*” México, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1997, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, número 25.

□ANSOLABEHERE, Karina, “Suprema Corte: Arbitro sin contrapesos”, *Revista Nexos*, México, número 329, mayo de 2005.

□ARREOLA AYALA, Álvaro, *La Justicia Electoral en México. Breve recuento histórico*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, colección Temas Selectos de Derecho Electoral.

□ATIENZA, Manuel, “El derecho como argumentación”, en Ferrajoli, Luigi y Atienza Manuel, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

□ATIENZA, Manuel. “*El sentido del derecho.*” España, Ariel Derecho, 2001.

□ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “*Ilícitos atípicos.*” Segunda edición, Madrid, Trotta, 2006.

□BIDART CAMPOS, Germán J. “*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa.*” México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

□CANOSA USERA, Raúll. “*Interpretación constitucional y fórmula política.*” Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

□CARRILLO, Marc. “*La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios.*” Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

□CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel. “*Los derechos de la militancia partidista y la jurisdicción.*” México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004.

□CASTILLO GONZÁLEZ, Lonel y REYES ZAPATA, Mauro Miguel. “*Notas tendentes a la construcción del concepto de causa abstracta de nulidad de una elección.*” Trabajo inédito citado con autorización de sus autores.

□COSSÍO DÍAZ, José Ramón. “*Dogmática constitucional y régimen autoritario.*” Segunda edición, México, Fontamara, 2000.

□COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús (editor). “*Enciclopedia jurídico electoral de México.*” México, Líder Nacional Agrupación Política Nacional, 2003, tomo I.

□DEL RÍO SALCEDO, Jaime. “*La transfiguración de la causa de nulidad abstracta. Un acercamiento a la nulidad de elección por violación a los princi-*

*pios rectores de la función y la materia electoral en sede constitucional y legal.*" México, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2008.

□ DE LA PEZA, José Luis. "Notas sobre la Justicia Electoral en México". En OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús (Comp.) *Justicia Electoral en el Umbral del Siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1999.

□ DE OTTO PARDO, Ignacio. "Defensa de la Constitución y Partidos Políticos." Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

□ ELIZONDO GASPERÍN, Ma. Macarita. "Metamorfosis de la Causal Abstracta de Nulidad de Elección en México." México, Tribunal Electoral del Estado de Puebla, 2008, Círculos de Lectura Jurídica, número 2.

□ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la Independencia hasta 1979." En: *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid (España): Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, Vol. II.

□ FERRAJOLI, Luigi. "El garantismo y la filosofía del derecho." Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001.

□ FIX-FIERRO, Héctor y LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. "Cambio jurídico y autonomía del derecho: un modelo de la transición jurídica en México." En: SERNA DE LA GARZA, José María y Caballero Juárez, José Antonio (Comps.) *Estado de Derecho y Transición Jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

□ FLORES GIMÉNEZ, Fernando. "La democracia interna de los partidos políticos." Madrid, Congreso de los Diputados, 1998.

□ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". tercera edición, Madrid, Civitas, 1994.

□ GONZÁLEZ AVELAR, Miguel. "Relación Estado-Iglesia en México." México, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/693/16.pdf>, consultada el 24 de julio de 2009.

□ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y BÁEZ SILVA, Carlos. "La muerte de una causal abstracta y de la sobrevivencia de los principios constitucionales rectores de la función electoral." México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la

<sup>62</sup> Gaceta del Senado, No. 112, 2° año de ejercicio, primer periodo ordinario, miércoles 12 de septiembre de 2007.

<sup>63</sup> Pareciera que la visión e intereses de los partidos políticos ante la sociedad civil los aparta de las preocupaciones de los ciudadanos. Los discursos de los candidatos y políticos, poco o nada dicen a las mujeres y a los hombres de la calle dedicados a actividades múltiples y complejas, llenas de problemas cotidianos a los que los partidos son ajenos. Sin duda, existe la percepción ciudadana

Federación, 2007.

□ MARTÍNEZ PORCAYO, Fernando Ojesto. “Evolución de la Justicia Electoral en México.” México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2001, sin publicar.

□ MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier. “José María Iglesias y la Justicia Electoral.” México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1994.

□ MORODO, Raúl y MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. “El ordenamiento constitucional de los partidos políticos.” México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

□ OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, “Jurisprudencia electoral y garantismo jurídico.” En: *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación Oficial*, segunda edición, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005.

□ OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. “La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional.” México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004, colección Cuadernos de Divulgación sobre aspectos doctrinarios de la Justicia Electoral, número 7.

□ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. “Doce tesis sobre la política.” México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

□ RUBIO LLORENTE, Francisco. “Constitución.” En: ARAGÓN REYES, Manuel (coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, tomo I.

□ RUIZ MASSIEU, José Francisco. “Cuestiones de Derecho Político. (México y España.)” México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

□ VALADÉS, Diego. “Problemas constitucionales del Estado de derecho.” México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

— □ ZAGREBELSKY, Gustavo. “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.” Sexta de una lejanía y desconfianza, derivada esta última del hecho de que los propios institutos políticos deciden, nada menos, que sobre las leyes, entre otras, las reguladoras de los partidos y los recursos públicos que se les asignan.

<sup>64</sup> Véase “¿Votar o anular? Mesa IFE”, *Revista Voz y Voto*, México, (197):9-19, julio de 2009.

<sup>65</sup> Dato obtenido del Acuerdo del Consejo general del Instituto Federal Electoral por el que se declara que el padrón electoral y la lista nominal de electores definitiva con fotografía que será utilizada el día de la jornada electoral federal del 5 de julio de 2009, son válidos y definitivos (CG203/2009), consultable en [www.ife.org.mx](http://www.ife.org.mx)

<sup>66</sup> Dato obtenido del resultado de los cómputos de circunscripción plurinominal de la elección de diputados por el principio de representación proporcional nacional, consultable en [www.ife.org.mx](http://www.ife.org.mx)

<sup>67</sup> No es este el lugar para debatir las virtudes de una regulación legal de una efectiva democracia interna en los partidos políticos, incluso de un mandato que derive del texto constitucional; sin embargo, no puede pasarse por alto la necesidad de que el Estado democrático llegue a toda clase de entidades u organismos intermedios con poder efectivo sobre los ciudadanos, garantizándose la vigencia de los derechos fundamentales de los militantes y afiliados a los partidos políticos y el control judicial sobre las decisiones partidarias vulneradoras de esos derechos.

edición, Madrid, Trotta, 2005.

❑ EBELSKY, Gustavo. “*Historia y constitución.*” Madrid, Trotta, 2005.

❑ ZALDIVAR, Arturo. “*El juicio de amparo y la defensa de la Constitución.*”

En: COSSÍO, José Ramón y Pérez de Acha Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución*, segunda edición, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2000.

### **Legislativas:**

❑ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

❑ Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

❑ Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

### **Hemerográficas:**

❑ Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2341-I, viernes 14 de septiembre de 2007.

❑ Gaceta del Senado, segundo año de ejercicio, primer periodo ordinario, miércoles 12 de septiembre de 2007.

❑ Gaceta del Senado, número 112, segundo año de ejercicio, primer periodo ordinario, miércoles 12 de septiembre de 2007.

❑ *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Jurisprudencia. Compilación oficial*, segunda edición, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005.

❑ *Revista Voz y Voto*, México, número 197, julio de 2009.

### **Portales electrónicos:**

❑ [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

❑ [www.ife.org.mx](http://www.ife.org.mx)

❑ [www.teemich.org.mx](http://www.teemich.org.mx)

❑ [www.trife.gob.mx](http://www.trife.gob.mx)

---

<sup>68</sup> PEREIRA Menaut, Antonio-Carlos. “Doce tesis sobre la política.” México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 53-54.

***DEL «DERECHO PENAL LIBERAL»  
AL «DERECHO PENAL DEL ENEMIGO»\****

Eduardo Demetrio Crespo\*\*

## I. ¿Evolución o involución?

La construcción de la Ciencia Penal tal y como hoy la entendemos se inicia con el pensamiento de la Ilustración,<sup>1</sup> significativamente con la famosa obra de BECCARIA (1738-1794) *De los Delitos y de las penas* (1764), en la que el autor plantea una serie de retos relativos a la “humanización” del Derecho Penal,<sup>2</sup> que todavía hoy no han perdido en absoluto su vigencia. Por otro lado, desde VON LISZT (1851-1919), el Derecho Penal es considerado la “Carta Magna del delincuente” y, en todo caso, “la barrera infranqueable de la política criminal”, como el autor se esfuerza en poner de relieve en su famoso *Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*.

Desde el punto de vista político-criminal, parece que en la Ciencia Penal ha habido cierto consenso en las últimas décadas en torno a la idea de que el Derecho Penal es la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, que tiene para éste último unas consecuencias altamente estigmatizadoras, y que por ello es preciso restringir y justificar al máximo su intervención. Esta idea,<sup>3</sup> junto a la crisis del pensamiento resocializador, hace que se planteen en un determinado momento, diversas propuestas que van desde las puramente abolicionistas hasta las reduccionistas del sistema penal.<sup>4</sup> Estas últimas vienen representadas inicialmente por la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad, y más recientemente se centran en dos aspectos: *la vía despenalizadora*, en abierta oposición a la tendencia expansionista del Derecho Penal contemporáneo, y las propuestas consistentes en devolver protagonismo a *la víctima en el conflicto penal*.

Sin embargo, el debate sobre la legitimidad del Derecho Penal,<sup>5</sup> centrado hace no demasiado tiempo en este vector (*propuestas abolicionistas-propuestas reduccionistas*), puede caracterizarse hoy más claramente con el binomio *reduccionismo versus expansión*, es decir, con el debate propio del contexto y exigencias de lo que se ha dado en llamar “modernización del Derecho Penal”. Esta modernización, para la que algún autor aboga con gran determinación,<sup>6</sup> frente al por él tildado como “discurso de la resistencia”, que no duda en calificar como “ultraliberal y reaccionario”,<sup>7</sup> comprende, sin embargo, construcciones como el llamado “**Derecho penal del enemigo**”<sup>8</sup> -que pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras “fuentes de peligro”, a los que hay que neutralizar a cualquier precio<sup>9</sup>- frente al que cabe preguntarse si la correspondiente “modernización” representa realmente una evolución, o más

bien, como aquí se sugiere,<sup>10</sup> una involución lamentable. El “Derecho penal del enemigo” puede caracterizarse, entre otras notas, por un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas, y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales.<sup>11</sup>

El principal teórico del concepto en la discusión actual, JAKOBS,<sup>12</sup> lo explica subrayando que el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones, el *trato con el ciudadano*, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el *trato con el enemigo*, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se combate por su peligrosidad.<sup>13</sup> En su opinión, ningún contexto normativo, incluyendo como tal a la persona en Derecho, es tal por sí mismo, sino que sólo es real cuando determina a grandes rasgos a la sociedad.<sup>14</sup> Esta tesis le lleva a sostener que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; y que, por tanto, sería completamente erróneo demonizar el llamado “Derecho penal del enemigo”, pues de este modo no se alcanza una solución al problema de los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana.<sup>15</sup>

Lamentablemente dicha concepción no es sólo teórica, sino efectivamente existente en nuestra legislación penal y procesal penal (en materia de terrorismo, tráfico de drogas o inmigración),<sup>16</sup> y en la praxis de la política internacional (la que, de forma cruda, no se pregunta por “las causas” de fenómenos tan complejos como el terrorismo, sino que sólo quiere combatir “los efectos”, incluso mediante “guerras preventivas” o “asesinatos selectivos”). Siendo así, no se trata lógicamente de “matar al mensajero”, pero tampoco, de mantener una actitud puramente “descriptivo-explicativa” (“aparentemente neutral”), y todavía menos “directa o indirectamente legitimadora”, sobre la base de un débil, y en todo caso cuestionable, fundamento filosófico subyacente, sino que corresponde, en mi opinión, poner de relieve que tal Derecho no puede ser el Derecho Penal propio de un Estado de Derecho<sup>17</sup> (y que, al margen de éste no puede tampoco existir o coexistir Derecho alguno con pretensión de validez) por más que sus artífices políticos (del Derecho Penal del enemigo) lo invoquen (al Estado de Derecho) permanentemente. Es más, cabe afirmar que el llamado “Derecho Penal del enemigo” toda vez que fija sus objetivos

primordiales en combatir a determinados grupos de personas abandona el principio básico del Derecho Penal del hecho,<sup>18</sup> convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como **“Derecho Penal de autor.”**<sup>19</sup> Por esta razón, la vía argumentativa de la eficacia y la seguridad, sin perjuicio de las consecuencias que de la misma se puede extraer por vía negativa, está vedada en la esfera axiológica, pues, como es sabido, la validez no puede derivarse en ningún caso de la eficacia.<sup>20</sup> El “Derecho Penal del enemigo” es consecuencia, en mi opinión, entre otros factores, del **uso simbólico del Derecho Penal**<sup>21/22</sup> (entendiendo por tal, con carácter general, aquel que persigue fines distintos a la protección de bienes jurídicos en el marco constitucional), y de la propia **crisis del Estado social.**<sup>23</sup>

El objetivo de esta contribución es simplemente mostrar el giro que se ha producido en el debate, hasta el punto de perder de vista el marco *político-criminal* reciente que había generado, con carácter general, en mi opinión, una evolución positiva en la humanización del Derecho Penal.<sup>24</sup> Dicho marco ha sido “pulverizado”, mediante su reducción a lo absurdo, por la vía de un **recrudescimiento punitivo creciente**, al calor de la demagogia política y el espectáculo mediático (que se sirve del dolor de las víctimas para subir índices de audiencia). Según esta concepción, la preocupación por las garantías, más allá del “efecto estético” de la proclamación de los principios en las Exposiciones de Motivos, aparece como fruto de la “insolidaridad”, la “maldad”, “la falta de visión”, o en el mejor de los casos, “la ingenuidad académica”, de quienes se mantienen en ese discurso. En cualquier caso, a la luz de la actual “fiebre reformista”<sup>25</sup> (como ponen de relieve las especialmente significativas Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; así como la LO 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal), poco o nada del espíritu de aquel programa político-criminal queda en pie. Ha sido sustituido por uno guiado por una fe inquebrantable en la capacidad de intimidación de las penas –se introduce, sin mencionarla expresamente, la cadena perpetua; se recuperan las penas cortas privativas de libertad inferiores a seis meses, y la multirreincidencia-, el “deslizamiento” hacia un Derecho Penal de autor, y el recorte del arbitrio



judicial.<sup>26</sup> El actual **límite máximo de la pena privativa de libertad**, cada vez más alejado del teóricamente establecido en veinte años con carácter general por el artículo 36 CP, pues, en primer término se eleva a treinta por el juego del art. 70.2.1º, pero puede llegar a los cuarenta *ex art. 76. 1. c) y d)*, que además pueden ser cumplidos íntegramente en virtud de la reforma del art. 78, es la mejor expresión de este programa maximalista. Como no podía ser de otra manera, dadas las limitaciones de espacio, sólo abordo algunos elementos que considero especialmente significativos de este proceso.

## II. La utopía abolicionista

Probablemente el primer interrogante que surge al oír hablar de abolicionismo penal<sup>27</sup> es precisamente qué es y qué se propone abolir.<sup>28</sup> En este nivel conceptual es posible distinguir un *sentido restringido* del mismo, cuyo objeto sería únicamente la abolición de un aspecto concreto del sistema penal (por ejemplo, la abolición de la pena de muerte); y un *sentido amplio* cuyo propósito sería la abolición del sistema penal en su conjunto por considerarlo un problema social en sí mismo.<sup>29</sup> El pensamiento abolicionista en sentido amplio<sup>30</sup> es el nombre que se da, principalmente en Europa occidental, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo.<sup>31</sup> Se pueden mencionar como precedentes del actual abolicionismo, en primer lugar, el movimiento para la *abolición de la esclavitud* en los Estados Unidos, que se inicia en el último tercio del siglo XVIII, momento en el que con la introducción de la idea del individuo como sujeto de la historia es entendido como movimiento moral.<sup>32</sup> En segundo lugar, tenemos el movimiento de *abolición de la pena de muerte*,<sup>33</sup> y también desde el siglo XIX la corriente para la *abolición de la prostitución*. Asimismo no hay que olvidar el movimiento abolicionista de

---

**\* Este trabajo constituye una apretada síntesis, actualizada bibliográficamente, de algunos aspectos desarrollados en uno de los capítulos del “Proyecto Docente” que presenté en junio de 2001 para la obtención de una Plaza de Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Castilla-La Mancha. Publicado en**

---

*los castigos corporales*, cuyo éxito trajo como consecuencia el nacimiento de la institución carcelaria, que es precisamente el blanco fundamental de los movimientos abolicionistas actuales.

En realidad la definición que acabamos de dar es insuficiente para conseguir una aproximación a lo que debemos entender por pensamiento abolicionista, si no se complementa con algunas reflexiones respecto a lo que dicha corriente teórica significa hoy en el marco de un Derecho Penal “en crisis.”<sup>34</sup> En este sentido se ha dicho que el abolicionismo constituye una de las tres posturas político-criminales, que con carácter general cabe estimar básicas para el análisis del fenómeno jurídico-penal en la actualidad.<sup>35</sup> Junto con ella se sitúan la opción resocializadora y la garantista: mientras que estas últimas pretenden la consecución de un mejor Derecho Penal, bien que desde distintas perspectivas, aquella pretende construir alternativas al sistema punitivo.<sup>36</sup> La base filosófica del abolicionismo se halla en lo que podríamos denominar una «disposición fenomenológica para la comprensión de las cosas».<sup>37</sup> La comprensión que hace el abolicionismo de la realidad que tiene que ver con lo que normalmente denominamos «delito» proviene de la experiencia de los implicados directamente, experiencia que pasa a denominar «situación problemática», y en consecuencia se opone a la extracción del conflicto por el Estado para el logro de una solución. Partiendo pues de una sensibilización por acercamiento y compromiso fenomenológico, el abolicionismo afirma que una «situación problemática» sólo puede ser calificada y resuelta de acuerdo con la visión de la misma en la conciencia de los componentes del grupo afectado. De estas premisas se sirve el abolicionismo para la construcción de una política criminal eminentemente desreguladora. Desde este punto de vista el abolicionismo puede ser entendido como un método, que, de acuerdo con la concepción de HEIDEGGER, entraría en una relación dialéctica con su objeto.<sup>38</sup> En el caso del pensamiento abolicionista el método es la lucha por

---

1 Vid, al respecto, PRIETO Sanchís, Luis . “*La Filosofía Penal de la Ilustración*”, México DF, 2003, *passim*.

2 *Ibid*, pp. 67 y ss.

3 Que conecta con el pensamiento de los autores del Proyecto Alternativo alemán, de que la pena es una “amarga necesidad” en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres Vid: BAUMANN, Jürgen (e.a) “*Alternativ Entwurf*

la abolición de todo el sistema penal, y el objeto es aquel que precisamente se trata de eliminar. Desde la perspectiva de la teoría del conocimiento «la teoría abolicionista se halla dentro de un contexto epistemológico que se puede caracterizar por su actitud no positivista ante el concepto de verdad.»<sup>39</sup> En efecto, para el abolicionismo la manera de acercarse a la verdad vendría dada por la crítica permanente de lo que está mal, sin pretender en ningún momento una reconciliación entre el intelecto y el *status quo*.<sup>40</sup>

Estas propuestas radicalmente abolicionistas del sistema penal (corriente de pensamiento representada por autores como MATHIESEN,<sup>41</sup> HULSMANN,<sup>42</sup> o CHRISTIE,<sup>43</sup> entre otros), entienden que el sistema penal está específicamente concebido para hacer mal, que es una respuesta violenta y pública susceptible asimismo de incitar a la violencia, y que además es una institución que crea y mantiene de modo falso la idea de poder procurar a las víctimas ayuda y protección. Efectivamente, el pensamiento abolicionista radical reclama un entendimiento totalmente diferente del universo penal desde tres claves: el daño y su compensación, los conflictos interpersonales, y los acuerdos en el procedimiento penal; reivindicando la devolución del conflicto a sus protagonistas y la recuperación de la víctima como parte del mismo.<sup>44</sup> En todo caso, las 2003, *passim*; y, en particular, por lo que aquí interesa, desde una perspectiva histórico-sociológica, cfr: RIVERA Beiras, Iñaki “Historia y legitimación del castigo: ¿Hacia dónde vamos?” En: BERGALLI, Roberto (Coordinador y colaborador), Sistema penal..., *Op.cit.*, pp. 86 y ss.

6 Vid: GRACIA Martín, Luis. “*Prolegómenos para la lucha por al modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*”, Presentación de SCHÜ-NEMANN, Bernd, Valencia, 2003, *passim*.

7 *Ibid.*, pp. 34, 157 (entre otras).

8 JAKOBS, Günther. “*Estudios de Derecho Penal*.” Madrid, 1997, pp. 294 y ss; JAKOBS, Günther y CANCIO Meliá, Manuel, “*Derecho Penal del enemigo*”, Madrid, 2003, *passim*.

9 Sobre ello, Vid: 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 Código Penal Español después de la LO 7/2000*.” *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, (3):31 y ss, 2003 (también, *Jueces para la democracia*, (44), :19-26, 2002); PORTILLA Contreras, Guillermo, “*El Derecho penal y procesal del enemigo*”, *Jueces para la democracia*, (49),

teorías abolicionistas, como propuestas radicalmente alternativas al Derecho Penal, no han tenido éxito ni es previsible que lo tengan en el futuro, dado que no parece que los Estados estén dispuestos en modo alguno a renunciar al uso del Derecho Penal, sino que más bien se experimenta lo contrario, una expansión cada vez mayor.

El abolicionismo ha sido objeto, no sin razón, de críticas *de signo garantista*: abolir el Derecho Penal puede significar al mismo tiempo abolir sus límites, lo cual puede conducir a la instauración de una sociedad disciplinaria de controles ilimitados; *de signo criminológico*, pues la idea de la abolición del castigo no satisface en todo caso; y *de signo científico*, por su falta de originalidad, e inconsistencia en los planteamientos.<sup>45</sup> En cualquier caso, por lo que se refiere a la pérdida de garantías, parece claro que no es suficiente, frente a cualquier propuesta alternativa a la intervención del Derecho Penal, con hacer una referencia abstracta a la “ausencia de garantías”, sino que debe demostrarse cuáles son concretamente las garantías a las que se renuncia y cuáles son las ventajas que las propuestas alternativas aportan.<sup>46</sup>

### III. El reduccionismo

Las propuestas reduccionistas del sistema penal se caracterizan, frente a las anteriores, por la aceptación de la existencia de éste último, y por la búsqueda de alternativas “realistas” a su configuración actual, con un espíritu humanista. Éstas, además de la descripcionalización de determinados comportamientos, han sido básicamente la búsqueda e implementación de alternativas a la pena privativa de libertad, y la reparación a la víctima como técnica alternativa para la solución de conflictos. El espíritu humanista que subyacía a ambas, ha sido “trastocado”, y como apuntaba al principio, reducido a lo absurdo.

---

12 En contra de la concepción dogmática sostenida por JAKOBS me he pronunciado en: DEMETRIO Crespo, Eduardo, “*La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*”, Prólogo de José Ramón Serrano-Piedecabras, Granada, 2003, pp. 74 y ss; ya anteriormente, desde la perspectiva de los fines de la pena, en DEMETRIO Crespo, Eduardo, “*Prevención general...*”, *Op.cit.*, pp. 122 y ss. Para la comprensión del sistema propugnado por este autor,

En el primer caso, por el recrudecimiento punitivo, en el segundo, por la “utilización” de las víctimas para reivindicar el **programa político-criminal maximalista** subyacente (como si el Derecho Penal pudiera, con el castigo, restaurar la “justicia material.”)

Un camino ya emprendido hace tiempo por la doctrina, y que tuvo fiel reflejo en el CP 1995 al incorporarse penas como los trabajos en beneficio de la comunidad o el arresto de fin de semana, ha sido la *búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad*. Sin embargo, aunque la pena privativa de libertad se encuentra en crisis desde un punto de vista teórico, no hay lugar para el optimismo, pues las estadísticas ponen de relieve que en los últimos años se ha asistido en España a un proceso expansionista en el uso de la prisión.<sup>47</sup> La crisis de la cárcel se debe a que opera como un factor criminógeno, debido a fenómenos como la psicosis carcelaria, la subcultura de las prisiones, y la privación de una vida sexual normal.<sup>48/49</sup> Ya VON LISZT señalaba como característica principal del movimiento de reforma «la lucha contra las penas cortas privativas de libertad, dominantes en nuestra jurisprudencia penal actual, que en la forma en que hoy se aplican, ni corrigen, ni intimidan, ni inocuizan; pero, en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen»,<sup>50</sup> bien que ya antes de su

---

17 Sobre la evolución del concepto en la Teoría del Derecho es de gran interés la siguiente obra colectiva: CARBONELL, Miguel, (Edt.), “*Neoconstitucionalismo(s)*”, Madrid, 2003, *passim*.

18 Vid, por todos, HIRSH, Hans Joachim, “*Tatstrafrecht: ein hindreichend beachtetes Grundprinzip?*”, en: PRITTWITZ, Cornelius (et al.) (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 253 y ss.

19 En este sentido: CANCIO Meliá, Manuel, “*¿Derecho penal del enemigo?*”, en: JAKOBS, Günther y CANCIO Meliá, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, *Op.cit.*, pp. 57 y ss, esp. pp. 100 y ss.

20 Sobre ello, Cfr. DEMETRIO Crespo, Eduardo, “*Prevenición general...*”, *Op.cit.*, p. 51. Sobre el significado de los binomios conceptuales *legitimidad- efectividad*, *validez-eficacia*, Cfr. KELSEN, Hans, “*Teoría pura del Derecho*”, 7ª ed, México, 1993, pp. 217 y ss.

---

famoso *Programa de Marburgo* se tuviera conocimiento de las desventajas de las penas cortas privativas de libertad en el ámbito de la pedagogía criminal y de la criminología.<sup>51</sup>

El complejo de motivos que nos llevan hoy a la convicción de que el uso de la pena privativa de libertad debe ser reducido se centra en los siguientes aspectos: acentuación de la fase de criminalización primaria, incremento de la criminalización secundaria, crisis del pensamiento resocializador.<sup>52</sup> Las investigaciones que se han realizado llegan a las siguientes conclusiones acerca de los fines de la pena: la pena privativa de libertad no siempre es necesaria desde la perspectiva de la prevención general; resulta perjudicial desde el punto de vista de la prevención especial y del objetivo resocializador, por ser traumática y es-tigmatizante; se ha producido una pérdida importante de posibilidades preventivo-generales y preventivo-especiales debido al fenómeno de hipertrofia de la legislación penal y de inflación de la pena privativa de libertad. Aunque el objeto fundamental de controversia han sido pues históricamente las penas cortas privativas de libertad,<sup>53</sup> no por ello dejan de ser cuestionadas las penas privativas de larga duración por ser susceptibles de ser consideradas excesivas en determinados supuestos.<sup>54</sup> Las penas cortas privativas de libertad se rechazan, entre otros, por los motivos expuestos, bien que todavía se señale que pueden cumplir una función positiva desde el punto de vista de la prevención general y especial, en particular, en el ámbito de la

---

23 Vid, por todos, FERRAJOLI, Luigi *“El Derecho como sistema de garantías”*, en su: *Derechos y garantías*. La Ley del más débil, Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. de Andrés Ibáñez y Greppi, Madrid, 1999, pp. 15 y ss; también, SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón *“Consecuencias de la crisis del Estado social”*, en Libro Homenaje al Prof. Baratta (en prensa); el mismo, más ampliamente, *“Emergencia y crisis del Estado social”*, Barcelona, 1988, *passim*. Un interesante diagnóstico de la situación lleva a cabo igualmente DIÉZ RIPO-LLÉS que propone centrar el debate en la racionalidad pragmática y abandonar la argumentación en el mero terreno de los principios (“DIÉZ Ripollés, José Luis “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Jueces para la democracia*, (49), :25-42, marzo/2004, p. 41). En este sentido, en mi opinión, debería atenderse al peligro de adaptar el discurso penal a lo

delincuencia de cuello blanco.<sup>55</sup>

Debido justamente al entendimiento del Derecho Penal actual como un Derecho de garantías, cuya aplicación aparece basada en una serie de principios irrenunciables, tales como la **legalidad** (reserva de ley, irretroactividad, taxatividad, *ne bis in idem*), la **proporcionalidad** (idoneidad, necesidad: exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima –subsidiariedad, fragmentariedad–, proporcionalidad en sentido estricto), y la **culpabilidad** (personalidad de las penas, responsabilidad subjetiva, responsabilidad por el hecho, imputación personal), a la luz del marco constitucional propio del modelo de Estado social, democrático y de Derecho; se plantea la búsqueda de *alternativas válidas a la pena privativa de libertad*, en tanto el sistema penal siga siendo necesario. Como criterio general, la sustitución o no de las penas cortas debe ser objeto de reflexión judicial, y no de un mero automatismo legislativo, valorándose todo el contexto del autor en orden a su procedencia o no.<sup>56</sup> Como señalaba MAQUEDA ABREU, «la previsión y aplicación de sustitutivos a la prisión puede considerarse ahora, quizás, un imperativo constitucional»,<sup>57</sup> toda vez que partimos de la consideración de que el artículo 25.2 de la Constitución española constituye un principio de humanización que vendría a prohibir la imposición de sanciones inútiles.<sup>58</sup> Sin embargo, es preciso recordar, por una parte, que toda política criminal que busque limitar la intervención penal (ya sea de descriminalización, despenalización, desescalación o simple limitación de la severidad de las penas de prisión<sup>59</sup>), debe ir acompañada de una política social de transformación de las estructuras socioeconómicas tendente a la eliminación de la marginalidad y la desigualdad, porque este sigue siendo el verdadero problema de fondo, y

## 26 *Ibidem*

27 Con más detalle me ocupo del tema en: DEMETRIO Crespo, Eduardo, “*El pensamiento abolicionista*.” En: Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, 1995, pp. 35 y ss, 41 y ss; y en “De nuevo sobre el pensamiento abolicionista”, en: El Derecho Penal entre abolicionismo y tolerancia cero. Homenaje a Louk Hulsman. Cahiers de Défense Sociale, 2003, pp. 107-129.

<sup>28</sup> Señala LARRAURI que bajo la formulación *abolición de las cárceles* pueden encontrarse diversas posiciones: la abolición de las cárceles en la forma en que estas existen actualmente, y la sustitución de las cárceles por otras alternativas punitivas. Sin embargo, ninguna de las dos opciones es defendida, en principio, por los abolicionistas. La primera es desdeñada como objetivo estratégico, bien que consideraciones éticas, o tácticas políticas, conduzcan a que finalmente se defiendan no

por otra, tampoco cabe eludir el escepticismo que manifiesta la doctrina acerca de la potencialidad de las alternativas para disminuir el uso de la cárcel.<sup>60</sup>

En segundo término vemos que la Victimología, como disciplina que se ocupa del estudio de la víctima del delito, ha irrumpido con ímpetu en los últimos tiempos en el escenario de las ciencias penales, suponiendo un importante cambio en el objeto y la orientación de la Criminología. Propio de esta tendencia científica es el estudio de las formas de adquirir la condición de víctima y la llamada “predisposición victimal”. El delito, de esta forma, se define como un drama humano con dos protagonistas, cada uno de los cuales contribuye en cierto modo a su desencadenamiento. Pues bien, el impulso de la Victimología ha tenido consecuencias en el ámbito de la política criminal y en el de la dogmática penal. Desde el punto de vista dogmático, la llamada “Victimodogmática” ha ido construyendo un razonamiento conforme al cual se somete a examen cómo la contribución de la víctima al hecho delictivo afecta al comportamiento del autor a través del principio de autorresponsabilidad de la víctima<sup>61</sup>. De esta forma se afirma un deber de autodefensa en relación con ciertos ataques a determinados bienes jurídicos, cuya infracción haría decaer el merecimiento de tutela por parte de la víctima. Desde el punto de vista político-criminal, por lo que aquí interesa, se ha producido un verdadero cambio de paradigma, irrumpiendo en la discusión los problemas relativos a la reparación a la víctima, así como la previsión de mecanismos de compensación entre autor y víctima.

---

29 DE FOLTER, “*Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault*”, en: AAVV, *Abolicionismo Penal* (trad. del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondaza), Buenos Aires, 1989, p. 58.

30 Podemos denominarlo igualmente *abolicionismo penal radical*, frente a otras posiciones diversas y limítrofes como el *abolicionismo institucional* (que circunscribe su núcleo de acción y crítica a la cárcel y otras instituciones penales segregatorias), o el denominado *reduccionismo penal* (que aboga por una drástica reducción de la esfera jurídico-penal) (Cfr.: PAVARINI, Máximo, “*El Sistema de Derecho Penal entre Abolicionismo y Reduccionismo*”, en: Poder y Control, 1987,



No cabe duda de que lo que podríamos llamar la “introducción de la víctima en el conflicto penal” constituye una de las discusiones político-criminales de mayor actualidad e importancia,<sup>62</sup> tal vez como consecuencia del eco ejercido por el pensamiento abolicionista, que reivindica, entre otras cosas, devolver los conflictos a sus protagonistas y recuperar a la víctima como parte de ellos.<sup>63</sup> Ello se presenta, en cierto modo, como una «euforia» que recae sobre la víctima, y que viene a reemplazar a la euforia de los años 60 fijada en la resocialización del autor.<sup>64</sup> Ahora bien, los motivos que fundamentan este relanzamiento, en especial el del papel de la conciliación y la reparación en Derecho Penal, son complejos y de naturaleza diferente. Estas razones van, a juicio de HARTMANN, desde la recepción de determinados modelos programáticos de mediación norteamericanos, pasando por la investigación de determinados paradigmas históricos y etnológicos para la solución de conflictos, y el surgimiento de la Victimología como ciencia que se dedica al estudio de la víctima, hasta la crisis de la política-criminal (que surge ante el escepticismo de la virtualidad preventiva del Derecho Penal).<sup>65</sup>

El *entendimiento tradicional del delito* se plantea como conflicto básicamente bilateral y vertical entre el Estado y el responsable penal. Este entendimiento tradicional del delito sobre el que se sustenta actualmente el que, siendo la concepción dogmática hoy dominante de signo teleológico (*Zweckrationalität*) y consecuencialista -porque sigue el paradigma de la orientación a las consecuencias (*Folgeorientierung*)-, ésta ha de perseguir la prevención de conductas que vulneren bienes jurídicos mediante la integración en sus categorías de postulados político-criminales que tengan su referente axiológico en el marco constitucional (y en último término, en el respeto a los Derechos Humanos), es decir, asumiendo también una racionalidad valorativa (*Wertrationalität*). La Política Criminal precisa, sin embargo, una sistematización de sus categorías de pensamiento, que aclare cómo se accede a sus principios, y cómo se orienta el sistema a los mismos (QUINTERO Olivares, Gonzalo, (Drt.), “Curso de Derecho penal. Parte General”, Barcelona, 1996, pp. 98-99; última edición, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, 3ª ed, 2002, pp. 219 y ss).

En relación con esta cuestión ha señalado Silva Sánchez que el modo de acceder a estos valores que, junto con las consecuencias empíricas, definen el telos del sistema, puede tener un carácter *principalista* –a través de la acogida del *alteuropäisches Prinzipiendenken* o conjunto de principios que nacen con el iusnaturalismo racionalista de la Ilustración, lo que no excluye una cofundamentación instrumental del Derecho Penal- o un carácter *funcionalista* –en cuyo caso los valores acogidos surgirían como producto de la propia lógica de autoconservación del sistema- (SILVA Sánchez, Jesús María, “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en: SILVA Sánchez, Jesús María, (Ed), Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997 pp. 20-21).

35 SILVA Sánchez, Jesús María, “Aproximación...”, *Op.cit.*, p. 17.

<sup>62</sup> SCHUMANN, Karl Friedrich, “Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems”, en: *Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften*, Festschrift für Lieselotte Pongratz, München, 1986, p. 372.

sistema penal contiene algunos elementos que conviene no pasar por alto.<sup>66</sup> **a)** la “*gravedad del hecho*” como límite a una orientación preventiva del Derecho Penal, y algo distinto del concepto de “perjuicio”, en el que caben todos los efectos producidos sobre la víctima, y pertenece al ámbito de la responsabilidad civil; **b)** *carácter público del conflicto penal*, en el que el peso fundamental de la decisión sobre el castigo recae en el propio Estado, que ejerce la potestad punitiva mediante un proceso imperativo, que, salvo excepciones, es indisponible para la víctima.<sup>67</sup> Pues bien, la reparación a la víctima presupone un replanteamiento de los términos del conflicto, ya que éste se configura, desde este punto de vista, básicamente entre el autor y la víctima, tomando esta última parte activa en la resolución del mismo. De esta forma se conecta con las tesis criminológicas que reivindican la “devolución” del conflicto a sus protagonistas, de acuerdo con una perspectiva horizontal del delito, en el entendimiento además de que la víctima en la actualidad no

38 DE FOLTER, Rolf, “*Sobre la fundamentación metodológica*”, en: AA.VV, *Abolicionismo Penal*, *Op. cit.*, p. 59.  
39 SCHEERER, Sebastián, “*Hacia el Abolicionismo*”, *Op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>40</sup> Según SILVA “la más fuerte apoyatura de la propuesta abolicionista se halla en la actualidad en el planteamiento de la criminología radical que descalifica el sistema penal: el abolicionismo ha hecho de este su principal base teórica” (SILVA Sánchez, Jesús María, “*Aproximación...*”, *Op. cit.*, p.20). Sin embargo, Larrauri, desde otra perspectiva, considera a la crisis de la nueva criminología como un factor que explica, junto con la crisis de la legitimación de la cárcel, el creciente interés en una perspectiva abolicionista (LARRAURI Pijoán, Elena, “*Abolicionismo del Derecho Penal...*”, *Op. cit.*, p.97. Cfr. más ampliamente, de la misma autora, “*La herencia de la criminología crítica*”, Madrid, 1991, pp. 192-243). Por su parte, señala que el abolicionismo es visto como el desarrollo lógico de la criminología crítica, que tiene en común con la teoría crítica y el marxismo, que persigue la liberación (emancipación) de los hombres de las relaciones de opresión (SMAUS, Gerlinda, “*Bemerkungen zum Stand der kritischen Kriminologie*”, en: *Kriminologische Forschung in der 80 Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland*. Band II, Freiburg, 1988, p. 553).

A juicio de DELMÁS-MARTY, una de las ideas motrices del movimiento anarquista, la de la autogestión por el propio grupo social, la de una «respuesta societaria», basada en la mediación y no en la represión, inspira a los movimientos abolicionistas contemporáneos. De acuerdo con la concepción de DELMÁS-MARTY podemos entender por política-criminal «el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal». Por vía negativa la define señalando que no se confunde ni con la criminología tradicional; ni con las doctrinas contemporáneas de la criminología crítica, la nueva criminología o la criminología radical (teorías críticas del control social); ni con el interaccionismo y la sociología de la reacción social. Para la autora la política-criminal, como toda política, supone una forma de organización de la vida social, así como una determinada estrategia o acción. Delimitar su ámbito es identificar las corrientes ideológicas que la influyen. Son tres las corrientes ideológicas que subyacen tras las grandes opciones de política-criminal: la *corriente liberal*, la *corriente igualitaria*, y la *corriente autoritaria*. La corriente igualitaria, a partir de la crítica al liberalismo, se divide en dos ramas totalmente

sólo soporta los efectos del crimen, sino que además soporta la insensibilidad del sistema legal y la indiferencia de los poderes públicos, que da lugar a lo que se ha llamado “victimización secundaria”.

Cómo situar la reparación en el Derecho Penal material y en el sistema de los fines de la pena a la vista del proceso histórico que ha realizado una estricta separación entre el Derecho Penal y el Derecho Civil, ha constituido un tema de primer orden en la discusión.<sup>68/69</sup> Por otro lado, la cuestión de las *vías procesales para mejorar la posición de la víctima* ha sido uno de los puntos de mayor productividad desde el punto de vista victimológico, dado que fundamentalmente desde esta perspectiva se desarrolla el concepto de victimización secundaria, toda vez que justamente en este nivel de definición se determinan las circunstancias que caracterizan los elementos de desamparo e inseguridad propios del concepto de víctima.<sup>70</sup>

#### IV. El neoproporcionalismo

La teoría de la proporcionalidad con el hecho se ha convertido en la doctrina dominante de la individualización judicial de la pena en algunos países («*Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung*»),<sup>71</sup> y me parece oportuno traerla ahora a colación por aparecer vinculada a una nueva corriente político-criminal –que aspira por esta vía a dotar de legitimidad al sistema penal– que se ha dado en llamar «Neoclasi-cismo»,<sup>72</sup> pese a que sus partidarios nieguen la validez de este concepto,<sup>73</sup> ya que no existe unanimidad en lo que con él se quiere significar.<sup>74</sup> Sus partidarios proponen ceñirse para la medición de la pena a la *gravedad del hecho de acuerdo con la nocividad del comportamiento y la culpabilidad del autor*, con el objetivo último de realizar objetivos de igualdad<sup>75</sup> y de justicia en la individualización judicial de la pena antes que objetivos preventivos.<sup>76/77</sup> La proporcionalidad sería tanto una exigencia entre el hecho y la sanción, así como entre las consecuencias jurídicas de los diferentes tipos de delitos. A juicio de sus representantes el neoclasicismo

<sup>41</sup> MATHIESEN, Thomas, “*The Politics of Abolition. Essays in Political Theory*”, Oslo, 1974, *passim*.

42 HULSMAN, Louk, “*Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*”, Barcelona, 1984, *passim*.

43 CHRISTIE, Nils, “*Los límites del dolor*”, México, 1984, *passim*.

44 STEINERT, Heinz, “*Más allá del delito y de la pena*”, en: Vv.Aa, “*Abolicionismo Penal...*”, *Op.cit.*, pp. 49 y ss.

pretende, por encima de todo, la traslación del centro de gravedad de la política penal de la evaluación del riesgo de reincidencia (valoración proyectada al futuro sobre las posibilidades de que el autor cometa de nuevo el hecho), a la evaluación de la gravedad del hecho cometido (valoración proyectada al pasado sobre la particular reprochabilidad del comportamiento).<sup>78</sup>

En último término, esta teoría se enfrenta con el problema de si la proporcionalidad determina una cantidad fija de pena, u ofrece los límites de la pena a imponer. Tanto la decisión acerca del carácter meramente limitador del principio de proporcionalidad, como el dejar la decisión última al campo de la intuición resultan insatisfactorios para esta teoría, y proponen resolver el problema en la distinción entre *proporcionalidad absoluta* y *proporcionalidad relativa* (equivalentes en el lenguaje matemático a *proporcionalidad cardinal* y *proporcionalidad ordinal*). La proporcionalidad relativa se refiere a la pregunta por la equivalencia entre las penas correspondientes a los diferentes delitos, de modo que aquellas personas que hubieran cometido delitos equiparables deberían recibir penas equiparables (salvo concurrencia de especiales circunstancias atenuantes o agravantes, que modifican la nocividad o la reprochabilidad del comportamiento), y personas que hubieran cometido delitos no equiparables, deberían recibir penas graduadas conforme a su gravedad. Por el contrario la proporcionalidad absoluta se referiría a la dimensión y al punto inicial de una determinada escala penal. Es decir, una vez que se hubiera determinado la pena de otros delitos, podría determinarse proporcionalmente la del resto, pero el problema radica en hallar el punto inicial conforme al cual se fija la pena del delito de referencia. Para este último no existe una única pena merecida, motivo por el cual la proporcionalidad absoluta, al contrario que la proporcionalidad relativa, sólo fija fronteras.<sup>79</sup>

47 CID Moliné, José y LARRAURI Pijoán Elena, “*Introducción*”, en: Vv.Aa, *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, 1997, p. 12; también, más recientemente, CID Moliné, José y LARRAURI Pijoán, Elena, (Coord.), “*Los jueces penales y las penas en España*”, Valencia, 2002, *passim*.

48 FERNÁNDEZ Albor, Agustín, “*Aspectos criminológicos de las penas privativas de libertad*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1981, pp. 227 y ss.

<sup>79</sup> No son pocas las voces que se han alzado en pro de la abolición del sistema carcelario. Resultan ilustrativas, sin duda, las palabras de PAVARINI, en el Prólogo a la obra de RIVERA Beiras, Iñaki, “*La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*”, 2ª ed, Barcelona, 1996, p. 15:

«Una de las formas más hipócritas de esconder a los estudiantes la verdad del sistema penal, es aquella

Para estos autores, aunque la prevención general puede fundamentar la institución del Derecho Penal en cuanto tal, o ser la razón por la que en definitiva se introducen nuevos tipos penales, su exigencia de proporcionalidad en la individualización judicial de la pena no se deriva de consideraciones preventivo-generales (ni preventivas en modo alguno, generales o especiales, que rechazan en su totalidad), sino de consideraciones de justicia, que, a mi modo de ver, no son otra cosa que criterios retributivos.<sup>80</sup> Las consideraciones preventivo-generales podrían eventualmente entrar en consideración, si se considerara posible reducir proporcionalmente todas las penas de la escala, sin que ello hiciera temer un aumento considerable de la tasa de criminalidad (es decir, un papel en el marco de la determinación legal de la pena).<sup>81</sup> Estando de acuerdo en esto último, en mi opinión, como ya expuse en un trabajo anterior,<sup>82</sup> el razonamiento según el cual la prevención general fundamenta el Derecho Penal, mientras que en la individualización judicial de la pena se opera con criterios de “compensación de la culpabilidad” es incorrecto. Si la retribución no se introduce como criterio de fundamentación del Derecho Penal es ilógico usarlo en una fase posterior de la intervención penal como criterio determinante de la pena a imponer en el caso concreto, y por consiguiente, como criterio legitimador de una determinada cantidad de pena. Esta teoría me parece rechazable, tanto por motivos político-criminales (ya que entiendo que excluir fines preventivos en la individualización judicial de la pena constituye un retroceso lamentable respecto al avance en la racionalización del proceso de conciliación de antinomias en el sistema penal que había logrado la teoría del espacio de juego), como dogmáticos (ya que considero que plantea de modo ilógico la relación entre la fundamentación del Derecho Penal y la individualización judicial de la pena, entre legitimación externa y

---

51 BAUMANN, Jürgen, “¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?”, en: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*. Libro Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, pp. 1 y ss.

52 BRICOLA, Franco “Le misure alternative alla pena nel quadro di una “nuova” politica criminale”, *Rivista italiana di Diritto e procedura Penale*, :13-76, 1977; MANTOVANI, “Pene e misure alternative”, *Rivista italiana di Diritto e procedura Penale*, :77-114, 1977.

legitimación interna del Derecho Penal.<sup>83</sup>).

## V. El garantismo

El garantismo representa posiblemente el paradigma de referencia a cuya luz deben ser contrastadas todas las “propuestas reduccionistas”, porque no aborda la cuestión de la legitimación del Derecho Penal desde una perspectiva parcial, sino desde una visión global sobre los fundamentos de dicha legitimación. Ahora bien, me ha parecido conveniente separar en este análisis las propuestas del neoproporcionalismo de las del garantismo, al entender que aquellas vienen referidas de modo particularmente intenso a un momento de la legitimación interna del Derecho Penal (*pregunta acerca de cómo castigar*), mientras que estas últimas inciden tanto en la legitimación externa como interna (*pregunta del sí y por qué castigar*), así como en la relación que cabe establecer entre ambas.

El autor que ha contribuido de manera más decisiva a configurar este punto de vista ha sido FERRAJOLI, a través de la idea del llamado *Derecho Penal mínimo*,<sup>84</sup> y que ha desarrollado en su obra *Derecho y Razón*.<sup>85</sup> Como dice PRIETO SANCHÍS, el garantismo representa la más consecuente realización del programa ilustrado, y la obra de FERRAJOLI es el más completo y riguroso estudio sobre el mismo.<sup>86</sup> Lo peculiar de la tesis del Derecho Penal mínimo es precisar que ese “mínimo necesario” de Derecho Penal es aquel que se precisa para evitar la violencia social informal, como posibles reacciones punitivas espontáneas de los ciudadanos agredidos. No en vano, FERRAJOLI critica duramente las doctrinas abolicionistas por entender que los modelos de sociedad que persiguen son los escasamente atractivos de una sociedad salvaje carente de cualquier orden y abandonada a la ley natural del más fuerte o, alternativamente, de una sociedad disciplinaria, pacificada y totalizante, en la que los conflictos son controlados y resueltos mediante mecanismos ético-pedagógicos de interiorización del orden, o de tratamiento médico, o de panoptismo social

---

55 COBO Del Rosal, Manuel y VIVES Antón, Tomás Salvador, “*Derecho Penal. Parte General. Parte General*”, 4ª ed, Valencia, 1996, p. 756, nota nº 23.

56 DEMETRIO Crespo Eduardo, “*Prevención general...*”, *Op.cit.*, pp. 312 y ss.

57 MAQUEDA Abreu María Luisa, “*Suspensión condicional*

e incluso policial.<sup>87</sup> Con todo, no obstante, el autor confiere a estas últimas teorías dos méritos nada desdeñables: haber favorecido la autonomía de la Criminología Crítica, contrarrestando al mismo tiempo el latente legitimismo moral de las doctrinas penales dominantes, y haber arrojado sobre los “justificacionistas” la “carga de la justificación” de ese producto humano y artificial que es el Derecho Penal y que debe ofrecer réplicas convincentes al desafío abolicionista, “mostrando no sólo que la suma total de los costes que requiere es inferior a la de las ventajas que proporciona, sino también que los mismo puede decirse de cada una de sus penas, de sus concretas prohibiciones y de sus técnicas efectivas de indagación.”<sup>88</sup>

Sin duda el pensamiento de FERRAJOLI se inscribe en el pensamiento utilitarista proveniente de la Ilustración,<sup>89</sup> pero tiene el mérito de plantear la necesidad de la vigencia de todas y cada una de las garantías del Derecho Penal liberal a la luz de las exigencias del Estado de Derecho. En la concepción del Sistema Garantista están presentes al menos diez condiciones, límites o prohibiciones como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: “según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición o punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.”<sup>90</sup> Este modelo de Derecho Penal puede ser identificado, señala FERRAJOLI, opinión que suscribo al cien por cien, con el *modelo de Derecho Penal del Estado de Derecho*. Por tal entiende el autor “un tipo de ordenamiento en el que el poder público, y específicamente el penal, está rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y en el plano procesal (o de las

60 Los autores plantean que, como reacción al tratamiento tradicional de las alternativas («posición individualizadora»), ha surgido un «modelo proporcionalista», en el que la pena de prisión queda directamente reservada para los comportamientos más graves, mientras que para el resto de conductas el uso de las alternativas queda supeditado a una graduación en relación a la «gravidad de la ofensa realizada» (*Ibíd*, pp. 20 y ss, esp. p. 24). Sobre mi valoración acerca de este modelo *Vid. infra*. Punto IV.

<sup>61</sup> Cfr: CANCIO Meliá, Manuel, “Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas”, Barcelona,

formas procesalmente vinculantes).<sup>91</sup> Como explica el autor, “la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la complementa.”<sup>92</sup>

## VI. La expansión del Derecho Penal

Generalmente la experiencia demuestra la existencia de cierta *divergencia entre los planteamientos teóricos y la realidad empírica* sobre el grado de plasmación de los mismos en los hechos. Pero, en el momento actual, la divergencia entre los planteamientos que brevemente acabamos de examinar a propósito del Derecho Penal mínimo, así como de las diferentes propuestas abolicionistas y reduccionistas del sistema penal, y la realidad, es tan contundente que ha permitido hablar incluso de *la insostenible situación del Derecho Penal*.<sup>93/94</sup>

Tanto es así que se afirma que la expresión “Derecho Penal mínimo” lleva camino de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto.<sup>95</sup> Frente a este modelo axiológico se erige en la actualidad un fenómeno de “expansión” del ámbito de lo punible en clara contradicción con la pretensión de reducir

62 Cfr, a título ejemplificativo, de entre las numerosas publicaciones aparecidas en los últimos años, en la literatura en español, BERISTAIN Ipiña, Antonio, “*Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología. Nueve palabras clave*”, Valencia, 2000, *passim*; BUSTOS Ramírez, Juan José y LARRAURI Pijoán, Elena, “*Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*”, Barcelona, 1993, *passim*; FLETCHER, George y MUÑOZ Conde, Francisco José, “*Las víctimas ante el jurado*”, Valencia, 1997, *passim*; GARCIA-PABLOS De Molina, Antonio, “*Tratado de Criminología*”, 3ª ed, Valencia, 1999, *passim*; HASSEMER, Winfried y MUÑOZ Conde, Francisco José, “*Introducción a la Criminología*”, Valencia, 2001, *passim*; LANDROVE Díaz, Gerardo, “*La moderna Victimología*”, Valencia, 1998, *passim*; PÉREZ Sanzberro, Guadalupe, “*Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*”, Granada, 1999, *passim*; TAMARIT Sumalla, Joseph María, “*La víctima en el Derecho Penal*”, Pamplona, 1998, *passim*; VV.AA, “*De los delitos y de las víctimas*”, Buenos Aires, 1992; en la literatura alemana, por todos, HASSEMER, Winfried, “*Schützbedürftigkeit*



el Derecho Penal a un núcleo duro correspondiente es esencia al llamado “Derecho Penal clásico”<sup>96</sup> (“*Kernstrafrecht*”), como propugna significativamente la llamada “Escuela de Frankfurt”.<sup>97</sup> Esta expansión es consecuencia del nacimiento de un “nuevo” Derecho Penal, llamado por algunos “Derecho Penal accesorio”, dirigido a proteger nuevos bienes jurídicos característicos de la sociedad postindustrial. Frente a los postulados axiológicos del modelo del Derecho Penal mínimo parecen imponerse, pues, las *exigencias de intervención penal procedentes de una sociedad caracterizada modernamente como una “sociedad de riesgos”*.<sup>98</sup> Esta sociedad, desde la perspectiva del Derecho Penal del riesgo, se caracteriza por varias peculiaridades entre las que destacan el extraordinario incremento de las interconexiones causales, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal se reemplaza por una forma de comportamientos anónima y estandarizada.<sup>99</sup>

El debate sobre la idoneidad del Derecho Penal para proteger bienes jurídicos de carácter colectivo se ha llevado a sus últimas consecuencias en el marco de la discusión político-criminal y dogmática acerca de la expansión del Derecho Penal en la “sociedad de riesgo” como consecuencia de la transformación de las estructuras socio-económicas en la sociedad postindustrial, que ha conducido a una importantísima *inflación punitiva*. C. PRITWITZ ha denunciado esta situación señalando que asistimos desde hace tiempo a una irritante discordancia entre lo programático de un Derecho Penal sometido a límites y el día a día de una creciente criminalización, cosa intolerable en un

---

66 Sobre ello Cfr.: GARCÍA Arán, Mercedes, “*Alternativas al Derecho Penal*”, en: ARROYO Zapatero, Luis Alberto, NEUMANN, Ulfried y NIETO Martín, Adán (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, 2003, pp. 191-200, *passim*; también, PÉREZ Cepeda, “*Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación*”, en: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Cuenca, 2001, pp. 443 y ss.

<sup>67</sup>Vid, llamando la atención en este punto, en sentido crítico, sobre la paradójica confluencia de “más derecho penal, y a la vez, más desprestigio del derecho y la justicia penales”, con la consiguiente privatización creciente en la solución de determinados conflictos penales: QUINTERO Olivares, Gonzalo, “*Adónde va el Derecho Penal*”, *Op.cit.*, pp. 17 y ss, p. 23; el mismo, «*Sulla cosiddetta privatizzazione del diritto penale*», en: *Critica del Diritto*, (4) 2002.

momento en el que se reconoce ampliamente la “incapacidad” del Derecho Penal para la solución de problemas.<sup>100</sup> Saber si el Derecho Penal se halla por ello ante una situación “insostenible”, o simplemente, ante una “nueva” situación que obliga a determinados replanteamientos, está en la base de las discrepancias entre dos metodologías diferentes de examinar el Derecho Penal, que tienen que ver, a su vez, con puntos de partida epistemológicos distintos: el primero, de carácter personalista, el segundo, de carácter funcionalista.<sup>101</sup> Naturalmente que tras estas metodologías y puntos de partida epistemológicos subyacen determinadas “imágenes del hombre” y de la sociedad en que éste se desenvuelve, determinadas “ideologías” que juegan un papel decisivo. Me refiero al individualismo de la ya mencionada “Escuela de Frankfurt”, y al “normativismo” de JAKOBS respectivamente, modelos de los que SCHÜNEMANN

*und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (96):775 y ss, 1984);

b) *La incorporación de la reparación en el Derecho Penal como sanción penal* (SASSAR, “Schadewiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik”, en: *Festschrift für Heinz Leferenz*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1983, pp. 153 y ss), que constituye, a juicio de ROXIN, una utopía romántica, ya que supone invertir el movimiento de la rueda de la historia, en cuanto a la separación entre el Derecho Penal y el Derecho Civil. ROXIN, Claus, “*La reparación en el sistema de los fines de la pena*”, en: “*De los delitos...*”, *Op.cit.*, pp. 143-4), amén de no conceder relevancia alguna a la diferencia esencial existente entre el resarcimiento del daño y la pena (HIRSCH, Hans Joachim, “*La reparación...*”, *Op.cit.*, p. 60);

c) *Establecer la reparación como un nuevo fin de la pena* alcanzable por prestaciones compensatorias del Derecho civil (Sobre el tema, FRÜHAUF, “*Wiedergutmachung zwischen Täter und Opfer. Eine neue Alternative in der strafrechtlichen Sanktionpraxis*”, Gelsenkirchen, 1988, pp. 135 y ss; RÖSSNER, Dieter y WULF, Rüdiger, “*Opferbezogene Strafrechtsplege. Leitgedanken und Handlungsvorschläge für Praxis und Gesetzgebung*”, Bonn, 1984, pp. 82 y ss), que, en opinión de ROXIN, no está correctamente formulada, ya que si la reparación tiene eficacia preventiva, como predicen sus defensores, entonces no es que constituya un nuevo fin de la pena, sino que deberá ser «una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla» (ROXIN, Claus, “*La reparación en el sistema...*”, *Op.cit.*, p. 154);

d) *Convertir la reparación en una sanción autónoma*, en la que se mezclan elementos jurídico-civiles y penales, posición mantenida, entre otros, por Frehsee (FREHSEE, Detlev, “*Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*”, Berlín, 1987, *passim*), y Roxin (ROXIN, Claus, “*La reparación en el sistema...*”, *Op.cit.*, pp. 154 y ss), y cuestionada por Hirsch al entender que conduce, según su opinión, a la “cárcel por deudas” (debido a que en último término quien no cumpliera con la indemnización a que fue condenado, tendría que ser sometido a prisión) (HIRSH, Hans Joachim, “*La reparación...*”, *Op.cit.*, p. 66);

e) *Otorgar a la reparación un papel dependiente dentro del Derecho Penal con su carácter civil alterado*, posición sostenida por HIRSCH, y que, en la práctica, supone ceñirse a la relevancia que esta institución ya tiene en el momento actual en el Derecho Penal Alemána, sobre todo en el marco de la individualización judicial de la pena, y de la remisión condicional de la pena (HIRSH, Hans Joachim, “*La reparación ...*”, *Op.cit.*, pp. 67 y ss).

<sup>70</sup> Sobre el tema, Cfr: BUSTOS Ramirez, Juan José y LARRAURI Pijoán, Elena, “*Victimología...*”, *Op.cit.*, pp. 102 y ss; PETERS, “*Alternativas en el campo judicial*”, *Estudios de Derecho Judicial*, (20):147 y ss, 2000.

ha afirmado –y posiblemente no le falte razón- que constituyen dos callejones sin salida: el primero porque, en su opinión, está abocado a expresar en demasía un único principio, convirtiéndolo en un obstáculo más que en un elemento positivo, y el segundo, porque necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia.<sup>102</sup>

Junto con esto, la discusión se ha enriquecido con la aportación llevada a cabo recientemente por GRACIA MARTÍN, que propone construir un nuevo discurso basado en un «criticismo dogmático-filosófico», cuya pretensión última sería interpretar los conceptos y principios jurídico-penales en el contexto del materialismo de la Historia.<sup>103</sup> Su afirmación de que “la totalidad de los principios, criterios político-criminales, e instrumentos dogmáticos de la modernización, son conformes con las exigencias del Estado de Derecho”, de modo que “esta conformidad se realiza en un grado tan absoluto que la misma no admite ni excepciones ni una mínima relativización”,<sup>104</sup> deberá ser objeto, sin embargo, de una profunda discusión. En mi opinión, y en una primera aproximación, dicha afirmación resulta cuando menos “demasiado contundente”, sobre todo si no perdemos de vista que el Derecho Penal moderno comprende construcciones a las que ya aludo en el título de este

---

71 VON HIRSCH, Andrew y JAREBORG, Nils, “*Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*”, Bonn, 1991; VON HIRSCH, Andrew “*Censurar y castigar!*”, trad. LAURRARI Pijoán, Elena Madrid, 1998, *passim*.

72 VON HIRSCH y JAREBORG, Elena “*Neoklassizismus in der skandinavischen Kriminalpolitik: Sein Einfluß Seine Grundprinzipien und Kriterien*”, en: ESER, Albin y CORNILS, Karin, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*, Freiburg, 1987, pp. 35-64.

73 VON HIRSCH, Andrew y JAREBORG, Nils, “*Strafmaß...*” *Op.cit.*, p. 4, nota 16.

74 WEIGEND, Thomas, “*»Neoklassizismus« -ein Transatlantisches Missverständnis-*” *ZStW*, (94):801-814, 1982,; TROTHA, “*Wiederkehr der alten Strafpolitik? Zur Kritik der neoklassizistischen Kriminalpoliti*”, en: *Distanz und Nähe*, Tübingen, 1987, pp. 83 y ss; CHRISTIE, Nils, “*Die versteckte*

---

trabajo, como es el por JAKOBS denominado y descrito como “Derecho Penal del enemigo”, que puede identificarse sin demasiadas dificultades como una corriente regresiva, que carece de legitimidad constitucional.

El fenómeno de la expansión/modernización puede caracterizarse, en mi opinión, por tres grandes notas: la *administrativización* del Derecho Penal, la *regionalización/globalización* del Derecho Penal, y la progresiva *deconstrucción del paradigma liberal* del Derecho Penal. SILVA SÁNCHEZ ha estudiado el problema relacionándolo con las siguientes variables: creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía,<sup>105</sup> y asumiendo como vía de solución la existencia en el futuro de un “Derecho Penal de dos velocidades”. Por su parte, ARROYO ha vinculado la perspectiva del riesgo con los siguientes fenómenos del Derecho Penal: la creación legislativa de delitos de peligro, o incriminación de conductas creadoras de riesgo, sin esperar a la producción efectiva de lesiones o muerte; la aparición por obra de la ley y de la interpretación, de bienes jurídicos colectivos cuyo núcleo es la idea de seguridad: la seguridad en el tráfico, la seguridad en el trabajo, etc; la “modernización” de los presupuestos materiales y subjetivos de la responsabilidad (imputación objetiva) y, vinculado a ello, el desarrollo dogmático jurídico de la responsabilidad por delito imprudente, de acción y omisión.<sup>106</sup>

Ciertamente la regulación de estos nuevos ámbitos precisa juicios de valor eminentemente normativos, y por ello se recurre a reglamentar los sectores de riesgos socialmente más significativos como la energía nuclear, el medio ambiente, las investigaciones biomédicas, la producción alimentaria, etc, lo que tiene como consecuencia la utilización frecuentísima en este ámbito de leyes penales en blanco. Este fenómeno, que puede globalmente denominarse “*administrativización*” del Derecho Penal, se caracteriza, pues, por la combinación de factores como la introducción de nuevos objetos de protección, la anticipación de las fronteras de la protección penal, y la transición, en definitiva, del modelo de *delito de lesión de bienes individuales*, al modelo de *delito de peligro de bienes supraindividuales*.<sup>107</sup> La cuestión clave radica

---

79 *Ibíd*, pp. 59-62.

<sup>80</sup> VON HIRSCH y JAREBORG se esfuerzan por ello en aclarar el malentendido que atribuye al neoclasicismo una sobrevaloración de la prevención general y una tendencia a la agravación de las penas. Consideran, como ya hemos advertido, que la prevención general es la finalidad que representa la razón fundamental por la que en el Derecho Penal moderno se procede a la

en el entendimiento del concepto de bien jurídico, como MOCCIA en un trabajo de título esclarecedor ha puesto de relieve.<sup>108</sup> Este autor entiende que el bien jurídico sufre actualmente una crisis que cuestiona su función más significativa: la de delimitar la intervención penal, y ello como consecuencia de entender legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión al bien jurídico, sin tener en cuenta el criterio del daño social de la conducta, en nombre de un exasperado pragmatismo de la eficiencia.<sup>109</sup> El Derecho Penal, al convertirse en gran medida en un Derecho de gestión punitiva de riesgos generales y no limitarse, como había venido haciendo, a la reacción frente a un hecho lesivo individualmente delimitado, corre el riesgo de “administrativizarse” y perder su configuración garantista.<sup>110/111</sup>

El concepto de “riesgo permitido” juega un papel regulador básico en la dogmática penal de este “nuevo” Derecho Penal, como figura jurídica que permitiría reputar conforme a Derecho acciones que comportan un peligro de lesión para bienes jurídicos, siempre que el nivel de riesgo se mantenga dentro de unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y control necesarias para disminuir justamente el peligro de aparición de dichos resultados lesivos.<sup>112</sup> Como ha puesto de relieve PAREDES CASTAÑÓN, no es posible reducir el concepto “riesgo permitido” a un solo momento del proceso de valoración jurídico-penal de la conducta, sino que puede operar en todos: puede operar como “causa de exclusión general del desvalor objetivo de la conducta”, y como “tópico de la argumentación jurídico-penal en sede de antijuridicidad”, que serviría para modificar la forma de argumentar la valoración que merecen las conductas desde el punto de vista penal.<sup>113</sup> Es decir, se trata de un criterio que expresa una ponderación de todos los intereses jurídico-penalmente relevantes,<sup>114</sup> juicio de ponderación en el que, en opinión de SILVA, se precisaría una valoración previa, que debería incluir como premisa mayor la autocomprensión de la sociedad y el orden relativo

---

criminalización de comportamientos, pero señalan que el neoclasicismo no pretende en modo alguno una maximización de esta tendencia del sistema. Ahora bien, la medición de la pena ha de guiarse exclusivamente conforme a un criterio de proporcionalidad con la gravedad del hecho. La pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho para ser justa, y la pena proporcional es la pena justa porque el autor recibe la pena que ha «ganado» -o dicho de otra manera- que «merece», correspondiente al grado de «reprochabilidad» del

de valores (o preferencias) en que aquélla se plasme. Esta es la argumentación utilizada para poner de relieve que, justamente en el significativo cambio de la autocomprensión social producido en las últimas décadas, se halla la modificación del producto del juicio de ponderación de intereses antes referido en el sentido de disminución de los niveles de riesgo permitido, como consecuencia de una sobrevaloración esencial de la seguridad.<sup>115</sup> Estas demandas de seguridad encuentran acogida por la vía de los delitos de peligro abstracto, pues la incriminación de conductas por la vía de los delitos imprudentes de resultado no resulta satisfactoria, al caracterizarse justamente por la confianza del agente en la no-producción del resultado.

La *globalización*, como fenómeno económico internacional, y la *integración supranacional*, como fenómeno jurídico-político, constituyen, a su vez, dos factores que inciden de modo decisivo en la discusión sobre el Derecho Penal de la sociedad post-industrial, en el mismo sentido que vengo describiendo, pues tras ellos subyace la reivindicación de una lucha más eficaz contra la criminalidad.<sup>116 / 117</sup> El Derecho Penal que se ve afectado por el planteamiento de la globalización es básicamente el que afecta a la delincuencia económica y el de la delincuencia organizada en general,<sup>118</sup> fenómenos ante los cuales caben, en opinión de SILVA, dos opciones: “o bien se acomete una sectorialización de las reglas de la Parte General del Derecho Penal, o bien se asume que, debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas por las que se han venido rigiendo.”<sup>119 / 120</sup>

Las consecuencias de este estado de cosas no son nada alentadoras. Como han señalado MUÑOZ CONDE y HASSEMER, algunos hechos característicos de la “sociedad de riesgos” ha generado una alarma social que está provocando una tendencia a abordarlos con la sola ayuda del Derecho Penal, lo cual tiene unos costes que inciden en las garantías tradicionales del Estado de Derecho.<sup>121</sup> El fenómeno de la expansión se inserta claramente en un *marco general de restricción*, o en el mejor de los casos, “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho Penal, y ello debido a una pluralidad de circunstancias que conectan, como se ha dicho, con la naturaleza de los bienes jurídicos que

---

84 FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho Penal mínimo*”, en: Poder y Control, (0):25 y ss, 1986.

85 FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón. Teoría*

pretenden ser protegidos (bienes jurídicos supraindividuales), la técnica de tipificación utilizada (delitos de peligro abstracto), y la autoría en este ámbito (criminalidad empresarial, a través de aparatos organizados de poder, de carácter transnacional, etc).<sup>122</sup>

Para ser honestos desde el punto de vista científico creo que al menos hay que tener la “valentía” de manifestarse en este punto, aunque ello no signifique optar radicalmente por uno u otro punto de vista. Personalmente creo que la modernización del Derecho Penal es necesaria, y por otra parte, imparable. Como bien han señalado SCHÜNEMANN<sup>123</sup> y GRACIA MARTÍN<sup>124</sup> recientemente, los problemas de nuestro tiempo son muy diferentes a los del siglo XVIII, se ha producido una modernización de la criminalidad que conlleva, sin duda, un cambio en los planteamientos jurídicos que deben abordarla. En este sentido es claro que el Derecho Penal debe poder alcanzar también la “criminalidad de los poderosos”, y dejar de ser uno sólo destinado a afectar a los marginados y menos favorecidos en la sociedad. Es claro, también, que el Derecho Penal moderno conlleva la tipificación de delitos de peligro y protege bienes jurídicos colectivos, y que no tiene sentido negar *ab initio* legitimidad a estos últimos, pues ello se basaría, como ha dicho ROXIN, sólo en un “infundado escepticismo” sobre la capacidad de rendimiento de una dogmática penal político-criminalmente fundamentada.<sup>125</sup> Pero, por otra parte, es imprescindible no pasar por alto que la modernización del Derecho Penal, si de verdad quiere representar una “evolución” del mismo, debe llevarse a cabo con **escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho**, y no a golpe de las exigencias de “seguridad” de una sociedad que no conoce criterios de “razonabilidad” acerca de la intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada. Como nos recordaba BARATTA, “los mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos fundamentales a favor de ciudadanos “respetables” y a costa de los excluidos (inmigrantes, parados, indigentes, toxicómanos, jóvenes marginados, etc.) condicionan una reducción de la seguridad jurídica que, a su vez, alimenta el sentimiento de inseguridad en la opinión pública. El resultado es una forma de estilización selectiva de

88 *Ibid*, p. 252.

89 FLETCHER, George, “*Utilitarismus und Prinzipien im Strafrecht*”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, \_807-808, 1986.

90 FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón...*”, *Op.cit*,

---

las áreas de riesgo de violación de los derechos, donde la parte no está en el todo, sino en lugar del todo o, directamente, contra el todo, entendido el todo como los derechos fundamentales y todas las personas.”<sup>126</sup>

En mi opinión, es importantísimo no perder de vista este horizonte, porque el riesgo que corremos es posiblemente retroceder muchísimo en el camino emprendido hace muchos años en defensa de una consideración garantista y humanista del Derecho Penal. Una muestra de lo que digo, de los riesgos que corremos, la veo en los movimientos actuales en “defensa de la víctima”, refrendados incluso con propuestas de algunos políticos, de la derecha y de la izquierda,<sup>127</sup> con indudable afán de protagonismo, que pretenden estigmatizar socialmente de un modo a poder ser definitivo a los autores de determinados delitos, que se consideran especialmente reprobables. Con ello, lamentablemente, no sólo se quiere dar la vuelta al paradigma del Derecho Penal como *Carta Magna* del delincuente, sino “revolver” los instintos de venganza de la sociedad, y “sacar partido”. Tampoco conviene olvidar, sin embargo, que la sociedad evoluciona y plantea nuevas exigencias al Derecho Penal y Procesal Penal decimonónicos, a los que el ordenamiento jurídico debe dar una respuesta adecuada. Cerrar las puertas a cualquier modificación de planteamientos ya arraigados puede conducir igualmente a resultados insatisfactorios. Un ejemplo de ello puede verse posiblemente en el modo en que el legislador español de 1995 ha abordado la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde por querer mantenerse inamovible en el postulado *societas delinquere non potest*, ha acabado adoptando una solución de escasa

---

93 Cfr: Vv.Aa, “*La insostenible situación del Derecho Penal*”, Granada, 2000, *passim*; también, por todos, ARROYO Zapatero, Luis Alberto, NEUMANN, Ulfried, y NIETO Martín, Adán (Coords.), “*Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*”, Cuenca, 2003, *passim*.

94 Sobre la problemática en la doctrina española, Vid: GRACIA Martín, “*Prolegómenos...*”, *Op.cit*, *passim*; MATA y MARTÍN, “*Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*”, Granada, 1997, *passim*; MENDOZA Buergo, “*El derecho penal en la sociedad de riesgo*”, Madrid, 2001, *passim*; SÁNCHEZ García de Paz, “*El moderno Derecho Pena y la anticipación de al tutela penal*”, Valladolid, 1999, *passim*; SILVA Sánchez,



fiabilidad garantista: se prevén unas medidas accesorias a la pena, cuya naturaleza jurídica es una incógnita, puesto que no son penas y tampoco medidas de seguridad, pero que permiten incluso la clausura definitiva de la empresa (Art. 129 CP).<sup>128</sup> Tal vez sea conveniente relajar la rigidez de determinados postulados dogmáticos, aunque ello no sea todo lo lógico que debería ser desde el estricto punto de vista del pensamiento sistemático, y construir un sistema garantista también para esas nuevas realidades que el Derecho Penal de facto aborda.

---

98 Cfr: BECK, Ulrico, *“Riskogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere moderne,”* Frankfurt am Main, 1986, *passim*; HERZOG, *“Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Studien zur Vorlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich,”* Heidelberg, 1991, *passim*; el mismo, *“Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo,”* trad. de Anarte Borralló, *RP*, (4):54 y ss, 1999; el mismo, *“Sociedad del riesgo, Derecho Penal del riesgo, regulación del riesgo -perspectivas más allá del Derecho Penal,”* trad. de Demetrio Crespo, en: ARROYO Zapatero, Luis Alberto, NEUMANN, Ulfried y NIETO Martín, Adán, (Coords.) *Crítica y justificación del Derecho Penal...*, *Op.cit.*, pp. 249 y ss; KINDHÄUSER, *“Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft,”* Universitas, 3/1992; MOCCIA, *“La perenne*

---

101 Sobre éste último círculo de problemas, Vid: PORTILLA Contreras, Guillermo *“Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho Penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales”*,



---

107 SILVA Sánchez, Jesús María, “*La expansión del Derecho Penal...*”, *Op.cit*, p. 98

108 MOCCIA, Sergio, “*De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*”, en: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997, pp. 113 y ss.

109 *Ibid*, pp. 114-115.

110 DONINI, “*Selettività e paradigmi della teoria del reato*”, *Revista italiana di diritto e Procedura Penale*, :393, 1998; CID Moliné, José, “*Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones*

---

113 PAREDES Castañón, José Manuel, “*El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*”, Madrid, 1995, pp. 518 y ss.

114 *Ibid*, p. 483.

115 SILVA Sánchez, Jesús María, “*La expansión del Derecho Penal...*”, *Op.cit*, p. 32.

<sup>116</sup> Vid. al respecto las interesantes reflexiones de QUINTERO Olivares, Gonzálo, “*El Derecho Penal ante la globalización*”, en: ZÚÑIGA Rodríguez, Laura, MÉNDEZ Rodríguez, Cristina y DIEGO Díaz-Santos, María Rosario, “*El Derecho Penal ante la globalización*”, Madrid, 2002, pp. 11-25; también BERNARDI, “*El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo*”, trad. de C. Portaceli Sevillano, en *Revista de Derecho y Proceso Penal* (en prensa), con abundantes referencias bibliográficas; y PÉREZ Cepeda, Ana Isabel, “*La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional*” en: LH al Prof. Baratta, Alessandro, (en prensa).

de 26 de julio de 1995 establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Como resultado de esta política de cooperación intergubernamental se llegó a la redacción del *Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*: se trata de un estudio y propuesta legislativa hecha por un grupo de expertos a petición del Parlamento Europeo, que representa el primer intento de sintetizar principios penales comunes de la Unión Europea, con el objetivo de crear un espacio judicial común. Los últimos avances en el ámbito europeo pueden verse en la *resolución adoptada por el Parlamento Europeo en septiembre de 2003*, instando la creación de un Código penal europeo que incorpore un catálogo de garantías procesales comunes, así como la *Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros* (Vid, entre otras referencias: QUINTERO Olivares, Gonzalo, “La unificación de la Justicia Penal en Europa”, *Revista Penal*, (3):51 y ss, 1999; en sentido crítico, KÜHL, “Europäisierung der Strafrechtswissenschaft”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (109):777 y ss, 1997.; y más recientemente, por todos, TIEDMANN, Klaus, (Edt.), “*Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik. Rechtsvergleich. Rechtspolitik*”, Köln. Berlín. Bonn. München, 2002, *passim*; TIEDMANN, Klaus, (Drt.), NIETO Martín, Adán, (Coord.), “*Eurodelitos. El Derecho Penal Económico en la Unión Europea*”, Cuenca, 2003, *passim*; SANZ Hermida, Agata María, “El futuro espacio europeo de Justicia Penal. Hacia el reconocimiento de un principio de territorialidad penal europea”, *Revista del Poder Judicial*, (71):175-191, 2003; HIRSCH, Hans Joachim, “Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y del derecho procesal penal de la Unión Europea”, trad. de D. Pastor, en: “*Libro Homenaje al Profesor Julio Maier*” (en prensa).

<sup>118</sup> Cfr: BARBERO Santos, Marino, (Ed.), “*Criminalidad organizada (reunión de la Sección nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest)*”, Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, *passim*. Se ha constatado por la doctrina una ósmosis sustancial entre estos dos fenómenos según la cual la criminalidad organizada es sustancialmente económica, y la criminalidad económica es cada vez más “organizada”, bien que pueda tratarse de una consideración excesivamente general (Sobre ello, Cfr: FOFFANI, Luigi, “*Criminalidad organizada y criminalidad económica*”, trad. de Pifarré de Moner, *Revista Penal*, (7):55 y ss, 2001. Especialmente significativos son en este ámbito,

---

121 MUÑOZ Conde, Francisco y HASSEMER, Winfried, “*La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*”, Valencia, 1995, pp. 27 y ss.

122 Véase al respecto las palabras de SILVA: “La aspiración «naïve» de eficacia en la obtención de las ansiadas seguridad y satisfacción por parte de una colectividad que se autocomprende ante todo como víctima conduce a una animadversión frente a las formas y los procedimientos. Estos se interpretan como obstáculos, como problemas en sí mismos. Ello conduce a poner en cuestión los propios principios formales del Derecho Penal, que durante años han representado

---

125 ROXIN, Claus, “*Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad*”, en: La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal, Valencia, 2000, pp. 57-94, esp. p. 65.

<sup>126</sup> BARATTA, Alessandro, “*El concepto actual de seguridad en Europa*”, *Revista Catalana de Seguridad Pública*, (8):19, 2001.

<sup>127</sup> Directamente al “desprecio” del Derecho penal académico por los políticos, “convencidos de



---

el legislador refuerzan la imagen que los legisladores tienen del derecho penal: un buen campo de desarrollo de demagógicas y pretendidas respuestas de firmeza ante cualquier conflicto que en un determinado momento inquiete a la opinión pública (...). Suponer que lo que se decida en esas condiciones en relación con la cantidad de pena es fruto de una



# EL «DERECHO PENAL DEL ENEMIGO» DARF NICHT SEIN!\*

## *Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad*

Eduardo Demetrio Crespo\*\*

---

\* Este artículo ha sido publicado en: CANCIO Meliá, Manuel y GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (cords.), “Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión”, Buenos Aires-Montevideo, Vol.1, Edisofer, 2006, pp. 473-509. Apareció en *Revista General de Derecho Penal*, [en línea] n°4, noviembre 2005, disponible en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), y más tarde, con actualizaciones bibliográficas y más referencias, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, [en línea] 9, 2006, pp. 428-442 disponible en [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com). En esta última revista se encuentra la versión alemana del mismo con el siguiente título: «Das „Feindstrafrecht“ darf nicht sein! Zur Unzulässigkeit des sogenannten „Feindstrafrechts“ und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion und Tendenzen in Spanien», en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 9, 2006, pp. 413-427.

Trabajo terminado en el Instituto de Derecho Penal extranjero e internacional de la Universidad de Colonia al comienzo de una estancia de investigación financiada por la Fundación Alexander von Humboldt. Mi gratitud al Director de este Centro, Prof. Dr. Thomas Weigend, por sus interesantes observaciones. Se tienen en cuenta algunas cuestiones planteadas en la discusión que tuvo lugar el 08 de mayo de 2005 en Frankfurt Oder con motivo de la *Strafrechtslehrertagung «Transnationale Grundlagen des Strafrechts»*, a la que tuve oportunidad de asistir. Agradezco al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Günther Jakobs haber podido conversar con él sobre la evolución de su pensamiento en este punto, así como su amabilidad al permitirme acceder anticipadamente al texto del artículo correspondiente a su ponencia “*Terroristen als Personen im Recht?*” *ZStW*, (117):839-851, 2005,4].

\*\* Profesor Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo (ESPAÑA), en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Área de Derecho Penal. Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca (ESPAÑA.) Doctor en Derecho.

**Sumario: I.** Punto de partida; 1. Metodológico: el “ser” y el “deber ser” del Derecho penal; 2. Filosófico-político: liberalismo-comunitarismo; **II.** Derecho penal del enemigo: 1. “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad, 2. ¿Un “derecho penal del enemigo” legítimo?; 3. Características del “derecho penal del enemigo”; 4. ¿“Derecho penal del enemigo” como estado de necesidad en el marco de lo indispensable?; 5. “Derecho penal del enemigo” como concepción descriptivo-prescriptiva y excepción consecuente respecto a la estabilización de la norma; 6. “Derecho penal del enemigo” como “Derecho penal de autor”; **III.** El “derecho penal del enemigo” en el contexto de la modernización/expansión del Derecho penal; 1. Diferenciaciones previas; 2. La necesaria protección de bienes jurídicos colectivos; 3. La búsqueda de la eficacia y la seguridad; **IV.** Conclusiones

*“Im Banne der Terrorgefahr hat sich ein rechtsfreier Raum gebildet, der erlaubt, was noch vor kurzem ausgeschlossen schien, daß nämlich ein doppelter Freibrief im Welcherverhältnis der Staaten ausgestellt wird: Jeder kann seine heimische Feinde als Terroristen mit dem Segen der Staatengemeinschaft bekämpfen, und die Menschenrechtsverletzungen von Verbündeten werden mit Diskretion übergangen und dadurch ermöglicht” (U. Beck, Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden, Frankfurt am Main, 2004, p. 213).*

## I. PUNTO DE PARTIDA

A la problemática del llamado “Derecho penal del enemigo” subyace una

vieja discusión: la tensa relación entre libertad y seguridad. Esta contraposición básica se resuelve en el modelo del “Derecho penal del enemigo” unilateralmente a favor de ésta última. El tema debe insertarse, pues, adecuadamente en su contexto metodológico y filosófico-político.

### 1. Metodológico: el “ser” y el “deber ser” del Derecho penal

La contraposición entre seguridad y libertad pertenece sin duda a los temas clásicos de la Filosofía del Derecho, así como de la Filosofía Política. La enorme repercusión que éste tiene para el Derecho Penal se explica ya por este sólo motivo. Como veremos, estos tópicos, “libertad-seguridad”, “hermenéutica del deber-hermenéutica de la libertad”, “ser-deber ser del derecho” conectan con modelos de pensamiento de la Filosofía Política, que a su vez se vierten al Derecho Penal a través de la discusión acerca de los fines de la pena. Estos constituyen el alfa y el omega del Derecho Penal, punto de partida y punto de llegada de la mayor parte de las reflexiones que afectan a su evolución dogmática y/o político-criminal. En la discusión se puede distinguir al menos un punto de partida propio de la metodología jurídica y uno de la filosofía política.

Respecto al primero, cabe decir que en la actual discusión neo-constitucionalista se replantea la *relación entre el ser y el deber del Derecho*: mientras que aquel puede ser muy diverso, éste, por el contrario, es o aspira a ello, muy semejante.<sup>1</sup> Desde esta perspectiva, como explica *García Figueroa*, se trata de hallar algún vínculo del ser del Derecho con su deber ser: el *aspecto material* de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la recepción por el ordenamiento de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales (carga axiológica); el *aspecto estructural-funcional* de dicha constitucionalización viene dado por la estructura de las normas constitucionales y el tipo de argumentación que estas fomentan basada en los principios constitucionales, que permiten expandir su ámbito de influencia (*Ausstrahlungswirkung*).<sup>2/3</sup> Como advierte *E. Díaz* «esta necesaria y autónoma diferenciación opuesta por sí misma a toda *unificación* que implique fusión y confusión de ambas dimensiones (iusnaturalismo tradicional), no se reduce ni se identifica tampoco en modo alguno con la incomunicación, ruptura y escisión entre ambas (positivismo extremo).»<sup>4</sup> Pues bien, esta ten-

---

<sup>1</sup> GARCÍA Figueroa, Alfonso Jaime en: CARBONELL Sánchez, Miguel (Edt.), “Neoconstitucionalismo” (s), 2003, pp. 159 ff.; *ibid.*, en: BETEGÓN Carrillo, Jerónimo, DE PÁRAMO Argüelles, Juan Ramón, LAPORTA San Miguel, Francisco Javier y PRIETO Sanchís, Luis (Edt.), “Constitución y Derechos Fundamentales”, 2004, pp. 235 ss.

sión entre el ser y el deber ser del Derecho se refleja en el Derecho Penal, en la delimitación entre funciones y fines del mismo<sup>5</sup>. Estos últimos legitiman su intervención, aquellas pueden entrar en disonancia con estos últimos, y contribuir acaso a lo contrario. Esta es una problemática subyacente al debate acerca de la seguridad y la libertad en el Derecho penal porque, como veremos después, tras los actuales modelos político criminales de la seguridad se albergan funciones simbólicas vinculadas a determinadas exigencias sociales,<sup>6</sup> que no se corresponden con la finalidad básica del Derecho Penal del hecho, a la que algunos renuncian, consistente en la protección de bienes jurídicos.<sup>7</sup>

La conclusión que se alcanza es que el vínculo de unión entre el ser y el deber ser del Derecho penal han de ser los Derechos Humanos. Cualquier pretensión de modulación del Estado de Derecho basada en exigencias de seguridad, o en un estado de necesidad de cualquier tipo<sup>8</sup>, que pase por alto este punto, es según esta perspectiva inaceptable.

## 2. Filosófico-político: liberalismo-comunitarismo

Respecto al segundo, no cabe duda de que tras la contraposición seguridad-libertad se hallan diferentes tradiciones filosófico-políticas que explican los términos de la relación de modo diverso: el liberalismo y el comunitarismo.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> GARCÍA Figueroa, Alfonso Jaime (Nota. 1), p. 165

<sup>3</sup> Vid, al respecto, las valiosas aportaciones de *Donnini* para la implementación del “constitucionalismo” a la Ciencia Penal: DONNINI, Massimo *en*: MIR Puig, Santiago, CORCOY Bidasolo, Mirentxu y GÓMEZ Martín, Victor, (Edt.), *La política criminal en Europa*, 2004, p. 41 (55, 56) [“...en muchas culturas europeas el desarrollo de un *Derecho penal orientado a la Constitución* aparece incluso en los albores de su historia y *debe ser absolutamente implementado*”; “En un contexto cuanto menos europeo, es sobre todo una dogmática fundada en principios constitucionales y de garantía la que contiene una fuerza propulsora que la dogmática, en cuanto «teleológicamente» orientada (...) no tiene”] (cursivas en el original); *ibid.*, “Il volto attuale dell’illecito penale”, en PÉREZ Álvarez, Fernando (edt.), “*Serta in memoriam Alexandra Barata*”, Salamanca 2004, p. 1227 (1240).

<sup>4</sup> DÍAZ, Elías, Boletín informativo 286, Fundación Juan March 1999, p. 4.

<sup>5</sup> SILVA Sánchez, Jesús María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992, p. 194; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995; PÉREZ Manzano, Mercedes “*Culpabilidad y prevención*”, 1986, p. 217 ss.; DEMETRIO Crespo, Eduardo, “*Prevención general e individualización judicial de la pena*”, 1999, p. 56 ss.

<sup>6</sup> Díez Ripollés, José Luis, *CRP* (85):48, 1998; *ibid.*, AP 2001, (1):1; *ibid.*, *Doxa* (24):485, 2001; *ibid.*, “*La racionalidad de las leyes penales*”, 2003; PASTOR, Daniel R., “*Recodificación penal y principio de reserva de código*”, 2005, p. 15 ss.

<sup>7</sup> Vid, entre otras referencias, GÜNTHER, *en*: Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Edt.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, p. 445 ss; HIRSCH, Hans Joachim, *en*: COURAKIS, Nestor, (Edt.), *Die Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert. Festschrift für Dionysios Spinellis*, Band I, 2001, p. 425 ss.; ALCÁCER Guirao, Rafael “*¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*”, 2003; PORTILLA Contreras, Guillermo, *en*: OCTAVIO De Toledo y Ubieto, Emilio, GURDIEL Sierra, Manuel y CORTÉS Bechiarelli, Emilio (Edt.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 895 ss.

El liberalismo no es una doctrina unitaria, y a los autores clásicos como *Hobbes, Mandeville, Locke, Adam Smith, Voltaire, Kant, Bentham y J.S Mill*, se han unido en el siglo XX múltiples versiones del liberalismo como las de *Popper, Hayek, Nozick, y Dworkin*.<sup>10</sup> Especialmente significativas para la Filosofía política han sido sin duda en tiempos recientes la obra de *Rawls*<sup>11</sup> y *Habermas*.<sup>12</sup> Frente al énfasis liberal en la razón y los derechos individuales básicos,<sup>13</sup> el comunitarismo estima que con ello se infravalora la importancia de la comunidad, condición indispensable para crear un marco social cohesionado y justo. Aparte de la obra de *Tönnies Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), autores de la talla de *Marx, Nietzsche, Weber, Simmel, Adorno, Heidegger, Arendt*, etc., y más recientemente *Alasdair MacIntyre* y *Charles Taylor*, han llevado a cabo reflexiones críticas en este sentido.<sup>14</sup>

Ciertamente, como advierte *Alcacer Guirao*, “lo que caracteriza a la institución social de la pena y confiere a la discusión sobre la misma hondas raíces éticas en su carácter de doble filo respecto a la libertad individual, que, por un lado, protege de forma colectiva, pero que por otro vulnera con su imposición.”<sup>15</sup> No en vano, señala *Zaffaroni*, “la consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantías y seguridad.”<sup>16</sup> Esta discusión sobre la legitimidad del Derecho Penal se plasma en el binomio *prevención-garantías*, en permanente conflicto (a mayor prevención, mayor detrimento de las garantías; y a mayor maximización de las garantías, menor funcionalidad preventiva). Tras este binomio cabe descubrir diversas formas de racionalidad, en particular una teleológica (*Zweckrationalität*), y una deontológica o

<sup>8</sup> Sobre la problemática del “estado de necesidad del Estado”, vid, por todos, JAHN, Matthias, “Das Strafrecht des Staatsnotstandes. Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe und ihr Verhältnis zu Eingriff und Intervention im Verfassungs- und Völkerrecht der Gegenwart” 2004, passim.

<sup>9</sup> Sobre la importancia de la problemática en la teoría de la pena y la política criminal, Cfr: KUNZ, “Bürgerfreiheit und Sicherheit. Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik”, 2000, p. 35 ss.

<sup>10</sup> MUÑOZ, J., “Diccionario de Filosofía”, 2003, p. 526

<sup>11</sup> RAWLS, Jonh, “Eine Theorie der Gerechtigkeit”, 7 ed. 1993; *ibid.*, “Politischer Liberalismus”, 1998; HINSCH, Hans Joachim, (Edt.), “Zur Idee des politischen Liberalismus. John Rawls in der Diskussion”, 1997.

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen, “Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats”, 5. ed. 1997; *ibid.*, “Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie”, 1996.

<sup>13</sup> Vid, al respecto, BETEGÓN Carrillo, Jerónimo, *en*: BETEGÓN et al. (Nota. 1), p. 41 (“El liberalismo, en un sentido originario o primario, debe ser caracterizado como una teoría política cuyo interés central es la defensa de una doctrina acerca de los límites del gobierno y que, a tal fin, suministra un marco de garantías institucionales que salvaguardan la libertad personal”).

<sup>14</sup> MUÑOZ, J. (Nota 10), p. 100 s.

valorativa (*Wertrationalität*), que se corresponden con dos tradiciones éticas: la utilitarista y la kantiana.<sup>17</sup>

En el terreno de los fines de la pena, han sido las teorías de la prevención general positiva en sus diferentes variantes las encargadas de intentar lograr la armonía entre los dos polos, en particular, entre las exigencias de la prevención y las derivadas de la culpabilidad.<sup>18</sup> Las variantes teóricas y las aportaciones doctrinales en este terreno son prácticamente inabarcables y no es el objetivo de este trabajo entrar a fondo en ellas, pero sí tratar de establecer el vínculo existente entre la variante funcionalista sistémica de la prevención general positiva y el llamado “derecho penal del enemigo.”<sup>19</sup> Como trataré de argumentar, en mi opinión, el “derecho penal del enemigo” aparece como una “excepción”, no contradictoria, sino consecuente, con ese modo de entender los fines y/o funciones del Derecho Penal.<sup>20</sup>

## II. “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”

### 1. “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad

Las reformas del Código Penal español producidas a lo largo del año 2003 han sido objeto de preocupación y crítica por parte de la doctrina penal<sup>21</sup> al entender que a ellas subyace un modelo político-criminal que antepone la seguridad a las garantías.<sup>22</sup> También en el Derecho comparado se observa el mismo fenómeno.<sup>23</sup> Es necesario, por tanto, preguntarse acerca de su legitimidad y compatibilidad con el “Derecho Penal del hecho” propio del Estado de Derecho. La lógica consecuencia de este planteamiento será argumentar si el derecho a la seguridad es realmente tal, o si la seguridad es sólo un aspecto dependiente de la garantía de los derechos de las personas (de todas las personas) frente al Estado y frente a terceros. No se trata de una especulación teórica, sino de una pregunta que afecta a los Derechos Fundamentales de

<sup>15</sup> ALCACER Guirao, Rafael, *Doxa* (25) :139.

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Discurso para la investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha”, 2004, p. 20.

<sup>17</sup> Más ampliamente, por todos, ALCACER Guirao, Rafael, *ADPCP* 1999 (LII):177; *ibid.* (Nota 15):139 y ss.

<sup>18</sup> Sobre los diferentes modelos de pensamiento, SCHUMANN “Positive Generalprävention”, 1989, p. 1 ss.; DEMETRIO Crespo, Eduardo, (Nota 5), p. 114 ss.

<sup>19</sup> Acerca del funcionalismo en el Derecho penal, entre otras referencias, Vid: GARCÍA Amado, *Doxa* (23) :233, 2000; PEÑARANDA Ramos, Enrique, *Doxa* (23) :289, 2000; PORTILLA Contreras, Guillermo en: DíEZ Ripollés, José Luis, ROMEO Casabona, Carlos María, GRACIA Martín, Luis e HIGUERA Guimerá, Juan Felipe, (Edt.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, 2002, p. 135 ss; PRIETO Navarro, Evaristo, *Doxa* (23) :265, 2000; SACHER, *ZStW* 2006 (en prensa).

<sup>20</sup> Vid, por todos, JAKOBS, Günther, “*Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*”, 2004, *passim*.



las personas: ¿se trata de intereses en conflicto, o encuentran su síntesis en un concepto de libertad que tiene en la seguridad uno de sus presupuestos?<sup>24</sup>

Es necesario aclarar si una intervención más incisiva del Derecho Penal realmente aporta seguridad o inseguridad. Si concedemos a la seguridad un estatuto autónomo posiblemente pisemos terreno firme para defender la idea de que un recrudescimiento del Derecho Penal es legítimo en la medida en que ello sea necesario para proteger el derecho a la seguridad de los que no delinquen. Si por el contrario entendemos que de lo que se trata realmente es de proteger bienes jurídicos, bajo la consideración de que cualquier ciudadano puede en un momento dado delinquir, la idea de la seguridad no puede ponerse al servicio de una merma de garantías en ningún caso, porque lo que se está introduciendo es inseguridad. La idea de la “seguridad” que justifica el recrudescimiento punitivo es en parte real, en parte simbólica, en parte objetiva, en parte subjetiva, difícil de delimitar. La “inseguridad” que puede conllevar se transforma en inseguridad jurídica a través por ejemplo de la indeterminación en la tipificación de las conductas, la indefinición de los bienes jurídicos protegidos, el adelantamiento de la punibilidad mediante los delitos de peligro, o en general, de la relajación de las garantías en busca de la presunta eficacia.

Se trata en definitiva de un detrimento de la libertad basado en la lógica funcional del *Estado preventivo*, que preconiza un *modo de actuar proactivo* frente a los riesgos, y no como sería propio del *Estado de Derecho*, delimitado

<sup>21</sup> Entre otras referencias, vid: ACALE Sánchez, María, en: PÉREZ Álvarez, Fernando, (Edt.) (Nota 3), p. 1197 ss; CUGAT Mauri, en: PÉREZ Álvarez, Fernando, (Edt.) (Nota 3), p. 183 ff; DEMETRIO Crespo, Eduardo, RDP (1) :505, 2005; *ibid.*, en: BERNUZ Beneitez, María José y PÉREZ Cepeda, Ana Isabel, (Edt.), La tensión entre la libertad y la seguridad: una aproximación sociojurídica, 2006, p. 107 ss; LAURENZO Copello, Patricia, JpD (50) :30, 2004; MAQUEDA Abreu, María Luisa, en: PÉREZ Álvarez, Fernando (Edt.) (Nota 3), p. 1287 ss.; MIR Puig, Santiago y ALCÁCER Guirao, Rafael. GA :243, 2005; NIETO Martín, Adán RP (13) :219, 2004; PÉREZ Cepeda, Ana Isabel, en: BERNUZ Beneitez, María José y PÉREZ Cepeda, Ana Isabel (Edt.) (Nota 21) p. 223 ss.; QUINTERO Olivares, Gonzalo en: OCTAVIO DE TOLEDO y Ubieto, Emilio, et al. (Nota 7), p. 929 ss.; *ibid.*, “Adónde va el Derecho penal”, 2004; ZUGALDIA Espinar, José Miguel, en: OCTAVIO DE TOLEDO y Ubieto, Emilio, et al. (Nota7), p. 1132 ss.

<sup>22</sup> Acerca de la evolución de la criminalidad y las políticas de seguridad pública en España, vid. el estudio analítico-criminológico de ARROYO Zapatero, Luis Alberto en: “Urban Society across the World: Lessons Learned”, ISPAC Ancillary Meeting, Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, 2005. Disponible en [www.defensesociale.org](http://www.defensesociale.org)

<sup>23</sup> Vid, entre otras referencias, BERNARDI, Alessandro, en: El Derecho Penal entre abolicionismo y tolerancia cero. Homenaje a Louk Hulsman, Cahiers de Défense Sociale, 2003, p. 71 ss; MIRANDA Rodríguez, Anabela, en: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, 2003, p. 207 ss; HASSEMER, Winfried, StraFo 2005, 312.

<sup>24</sup> En estos términos, GÓMEZ Martín, Victor, en: MIR Puig, Santiago et al. (Nota 3), p. 59 (62).

*reactivamente* de acuerdo a determinados principios y garantías.<sup>25</sup> Dichos principios, en particular el principio de proporcionalidad (o prohibición de exceso), se ve desbordado por el pensamiento preventivo de la seguridad, en el que no resulta decisiva la ponderación de bienes jurídicos, sino únicamente la obtención del fin perseguido. Esto desemboca en último término, como puede verse en el ámbito del derecho penal de extranjeros, en medidas restrictivas de derechos basadas en programas indeterminados.<sup>26</sup> Como nos recordaba *Baratta*, “los mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos fundamentales a favor de ciudadanos “respetables” y a costa de los excluidos (inmigrantes, parados, indigentes, toxicómanos, jóvenes marginados, etc) condicionan una reducción de la seguridad jurídica que, a su vez, alimenta el sentimiento de inseguridad en la opinión pública. El resultado es una forma de estilización selectiva de las áreas de riesgo de violación de los derechos, donde la parte no está en el todo, sino en lugar del todo o, directamente, contra el todo, entendido el todo como los derechos fundamentales y todas las personas”.<sup>27</sup>

La tesis fundamental aquí sostenida es que el llamado “*discurso de las garantías*” no es una especie de lujo al que cabe renunciar en tiempos de crisis, y menos una tesis conservadora. En mi opinión es un discurso claramente progresista y crítico porque pretende salvaguardar un modelo de Derecho Penal estrictamente vinculado a las garantías del Estado de Derecho que deben regir para todas las personas. Sustituir la “racionalidad valorativa” inherente al mismo por una “racionalidad pragmática”,<sup>28</sup> justamente cuando hace falta defender esos principios, es una forma de dar validez a una transformación de los parámetros político-criminales altamente discutible. Sin duda son muchos los rostros del Derecho Penal, y uno que no es posible olvidar en ningún caso, es el protector y garantista.<sup>29</sup>

## **2. ¿“Derecho penal del enemigo” legítimo?**

La construcción de la Ciencia Penal tal y como hoy la entendemos se inicia con el pensamiento de la Ilustración,<sup>30</sup> significativamente con la famosa obra

---

<sup>25</sup> En opinión de *Denninger* la “invención” de un “Derecho fundamental” a la seguridad por el Tribunal Constitucional alemán no ha contribuido a solventar el problema de la contraposición básica entre seguridad y libertad, sino que ha sido utilizado como argumento para la justificación de atribuciones de intervención estatales cada vez más amplias DENNINGER, en: Goethe Institut. Online-Redaktion, disponible en <http://www.goethe.de/kug/ges/pok/thm/de163802.htm> –; *ibid.*, en: KOCH (Edt.), *Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit*, 2002.

<sup>26</sup> LAURENZO Copello, Patricia, (Nota 21), p. 30.

de Beccaria (1738-1794) *De los Delitos y de las penas* (1764), en la que el autor plantea una serie de retos relativos a la “humanización” del Derecho Penal, que todavía hoy no han perdido en absoluto su vigencia. Por otro lado, desde Von Liszt (1851-1919), el Derecho Penal es considerado la “Carta Magna del delincuente” y, en todo caso, “la barrera infranqueable de la política criminal”, como el autor se esfuerza en poner de relieve en su famoso *Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*.

Desde el punto de vista político-criminal, parece que en la Ciencia Penal ha habido cierto consenso en las últimas décadas en torno a la idea de que el Derecho Penal es la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, que tiene para este último unas consecuencias altamente estigmatizadoras, y que por ello es preciso restringir y justificar al máximo su intervención. Esta idea, junto a la crisis del pensamiento resocializador, hace que se planteen en un determinado momento, diversas propuestas que van desde las puramente abolicionistas hasta las reduccionistas del sistema penal. Estas últimas vienen representadas inicialmente por la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad, la vía despenalizadora, en abierta oposición a la tendencia expansionista del Derecho Penal contemporáneo, y las propuestas consistentes en devolver protagonismo a la víctima en el conflicto penal.

Sin embargo, el debate sobre la legitimidad del Derecho Penal, centrado hace no demasiado tiempo en este vector (propuestas abolicionistas-propuestas reduccionistas), puede caracterizarse hoy más claramente con el binomio *reduccionismo versus expansión*,<sup>31</sup> es decir, con el debate propio del contexto y exigencias de lo que se ha dado en llamar “modernización del Derecho Penal”. Esta modernización, para la que Gracia Martín aboga con gran determinación,<sup>32</sup> frente al por él tildado como “discurso de la resistencia”, que no duda en calificar como “ultraliberal y reaccionario”, comprende, sin embargo, construcciones como el llamado “derecho penal del enemigo”.<sup>33</sup> Este pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras “fuentes de peligro”, a los que hay que neutralizar a cualquier precio,<sup>34</sup> como si fueran animales salvajes.<sup>35</sup> Se trataría así a estos seres humanos, no como personas, sino como *individuos peligrosos a los que el Derecho penal despersonaliza parcialmente*, en el marco de lo

<sup>27</sup> BARATTA, Alessandro RCSP (8) :19, 2001

<sup>28</sup> En esta línea, Vid: DÍEZ Ripollés, José Luis, JpD (49) :41, 2004.

<sup>29</sup> HASSEMER, Winfried RGDP, 3, 2005. Disponible en (www.iustel.com).

<sup>30</sup> PRIETO Sanchis, Luis, “La Filosofía Penal de la Ilustración”, 2003, *passim*.

necesario para combatir determinado tipo de delincuencia (como la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, la delincuencia sexual, o en general, los delitos graves).<sup>36</sup>

Frente a este “derecho penal” cabe preguntarse si la correspondiente “modernización” representa realmente una evolución, o más bien, como aquí se sugiere, una involución lamentable. Por lo que afecta a la pregunta por la legitimidad, esta debe responderse en mi opinión, sin duda, en sentido negativo porque se trataría en todo caso de un “derecho penal” que no respeta la dignidad humana.

### 3. Características del “derecho penal del enemigo”

El “Derecho penal del enemigo” puede caracterizarse, entre otras notas, por un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas, y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales.<sup>37</sup> No se trata, sin embargo, de una denominación actual, sino que por un lado recuerda a la dicotomía utilizada por *Carl Schmitt*<sup>38/39</sup> / para describir el modo de reacción del Estado frente a los crímenes políticos graves, y por otro, sus orígenes se remontan ya a la época clásica.<sup>40</sup> En este sentido dice *Zaffaroni*

<sup>31</sup> Sobre la evolución, ampliamente, DEMETRIO Crespo, Eduardo, RDPC (14) :87, 2004 [Nueva Doctrina Penal 2004 (A) :47; en: PÉREZ Álvarez, Fernando, (Nota 3), p. 1027]. Recientemente, con ulteriores referencias, vid:WEIGEND, Thomas en: SIEBER, Ulrich y ALBRECHT, Jörg, (Edt.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, 2006, p. 44 (55 ss., 64).

<sup>32</sup> GRACIA Martín, Luis, “*Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*”, 2003.

<sup>33</sup> Entre otras aportaciones recientes, en la **bibliografía en español**: BRANDARIZ García, Ángel, en: FARALDO Cabana, Patricia, BRANDARIZ García, Ángel, PUENTE Alba, Luz María, (Edt.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, p. 15 ss; CANCIO Meliá, Manuel DPCRI (3) :31, 2003; DEMETRIO Crespo, Eduardo (Nota 31), S. 87; *ibid.*, *RGDP* [en línea](4): 2005, disponible en [www.iustel.com](http://www.iustel.com); Díez Ripollés, José Luis, *RECPC* [en línea] (07-01) :22, 2007 Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>; FARALDO Cabana, Patricia, en: FARALDO Cabana, Patricia, et al. (Nota 34), p. 310 ss.; GRACIA Martín, Luis, *RGDP* [en línea] (2) :1, 2004, disponible en [www.iustel.com](http://www.iustel.com); *ibid.*, *RECPC* [en línea] (07-02) 1, 2005. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc> [RDP (1):87, 2005]; *ibid.*, “*El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*”, 2005; JAKOBS, Günther y CANCIO Meliá, Manuel, “*Derecho penal del enemigo*”, 2003, (2. ed.2006); MUÑOZ Conde, Francisco, “*Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo*”, 2002, p. 117 ss.; *ibid.*, en: OCTAVIO DE TOLEDO y Ubieta, Emilio, et al. (Nota 7), p. 803 ss.; *ibid.*, *RGDP* [en línea] (3) 1, 2005. Disponible en [www.iustel.com](http://www.iustel.com); *ibid.*, RP (16) :123, 2005; *ibid.*, “*De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*”, 2005; PASTOR, Daniel R., en: Libro Homenaje al Profesor Doctor Günther Jakobs (en prensa); PÉREZ Del Valle, Carlos, CPC (75), 2001; PORTILLA Contreras, Guillermo, RMT (83) 2002; *ibid.*, JpD (49), 2004; *ibid.*, en: PÉREZ Álvarez, Fernando, (Edt.) (Nota 3), S. 1401 ff.; *ibid.*, en: Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, 2004, S. 706 ss.; PRITTWITZ, Cornelius, en: MIR Puig,

que “la descripción de las características del embate contemporáneo contra el derecho penal liberal (...) no reproduce ninguno de los autoritarismos históricos o pasados, lo cierto es que parece reciclar elementos que se hallaban en casi todos éstos”, lo que le permite sostener que “existen estructuras discursivas que son idénticas, aunque los contenidos y la tecnología varían culturalmente”.<sup>41</sup>

El principal teórico del concepto en la discusión actual, *Jakobs*, lo explica subrayando que el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones, el *trato con el ciudadano*, en el que se espera hasta que éste exterioriza

---

Santiago et al. (Nota 3), S. 107 ff; RAMOS Vázquez, José Antonio, en: PÉREZ Álvarez, Fernando, (Nota 3), p. 1425 ss.; *ibid.*, en: FARALDO Cabana, Patricia, et al. (Nota 34), p. 65 (90 ss.); SILVA Sánchez, Jesús María, “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, 2. ed. 2001, p. 163 ss.; VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando, en: RGDP (3), 1, 2005. Disponible en [www.iustel.com](http://www.iustel.com); ZAFARONNI, Eugenio Raúl. (Nota 16).

En la **bibliografía en alemán**: ALBRECHT, Jörg, ZStW (117) :852, 2005; AMBOS, Kai, “Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts”, 2. ed. 2004, p. 62 ss; *ibid.*, ZStrR (1), 2006; APONTE Cardona, Alejandro David, “Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum “effizienten” Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien”, 2004; CANCIO Meliá, Manuel, ZStW (117) :267, 2005; GRECO, GA (96), 2006; GÖSELL, Karl Heinz, en: HOYER, Andreas, MÜLLER Henning Ernst, PAWLIK, Micheal, y WOLTER, Jürgen, (Edt.), “Festschrift für Friederich-Christian Schroeder, 2006, p. 33; HEFENDEHL, StV, (156), 2005; HÖRNLE, Tatjana, GA (80), 2006; KINDHÄUSER, Urs, en: HOYER, Andreas, et al. (Nota 33), p. 81; PRITZWITZ, Cornelius en: PRITZWITZ, Cornelius, et al, (Edt.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, p. 499 ss; *ibid.*, en: PILGRAMM, Arno y PRITZWITZ, Cornelius, (Edt.), Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung, 2005, p. 215 ss; SAUER, NJW (1703), 2005; SCHULZ, ZStW (112) :653, 2000; SCHEFFLER (Nota 23) p. 123 ss; SCHÜNEMANN, GA (205) :210, 2001; *ibid.*, en: GRIESBAUM, Rainer, HANNICH, Rolf y SCHNARR, Karl Heinz, Festschrift für Kay Nehm, 2006, p. 219 ss; SINN, ZIS (107), 2006; UWER, Thomas, Organisationsbüro der Straffverteidigervereinigungen (Edt.), “Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindstrafrechtsstaat”, 2006 (y las aportaciones a este volumen).

De la obra de **Günther Jakobs**, *cfr.*, en particular: JAKOBS, Günther, ZStW (97) :751, 1985; *ibid.*, “Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie”, 1997 (2. ed. 1999); *ibid.*, ZStW (107) :843, 1995; *ibid.*, en: ESER, Albin, HASSEMER, Winfried y BURKHARDT, Björn, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende”, 2000, p. 47 ss.; *ibid.*, en: COURAKIS, Nestor, (Edt.) (Fn 7), S. 447 ff; *ibid.*, en: HSU (Edt.), Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An anthology in memory of Professor Fu-Tseng Hun, 2003, p. 41 ss; *ibid.* (Nota 20), p. 5 ss.; *ibid.*, ZStW (117) :247, 2005; *ibid.*, ZStW (117) :418, 2005; y por último, *ibid.*, ZStW (117) :839, 2005.

<sup>34</sup> CANCIO Meliá, Manuel, (Nota 33), p. 280.

<sup>35</sup> Vid. JAKOBS, Günther (Nota 20), p. 40 ss (41): “es geht demgemäß um die Sicherung einer Gefahrenquelle, wie bei einem wilden Tier, nicht aber um den Umgang mit einer Person” (la cursiva es mía); JAKOBS, Günther (Nota 33), p. 843: «Deshalb ist der Satz “rechtlich hat jeder Mensch den Anspruch, als Person behandelt zu werden” unvollständig; (...). Der Satz muß also richtig lauten, “jeder, der zumindest einergemaßen verlässlich Rechtstreue leistet, hat den Anspruch, als Person behandelt zu werden”, und wer diese Leistung nicht erbringt, wird eben fremdverwaltet, was heißt, nicht als Person behandelt».

<sup>36</sup> EBENDA, p. 40 ss. (41 s).

su hecho para reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el *trato con el enemigo*, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se combate por su peligrosidad.<sup>42</sup> En su opinión, ningún contexto normativo, incluyendo como tal a la persona en Derecho, es tal por sí mismo, sino que sólo es real cuando determina a grandes rasgos a la sociedad. Esta tesis le lleva a sostener que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; y que, por tanto, sería completamente erróneo demonizar el llamado “Derecho penal del enemigo”, pues de este modo no se alcanza una solución al problema de los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana.<sup>43</sup>

#### 4. ¿“Derecho penal del enemigo” como estado de necesidad en el marco de lo indispensable?

La ponencia del Prof. Jakobs en la *Strafrechtslehrtagung* de Frankfurt

<sup>37</sup> JAKOBS, Günther (Nota 33), p. 47 ss; CANCIO Meliá, Manuel (Nota 33), p. 37; GRACIA Martín, Luis (Nota 33), p. 9 ff. MUÑOZ Conde, Francisco (Nota 33) (803) lo caracteriza, dado que no hay un Derecho penal que no sea «autoritario», como un “Derecho penal más autoritario de lo normal, un Derecho penal que se ha colado de rondón, «por la puerta falsa» de un Ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera al poder punitivo del Estado”

<sup>38</sup> Resulta llamativo que mientras que Carl Schmitt subraya que se expresa el respeto al enemigo precisamente porque se le reconoce como tal y no como delincuente (*vid.* la referencia en Beck, Ulrich, *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, 2004, p. 205), en la “teoría del derecho penal del enemigo” se trata de “delinquentes” que deben ser tratados como “enemigos”.

Esta similitud le fue reprochada a *Günther Jakobs* por Peter-Alexis Albrecht tras su ponencia sobre el tema en la *Strafrechtslehrtagung* de Frankfurt Oder el 08 de mayo de 2005. Frente a esta objeción Jakobs se defendió diciendo que su teoría no se inspira en absoluto en la Filosofía Política de este autor. La terminología y los planteamientos son ciertamente parecidos, pero deben situarse en su correspondiente marco histórico. Cfr. UWER, Thomas, *en*: UWER, Thomas, et al. (Nota 33), p. 37 ss; KALECK, *en*: UWER, Thomas, et al. (Nota 33), p. 290 ss.

Otros argumentos empleados por *Albrecht* para rebatir el Derecho penal del enemigo fueron la indivisibilidad de la dignidad humana (en alusión a la diferenciación entre personas y no personas o “enemigos”), el Derecho penal del enemigo como legalización del fenómeno de erosión del Derecho penal del Estado de Derecho llevándolo a un extremo insoportable, o la vuelta por esta vía al “estado de naturaleza”. Cfr. ALBRECHT, Jörg. (Nota 33); *ibid.*, *en*: UWER, Thomas, et al. (Nota 33), p. 117 ss.

<sup>39</sup> Así, en *El concepto de lo político* puede leerse: „Feind ist nur eine wenigstens eventuell, d.h. der realen Möglichkeit nach kämpfende Gesamtheit von Menschen, die einer ebensolchen Gesamtheit gegenübersteht“ (Cfr. SCHMITT, “*Der Begriff des Politischen. Mit einer Rede über das Zeitalter der Neutralisierung und Entpolitisierung*”, 1932, p. 15,16). Sobre el pensamiento de *Carl Schmitt* cfr. GÓMEZ ORFANEL, Germán, “*Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*”, 1986. Sobre los paralelismos *vid*: PRIETO Navarro, Evaristo, *en*: BACIGALUPO Silvina, CANCIO Meliá, Manuel, (Edt.), *Derecho Penal y Política Transnacional*, 2005, p. 49 (70 ss).

Oder, comenzaba con la siguiente pregunta: *¿se puede llevar a cabo la “guerra contra el terror” con los medios del Derecho penal del Estado de Derecho?*.<sup>44</sup> La pregunta planteada la responde el autor en sentido negativo al final de la misma basándose en que entonces el Estado tendría que tratar a sus *enemigos* como personas, y no estaría legitimado para tratarlos como meras fuentes de peligro.<sup>45</sup>

Esta primera pregunta presupone, a su vez, otra que resulta esencial: *¿es legítimo el “derecho penal del enemigo”? y en caso afirmativo, ¿en qué medida?* La respuesta a esta segunda pregunta reza para Jakobs como sigue: el “derecho penal del enemigo” es legítimo en la medida de lo necesario (*im Rahmen des Erforderlichen*). En su opinión el Estado no puede renunciar a ningún medio, o caer en tabúes, para proteger al ciudadano, porque se trata de casos excepcionales en los que debe cumplir su función de protección.<sup>46</sup> Todo ello bajo la consideración de que el Estado de Derecho no puede considerarse de modo abstracto-ideal sino desde el punto de vista de su concreta vigencia (*konkrete Geltung*).<sup>47</sup> Lo necesario implica que debe privarse a los terroristas aquellos derechos de lo que abusa para acometer sus planes, y en particular, su libertad de obrar, como sucede en el ámbito de las medidas de seguridad (*Sicherungsverwahrung*).<sup>48</sup>

Al respecto se plantea *Silva Sánchez* si puede admitirse una “tercera velocidad” del Derecho penal (la primera se refiere al Derecho penal «de la cárcel» y la segunda el Derecho penal sin pena privativa de libertad, que experimentaría una flexibilización relativa de las garantías), con pena privativa de libertad, y al mismo tiempo, una *amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales*. El autor acoge “con reservas” la opinión de que la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del

---

<sup>40</sup> Vid: PASTOR, Daniel R., (Nota 33) Punto II; GRACIA Martín, Luis (Nota 33), p. 12 ss.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (Nota 16), p. 26

<sup>42</sup> JAKOBS, Günther, (Nota 33), p. 41 ss.

<sup>43</sup> EBENDA p. 47 s.. Sobre el concepto de persona manejado por *Jakobs*, como sujeto portador de derechos y deberes, y la distinción individuo/persona, JAKOBS, Günther, (Nota 33), p. 247 (265): («1. Menschliche Individuen (Sinnenwesen) sind weder in ihrer Physis frei noch in ihrem psychischen Antrieb durch Lust oder Unlust; insoweit setzt die Straftheorie nicht anders an als die moderne Hirnforschung; 2. Eine normativ strukturierte Gesellschaft verbindet nicht menschliche Individuen, vielmehr Personen. Personen sind die kommunikativ konstruierten Adressen von Rechten und Pflichten», pp. 265-266). Al respecto, Cfr: PORTILLA Contreras, Guillermo (Nota 33), p. 699 ss; GRACIA Martín, Luis (Nota 33), p. 23 ss; GÖSSEL, Karl Heinz, (Nota 33), p. 38 ss.

Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos *excepcionales* y por tiempo limitado, inevitable”. Al mismo tiempo restringe su legitimidad a situaciones de “absoluta necesidad, subsidia-riedad y eficacia, en un marco de emergencia.”<sup>49</sup>

Por las razones que expongo a lo largo del trabajo ambas posiciones me parecen rechazables: no creo que sea legítimo ningún espacio para un “derecho penal del enemigo” en el Derecho penal democrático, pues se trata, por definición, de un “derecho penal” que niega la dignidad humana.<sup>50</sup>

## **5. “Derecho penal del enemigo” como concepción descriptivo/prescriptiva y “excepción consecuente” respecto a la “estabilización de la norma”**

Que la actual concepción de *Jakobs*, a diferencia de lo sostenido en 1985,<sup>51</sup> no es sólo descriptiva, incluso dotada de una fuerte capacidad crítica, sino que ha sufrido una evolución progresivamente encaminada a la defensa del Derecho penal del enemigo bajo determinadas condiciones,<sup>52</sup> es algo que se deduce de la lectura de sus escritos al respecto en los últimos años. Paradójicamente, y pese a la rotundidad de sus afirmaciones, cuando el Prof. *Jakobs* hubo de afrontar la objeción acerca del peligro que implica una teoría capaz de legitimar un Derecho penal excepcional al margen del Estado de Derecho,<sup>53</sup> el autor contestó que su planteamiento era en un porcentaje del 98% únicamente descriptivo. Parecía entonces que se trataba de nuevo más bien de

---

<sup>44</sup> JAKOBS, Günther (Nota 33), p. 839.

<sup>45</sup> EBENDA, p. 851.

<sup>46</sup> Véanse, sin embargo, las reflexiones de *Roxin* a propósito de la discusión habida en Alemania acerca de si en casos excepcionales puede considerarse legítima la tortura, o al menos, quedar sin pena, en el sentido de que la protección que puede otorgar el Estado a la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos sólo puede moverse en el marco y con los límites de actuación propios del Estado de Derecho, entre los cuales figura justamente la prohibición de la tortura (ROXIN, Claus, en: ARNOLD, Jörg, et al, *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, p. 461 (466). También recientemente: BEESTERMÖLLER, Gerhard, y BRUNKHORST, Hauke, (Edt.), *Rückkehr der Folter: Der Rechtsstaat im Zwielficht?*, 2006, *passim*.

<sup>47</sup> JAKOBS, Günther, (Nota 33), p. 846: “Erstens, der Staat muß seine Gestalt nicht mutwillig aufs Spiel stezen; (...). Zeitens, die Deduktion einer Antwort auf die Frage nach der Legitimität aus dem *abstrakten* Begriff des Rechtsstaats ist nichts wert. Daß ein Staat, der keine Sicherungsverwahrung kennt, der die Bildung einer terroristischen Vereinigung nur als Tat gegen die öffentliche Ordnung bestraft, dem Kontaktsperrnen, Lauschangriffe, V-Leute und vieles weitere fremd sind, dem Ideal eines Rechtsstaates näherkomme als ein Staat, der Solche Einrichtungen und Maßnahmen erlaubt, läßt sich nur *abstrakt* feststellen; *konkret* mag der Verzicht auf diese Einrichtungen das Recht des Bürgers auf Sicherheit aushölen, und dieses Recht auf Sicherheit ist nur ein anderer Name für ein Recht auf den Zustand wirklicher Rechtsgeltung”. En el mismo sentido también en: JAKOBS, Günther (Nota 33), pp. 421 y 425.



evitar que se produzca una “contaminación” de las características propias del Derecho penal del enemigo al resto del Derecho penal.<sup>54</sup> Pero se trata aquí en realidad de un problema que afecta fundamentalmente al *carácter ambiguo del concepto*, que admite diversos usos según el contexto.<sup>55</sup>

Con todo, lo que no ha variado es su pensamiento metodológico, en el cual el criterio del bien jurídico como concepto delimitador de la intervención penal pierde toda relevancia, y se sustituye por la función preventivo-general positiva de la “estabilización de la norma”.<sup>56</sup> En este sentido sostiene acertadamente *Gómez Martín* que “ya se advertía en aquel primer *Jakobs* que su posición podía correr el riesgo de ser contradictoria con su propia concepción del Derecho penal y los fines de la pena”.<sup>57</sup> Efectivamente, *Jakobs* ya reconocía en 1985 que en situaciones excepcionales la vigencia de la norma podía verse amenazada si no se entra en la esfera privada del autor, aunque dichas normas debieran quedar separadas del “Derecho penal del ciudadano” para no contaminarlo.<sup>58</sup> En mi opinión se trata, en todo caso, sólo de una aparente contradicción porque lo que se pone de relieve en realidad es que de su modelo de pensamiento se extrae *consecuentemente* la necesidad de recurrir a un sistema excepcional para determinados supuestos (sujetos que no ofrecen *seguridad cognitiva*) que no encajan en el artificial edificio conceptual normativo del autor.<sup>59</sup>

Merece la pena, además, observar que la *capacidad legitimadora* de la teoría del derecho penal del enemigo puede llegar a abarcar ciertamente un segmento más amplio que el que se deriva en primera instancia del estado actual de un determinado ordenamiento jurídico. Si este fuera el caso, apelar al carácter meramente descriptivo de una construcción que en el fondo ofrece cobertura teórica (“justificación”) para esa realidad que dice describir

---

<sup>48</sup> JAKOBS, Günther (Nota 33), p. 847: “Hält man sich von solchen Extremen fern, so geht es um das Erreichbare, um das praktisch Optimale, was heißt, das Feindstrafrecht sei auf das Erforderliche zu beschränken...Aber was ist erforderlich? Zunächst muß dem Terroristen dasjenige Recht entzogen werden, das er mißbrauchlich für seine Planungen einsetzt, also insbesondere das Recht auf Verhaltensfreiheit. Insoweit verhält es sich nicht anders als bei der Sicherungsverwahrung...”. También SILVA Sánchez, Jesús María (Nota 33) (165), advierte que el Derecho penal del enemigo, como Derecho penal de medidas de seguridad para delinquentes imputables peligrosos, es algo ya muy patente en el primer tercio del siglo XX. Sobre la problemática, vid., por todos, KUNZ, en: ARNOLD, Jörg, et al. (Nota 46), p. 1375 (1388); asimismo, REHN, WISCHKA, LÖSEL y WALTER (Edt.), „Behandlung “gefährlicher Straftäter”. Grundlagen, Konzepte, Ergebnisse“, 2001, passim. Sobre la “reconstrucción” del derecho de la peligrosidad, sus características y propuestas, en el momento actual Díez Ripollés, José Luis (Nota 33), p. 26 ss.

<sup>49</sup> SILVA Sánchez, Jesús María (Nota 33), p. 163 ss (166). Sobre la proximidad de los planteamientos de *Jakobs* y *Silva*, así como posibles matizaciones, Díez Ripollés, José Luis, (Nota 33), p. 24 s.

<sup>50</sup> En este sentido también, AMBOS, Kai, (Nota 33), p. 62 ss.

<sup>51</sup> Así puede leerse en su trabajo de 1985 acerca de la tentativa, lo siguiente: “A la definición del

se convierte sólo en un argumento circular, o como dice *Prittwitz*, en una “convicción”.<sup>60</sup>

## 6. “Derecho penal del enemigo” como “Derecho penal de autor”

Con todo, lamentablemente dicha concepción no es sólo teórica, sino efectivamente existente en nuestra legislación penal y procesal penal (en materia de terrorismo, tráfico de drogas o inmigración), y en la praxis de la política internacional (la que, de forma cruda, no se pregunta por “las causas” de fenómenos tan complejos como el terrorismo, sino que sólo quiere combatir “los efectos”, incluso mediante “guerras preventivas” o “asesinatos selectivos”). Sin embargo, a diferencia del clásico derecho de la guerra, que establecía claras diferencias entre paz y guerra, enemigo y delincuente, soldado y civil, dichas distinciones quedan borradas en nombre de la cruzada contra el terror.

Como en la novela de *George Orwell's 1984* “la guerra significa paz, la libertad autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro, si bien esto podría no ser oportuno en el caso concreto, se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano. El autor no sólo ha de ser considerado en cuanto potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control; y se va a mostrar que del status de ciudadano se pueden derivar límites, hasta cierto punto firmes, para las anticipaciones de la punibilidad” (Vid: JAKOBS, Günther en: Estudios de Derecho Penal, trad. y estudio preliminar de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, 1997, p. 295).

<sup>52</sup> En este sentido igualmente, entre otros, CANCIO Meliá, Manuel (Nota 33), p. 278; GRECO (Nota 33), p. 96 ss. De esta evolución da debida cuenta PRITTWITZ, Cornelius, (Nota 33) (109) señalando que en la intervención en Berlín en octubre de 1999 “Jakobs no sólo constató la presencia del «Derecho penal del enemigo» en el Derecho penal alemán, sino que justificó su existencia”. Vid, también, WEIGEND, Thomas, (Nota 31), p. 59, Nota 97.

<sup>53</sup> Planteada en la discusión que tuvo lugar tras su ponencia en Frankfurt Oder el 08 de mayo de 2005.

<sup>54</sup> Recientemente, en la conversación que sostuve en Bonn con el Profesor Jakobs, en la que este insistió en esta “división porcentual”, señalando que el 2% restante significa que el “derecho penal del enemigo” es en todo caso inevitable, y por tanto, el Estado tiene que recurrir a él, pude darme cuenta de que se trata en parte de un falso dilema. Para Jakobs su concepción es fundamentalmente descriptiva porque en su opinión es claro que el “derecho penal del enemigo” es algo que ya está ahí, o que antes o después tendrá lugar de forma irremediable porque de lo contrario el Estado se vendría a pique. De tal forma que la única función que restaría a la Ciencia Penal sería describirlo y delimitarlo lo mejor posible del resto del derecho penal, asumiendo en todo caso, que tal derecho penal es sólo legítimo (*darf sein*) en el marco de lo indispensable (*im Rahmen des Erforderlichen*). En este sentido, me decía, su teoría no es jurídico-política, sino que apunta en sentido filosófico-jurídico y dogmático. La idea clave sería entonces, en su opinión, lograr el mejor “Derecho penal del ciudadano” posible mediante la delimitación del “marco indispensable” del “Derecho penal del enemigo”, del cual debe diferenciarse limpiamente. Ese “*darf sein*”, y no si la concepción es más o menos descriptiva que prescriptiva o viceversa, es desde mi punto de vista lo verdaderamente relevante en la discusión. La magnitud del segmento “descriptivo” depende en realidad de en qué medida se interpreten como “derecho penal del enemigo” las normas o una parte de las normas de un ordenamiento jurídico determinado, así como de las previsiones que se hagan al respecto.

esclavitud, y la ignorancia es fuerza”. El primer *slogan* es adoptado por *Ulrich Beck* para ilustrar los métodos de la *guerra postnacional* que vulnera derechos humanos paradójicamente con el argumento de su defensa, y denunciar el peligro de la ilimitada manipulación de la existencia del ser humano.<sup>61</sup>

Siendo así, no se trata lógicamente de “matar al mensajero”, pero tampoco de mantener una actitud puramente “descriptivo-explicativa” (“aparentemente neutral”), y todavía menos “directa o indirectamente legitimadora”, sobre la base de un débil, y en todo caso cuestionable, fundamento filosófico subyacente,<sup>62</sup> sino que corresponde, en mi opinión, poner de relieve que tal Derecho no puede ser el Derecho Penal propio de un Estado de Derecho (y que, al margen de éste no puede tampoco existir o coexistir Derecho alguno con pretensión de validez) por más que sus artífices políticos (del Derecho Penal del enemigo) lo invoquen (al Estado de Derecho) permanentemente.<sup>63</sup>

Es más, cabe afirmar que el llamado “Derecho Penal del enemigo”, toda vez que fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho Penal del hecho,<sup>64</sup> convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como “derecho penal de autor”.<sup>65</sup> Al Derecho Penal de autor le corresponde a su vez un concepto de “culpabilidad de autor”,<sup>66</sup> frente

---

<sup>55</sup> Acerca de la falta de claridad del concepto, que puede ser entendido en sentido descriptivo, pero también en sentido crítico, y finalmente en sentido legitimador, especialmente clarificador: GRECO (Nota 33), p. 102 ss.

<sup>56</sup> Vid: JAKOBS, Günther, “*Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*”, traducción de Cancio Meliá und Feijóo Sánchez, 2003, p. 47 ss (48): “El esbozo de las reflexiones a efectuar es el siguiente: el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquélla inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama «prevención general positiva». Esta conclusión de la primera parte preconfigura ya la que deriva de la segunda: lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma”.

<sup>57</sup> GÓMEZ Martín, Victor, (Nota 24), p. 82. Vid, también, recientemente: FROMMEL, en: UWER, Thomas, et al. (Nota 33), p. 60 s; BUNG, en: UWER, Thomas, et al. (Edt.) (Nota 33), p. 249 (257 ss.); SCHÜNEMANN, (Nota 33), p. 224 s. Con relación a la teoría de la prevención general positiva cfr., también, SCHEFFLER (Nota 23), p. 138 s.: „In die Praxis umgesetzt soll das Vertrauen der Gesellschaft in die Rechtsordnung dadurch gestärkt werden, dass die Stammische mit ihren „unappetitlichen Bestrafungsphantasien“ gehört werden.“

<sup>58</sup> JAKOBS, Günther (Nota 51), p. 322 s [“Ciertamente son posibles situaciones, que quizá se dan incluso en este momento, en las que normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente”].

<sup>59</sup> Vid. NEUMANN, Ulfried, en: UWER, Thomas, et al. (Nota 33), p. 30 [“Gleichwohl bleibt der Gegensatz von Normbestätigung auf einer Seite, Gefahrenabwehr auf der anderen für das dualistische Modell von Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht zentral: Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht bekämpft Gefahren”]

a la “culpabilidad por el hecho” del Derecho penal del Estado de Derecho.<sup>67</sup> Buena muestra de ello es, por otra parte, desde la perspectiva procesal, que la decisión acerca de quién es enemigo se toma *a priori*, es decir, sin que el individuo sepa de qué se le acusa, y sin gozar de ningún derecho, de lo que Guantánamo es el ejemplo tristemente paradigmático e insólito en el “mundo civilizado”.<sup>68</sup>

Por esta razón, la vía argumentativa de la eficacia y la seguridad, sin perjuicio de las consecuencias que de la misma se puede extraer por vía negativa, está vedada en la esfera axiológica, pues, como es sabido, la validez no puede derivarse en ningún caso de la eficacia.<sup>69</sup> El “Derecho Penal del enemigo” es consecuencia, en mi opinión, entre otros factores, del *uso simbólico del Derecho Penal*<sup>70</sup> (entendiendo por tal, con carácter general, aquel que persigue fines distintos a la protección de bienes jurídicos en el marco constitucional), y de la propia *crisis del Estado social*.<sup>71</sup>

### III. EL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” EN EL CONTEXTO DE LA MODERNIZACIÓN / EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

#### 1. Diferenciaciones previas

La expansión/modernización del Derecho penal y el “derecho penal del enemigo” deben diferenciarse en principio adecuadamente porque mientras que aquella se centra sobre todo en el ámbito del Derecho penal económico, este último afecta principalmente a la criminalidad organizada y el terrorismo. Sin embargo, tampoco son fenómenos que quepa tratar aisladamente porque ambos comparten determinadas tendencias de la política criminal contemporánea, en particular, la búsqueda de la eficacia y la seguridad.<sup>72</sup> El primer segmento está avalado, con carácter general, por la protección de bienes jurídicos con base constitucional, y el problema reside más bien en trazar los límites de la compatibilidad de los delitos de peligro con el principio de proporcionalidad.<sup>73</sup> El segundo segmento traspasa claramente esos límites y es un “derecho penal” incompatible con el “programa penal de la Constitución”.<sup>74</sup>

Como ha señalado *Hassemer*,<sup>75</sup> algunos hechos característicos de la “sociedad de riesgos” han generado una alarma social que está provocando una

<sup>60</sup> PRITTWITZ, Cornelius, (Nota 33), p. 117. También GRECO (Nota 33) (104) destaca la existencia de no pocas razones para creer que *Jakobs* utiliza el concepto preponderantemente con carácter legitimador-afirmativo, deduciendo consecuencias normativas de premisas presuntamente descriptivas.

<sup>61</sup> BECK, Ulrich, (Nota 38), p. 197 ss. und *passim*.

<sup>62</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, (Nota 33), p. 222 ss. Más allá, p.e, RAMOS Vázquez, José Antonio, (Nota

tendencia a abordarlos con la sola ayuda del Derecho Penal, lo cual tiene unos costes que inciden en las garantías tradicionales del Estado de Derecho. El fenómeno de la expansión se inserta claramente en un *marco general de restricción, o en el mejor de los casos, “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho Penal*, y ello debido a una pluralidad de circunstancias que conectan, como se ha dicho, con la naturaleza de los bienes jurídicos que pretenden ser protegidos (bienes jurídicos supraindividuales), la técnica de tipificación utilizada (delitos de peligro abstracto), y la autoría en este ámbito (criminalidad empresarial, a través de aparatos organizados de poder, de carácter transnacional, por convicción, etc).

Sin embargo, es preciso conceder que la modernización del Derecho penal es necesaria, y por otra parte, imparable. Se ha producido una transformación de la criminalidad que conlleva, sin duda, un cambio en los planteamientos jurídicos que deben abordarla. En este sentido es claro que el Derecho penal debe poder alcanzar también la “criminalidad de los poderosos”, y dejar de ser uno sólo destinado a afectar a los marginados y menos favorecidos en la sociedad. Es claro, también, que el Derecho Penal moderno conlleva la tipificación de delitos de peligro y protege bienes jurídicos colectivos, y que no tiene sentido negar *ab initio* legitimidad a estos últimos, pues ello se basaría, como ha dicho *Roxin*, sólo en un “infundado escepticismo” sobre la capacidad de rendimiento de una dogmática penal político-criminalmente fundamentada.<sup>76</sup>

---

33) (p. 98), que entiende que “la teoría del Derecho penal del enemigo transita (...) entre la absoluta vacuidad teórica y la más sibilina de las argumentaciones, asomándose sin complejos al abismo que bordea el frágil edificio del Estado democrático de Derecho”. En otro sentido, GRACIA Martín, Luis, (Nota 33), p. 19 (“...los defensores actuales del llamado Derecho penal del enemigo disponen de un serio aval histórico-filosófico como garantía de su doctrina”).

<sup>63</sup> En este sentido ya en, DEMETRIO Crespo, Eduardo (Nota 31), p. 87 ss. Precisamente por ello, en mi opinión, no cabe plantear en absoluto condiciones de legitimidad de un tal “derecho” en un auténtico Estado de Derecho. En otro sentido, GRACIA Martín, Luis (Nota 33), p. 4. Acerca de los modelos de Derecho penal subyacentes, Cfr. STRENG, en: UWER, Thomas, et al. (Nota 33), p. 231 ss.

<sup>64</sup> Al respecto, HIRSCH, Hans Joachim en: PRITTWITZ, Cornelius et al. (Nota 33), p. 253 ss.

<sup>65</sup> En el mismo sentido Vid: CANCIO Meliá, Manuel en: JAKOBS, Günther y CANCIO Meliá, Manuel (Nota 33), p. 57 ss., 100 ss.; *ibid.* (Nota 33), p. 286 ss.; MUÑOZ Conde, Francisco (Nota 33), p. 126.

<sup>66</sup> Acerca de las diferentes formulaciones de la “culpabilidad de autor”, sostenida por autores como Mezger, Bockelmann, Heinitz, Engisch, y Schmidt, entre otros, Cfr: DEMETRIO Crespo, Eduardo (Nota 5), p. 227 ss.

<sup>67</sup> Cfr, sobre el problema, KINDHÄUSER, Urs, (Nota 33), 81 (93 ss) (94), que advierte acerca de posibles mutaciones en el reparto de tareas entre el Derecho penal y el Derecho de policía.

<sup>68</sup> Sobre las recientes sentencias de la Corte Suprema de los EE.UU, Cfr: FLETCHER, George, RP (16) :61, 2005; MUÑOZ Conde, Francisco, (Nota 33), p. 128 ss .

De este planteamiento se deriva que no sólo es posible, sino también necesario, que el Derecho penal sirva para la prevención de los nuevos riesgos.<sup>77</sup>

Pero, “a renglón seguido”, es imprescindible no pasar por alto que la modernización del Derecho Penal, si de verdad quiere representar una “evolución” del mismo, debe llevarse a cabo con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho, y no a golpe de las exigencias de “seguridad” de una sociedad que no conoce criterios de “razonabilidad” acerca de la intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada.<sup>78</sup>

## 2. La necesaria protección de bienes jurídicos colectivos

Generalmente la experiencia demuestra la existencia de cierta *divergencia entre los planteamientos teóricos y la realidad empírica* sobre el grado de plasmación de los mismos en los hechos. Pero, en el momento actual, la divergencia entre los planteamientos a propósito del Derecho Penal mínimo, así como de las diferentes propuestas abolicionistas y reduccionistas del sistema penal, y la realidad, es tan contundente que ha permitido hablar incluso de *la insostenible situación del Derecho Penal*.<sup>79</sup>

Tanto es así que se afirma que la expresión “Derecho Penal mínimo” es ya un tópico desprovisto de contenido concreto.<sup>80</sup> Frente a este modelo axiológico se erige en la actualidad un fenómeno de “expansión” del ámbito de lo punible en clara contradicción con la pretensión de reducir el Derecho Penal a un núcleo duro correspondiente en esencia al llamado “Derecho Penal clásico”

<sup>69</sup> KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2. ed. 1960, p. 219 [“Auch ist die Wirksamkeit einer Rechtsordnung ebensowenig wie die Tatsache ihrer Setzung Grund der Geltung. Grund der Geltung, das ist die Antwort auf die Frage, warum die Normen dieser Rechtsordnung befolgt und angewendet werden sollen, ist die vorausgesetzte Grundnorm, derzufolge man einer tatsächlichen gesetzten, im großen und ganzen wirksamen Verfassung und daher den gemäß dieser Verfassung tatsächlich gesetzten, im großen und ganzen wirksamen Normen entsprechen soll”]. Cfr, en este orden de ideas, ya la posición de *Jakobs* acerca de los crímenes cometidos en la DDR *en*: ISENSEE, Josef, (Edt.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 1992, p. 37 (52 ss.), así como la crítica correspondiente de LÜDERSEEN, *ZStW* (735) :742 ss., 1992 y HIRSCH, Hans Joadchim. “*Rechtstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht*”, 1996, p. 9 ss (13) [*@Ibid.*, Obras Completas, Tomo II, 1999, p. 209 (219)].

<sup>70</sup> Vid, al respecto, CANCIO Meliá, Manuel, (Nota 33), p. 270 s.

<sup>71</sup> FERRAJOLI, Luigi “*Derechos y garantías. La ley del más débil*”, 1999, p. 15 ss.; SERRANO-PIEDRACASAS Fernández, José Ramón, *en*: PÉREZ Álvarez, Fernando, (Edt.) (Nota 3), p. 921 ss.

<sup>72</sup> En este sentido CANCIO Meliá, Manuel, (Nota 33) (269), que se refiere al “derecho penal simbólico” y al “punitivismo” como líneas de evolución que caracterizan la actual política criminal expansiva, y que marcan también las pautas del “derecho penal del enemigo”.

<sup>73</sup> Un intento en este sentido puede verse *en*: DEMETRIO Crespo, Eduardo, *RDPP* (12) :201, 2004

(“*Kernstrafrecht*”), como propugna significativamente la llamada “Escuela de Frankfurt”.<sup>81</sup> Esta expansión es consecuencia del nacimiento de un “nuevo” Derecho Penal, llamado por algunos “Derecho Penal accesorio” (“*Nebensstrafrecht*”), dirigido a proteger nuevos bienes jurídicos característicos de la sociedad postindustrial. Frente a los postulados axiológicos del modelo del Derecho Penal mínimo parecen imponerse, pues, las exigencias de intervención penal procedentes de una sociedad caracterizada modernamente como una “sociedad de riesgos”.<sup>82</sup> Esta sociedad se caracteriza por varias peculiaridades entre las que destacan el extraordinario incremento de las interconexiones causales, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal se reemplaza por una forma de comportamientos anónima y estandarizada.<sup>83</sup>

El debate sobre la idoneidad del Derecho Penal para proteger bienes jurídicos de carácter colectivo se ha llevado a sus últimas consecuencias en el marco de la discusión político-criminal y dogmática acerca de la expansión del Derecho Penal en la “sociedad de riesgo” como consecuencia de la transformación de las estructuras socio-económicas en la sociedad postindustrial, que ha conducido a una importantísima *inflación punitiva*. Prittwitz ha denunciado esta situación señalando que asistimos desde hace tiempo a una irritante discordancia entre lo programático de un Derecho Penal sometido a límites y el día a día de una creciente criminalización, cosa intolerable en un momento en el que se reconoce ampliamente la “incapacidad” del Derecho Penal para la solución de problemas.<sup>84</sup> Saber si el Derecho Penal se halla por ello ante una situación “insostenible”, o simplemente, ante una “nueva” situación que obliga a determinados replanteamientos, está en la base de las discrepancias entre dos metodologías diferentes de examinar en el Derecho Penal, que tienen que ver, a su vez, con puntos de partida epistemológicos distintos: el primero, de carácter personalista, el segundo, de carácter funcionalista. Naturalmente que tras estas metodologías y puntos de partida epistemológicos

<sup>74</sup> Sobre el alcance de esta expresión: ARROYO Zapatero, Luis Alberto, RJCL (1) 1987. DÍEZ Ripollés, José Luis (Nota 33) (31), explica acertadamente “que el modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo y, singularmente, de las propuestas que abogan por una modernización del derecho penal”. También, en sentido diferenciador, PÉREZ Cepeda, Ana Isabel, (Nota 21) («El Derecho penal del enemigo, la “tolerancia cero”, la instrumentalización de las víctimas, no forma parte del derecho penal moderno, sino que es consecuencia del uso simbólico del derecho penal y de la propia crisis del Estado de Derecho»).

<sup>75</sup> HASSEMER, Winfried “*Produktverantwortung im modernen Strafrecht*”, 2. ed. 1996, p. 15 ss. También en: HASSEMER, Winfried y MUÑOZ Conde, Francisco, “*La responsabilidad por el producto en derecho penal*”, 1995, p. 27 ss.

<sup>76</sup> ROXIN, Claus, “*La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*”, 2000, p. 65.

subyacen determinadas “imágenes del hombre” y de la sociedad en que éste se desenvuelve, determinadas “ideologías” que juegan un papel decisivo.<sup>85</sup> Me refiero al individualismo de la ya mencionada “Escuela de Frankfurt”,<sup>86</sup> y al “normativismo” de *Jakobs* respectivamente, modelos de los que *Schünemann* ha afirmado que constituyen dos callejones sin salida: el primero por estar abocado a exprimir en demasía un único principio, convirtiéndolo en un obstáculo más que en un elemento positivo, y el segundo, porque necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia.<sup>87</sup>

### 3. La búsqueda de la eficacia y la seguridad

El fenómeno de la expansión/modernización del Derecho penal puede caracterizarse por tres grandes notas: la *administrativización*,<sup>88</sup> la *globalización*, y la progresiva *deconstrucción del paradigma liberal*. *Silva Sánchez* ha estudiado el problema relacionándolo con las siguientes variables: creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riegos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía.<sup>89</sup> El autor asume “con resignación” como vía de solución la existencia en el futuro de un “Derecho Penal de dos velocidades”.<sup>90</sup>

Ciertamente la regulación de estos nuevos ámbitos precisa juicios de valor eminentemente normativos, y por ello se recurre a reglamentar los sectores de riesgos socialmente más significativos como la energía nuclear, el medio ambiente, las investigaciones biomédicas, la producción alimentaria, etc, lo que tiene como consecuencia la utilización frecuentísima en este ámbito de leyes penales en blanco. Este fenómeno, que puede globalmente denominarse “*administrativización*” del Derecho Penal, se caracteriza, pues, por la com-

<sup>77</sup> En este sentido, CORCOY Bidasolo, Mirentxu “*Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*”, 1999, p. 26 ss.; GÓMEZ Martín, Víctor, (Nota 24), p. 66 ss.; GIMBERNAT Ordeig, Enrique, *en*: Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y la Criminología, 2001, p. 355 ss.

<sup>78</sup> DEMETRIO Crespo, Eduardo, (Nota 31), p. 114. Sobre la “prosecución acrítica” de la modernización, DíEZ Ripollés, José Luis (Nota 33), p. 31 ss. Asimismo, en sentido crítico, Cfr. WEIGEND, Thomas, (Nota 31) (62), quien se refiere, por una parte, a una creciente instrumentalización del Derecho penal, pero por otra, a la marginalización del mismo que aquella conlleva.

<sup>79</sup> Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Nota 7); HIRSCH, Hans Joachim *en*: HIRSCH, Hans Joachim, HOFMAŃSKI, Piotr, PLYWACZEWSKI, Emil y ROXIN, Claus, (Edt.), *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozessrecht*, 1996, p. 33 ss [*@/bid.*, Obras Completas, Tomo II, 1999, pp. 61 y ss].

<sup>80</sup> SILVA Sánchez, Jesús María (Nota 33), p. 17.



binación de factores como la introducción de nuevos objetos de protección, la anticipación de las fronteras de la protección penal, y la transición, en definitiva, del modelo de *delito de lesión de bienes individuales*, al modelo de *delito de peligro de bienes supraindividuales*.<sup>91</sup>

La cuestión clave radica pues en la *desmaterialización* del concepto de bien jurídico.<sup>92</sup> El concepto liberal del bien jurídico, al que el funcionalismo sistémico había renunciado como punto de partida a través de su particular teoría preventivo-general positiva de la estabilización normativa, está actualmente en crisis.<sup>93</sup> Esta crisis, advierte *Moccia*, cuestiona su función más significativa: la de delimitar la intervención penal, y ello como consecuencia de entender legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión al bien jurídico, sin tener en cuenta el criterio del daño social de la conducta, en nombre de un exasperado pragmatismo de la eficiencia.<sup>94</sup>

El concepto de “riesgo permitido” juega un papel regulador básico en la dogmática penal de este “nuevo” Derecho Penal, como figura jurídica que permitiría reputar conforme a Derecho acciones que comportan un peligro de lesión para bienes jurídicos, siempre que el nivel de riesgo se mantenga dentro de unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y control necesarias para disminuir justamente el peligro de aparición de dichos resultados lesivos.<sup>95</sup> Es decir, se trata de un criterio que expresa una ponderación de todos los intereses jurídico-penalmente relevantes, juicio de ponderación en el que, en opinión de *Silva*, se precisaría una valoración previa, que debería incluir como premisa mayor la autocomprensión de la sociedad y

<sup>91</sup> Entre otras referencias, Vid. HASSEMER, Wienfried, RDPC (3), 1999; *ibid.*, Persona, mundo y responsabilidad, 1999; ARROYO Zapatero, Luis Alberto, NEUMANN, Ulrich y NIETO Martín, Adán (Edt.), “Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt”, 2003.

<sup>92</sup> Entre otras referencias, Vid. BECK, Ulrich, “Risikogesellschaft, Die organisierte Unverantwortlichkeit”, 1989; *ibid.*, “Riskogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne”, 1993; EWALD, Francois, “Der Vorsorgestaat”, 1993; CORCOY Bidasolo, Mirentxu (Nota 77); GÓMEZ Martín, Victor, (Nota 24), p. 59 ss.; HERZOG, Felix, “Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich”, 1991; KINDHÄUSER, Urs, “Gefährdung als Straftat”, 1989, p. 201 y ss, y passim; KUHLEN, Lothar, GA :347, 1994; MARTÍNEZ-BUJÁN Pérez, Carlos, en: Díez Ripollés, José Luis, et al. (Edt.) (Nota 19), p. 395 ss.; *ibid.*, en: MIR Puig, Santiago et al. (Edt.) (Nota 3), p. 91 ss.; MENDOZA Buergo, Blanca, “El Derecho penal en la sociedad del riesgo”, 2001; MOCCIA, Sergio “La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale”, 2. ed. 1997; PRITTWITZ, Cornelius “Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft”, 1993; SOTO Navarro, Susana, “La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna”, 2003; NAVARRO Cardoso, en: PÉREZ Álvarez, Fernando, (Nota 3), p. 1321 ss.

<sup>93</sup> SCHÜNEMANN, GA (201) :211, 1995.

el orden relativo de valores (o preferencias) en que aquélla se plasme. Esta es la argumentación utilizada para poner de relieve que, justamente en el significativo cambio de la autocomprensión social producido en las últimas décadas, se halla la modificación del producto del juicio de ponderación de intereses antes referido en el sentido de disminución de los niveles de riesgo permitido, como consecuencia de una *sobrevaloración esencial de la seguridad*.<sup>96</sup>

La *globalización*,<sup>97</sup> como fenómeno económico internacional, y la *integración supranacional*, como fenómeno jurídico-político, constituyen, a su vez, dos factores que inciden de modo decisivo en la discusión sobre el Derecho penal de la sociedad post-industrial. Tras ellos subyace la reivindicación de una lucha más eficaz contra la criminalidad, lo que se observa claramente en materias como la delincuencia económica y la delincuencia organizada en general. Los mismos tipos penales, junto al terrorismo, la delincuencia sexual, y la delincuencia grave en general, a los que recientemente ha aludido *Jakobs* como legislación penal del enemigo.<sup>98</sup> Un capítulo mundialmente relevante viene dado en particular por la *europaización*.<sup>99</sup> Un marco de referencia más amplio ofrece la discusión acerca de la *internacionalización* del Derecho Penal y de la Ciencia del Derecho Penal, sus posibilidades y límites.<sup>100</sup>

Ante el proceso en marcha se ha llegado a proponer, bien acometer una sectorialización de las reglas de la Parte General del Derecho Penal, o bien

<sup>94</sup> PRITTWITZ, Cornelius *en*: “*Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität*” (Nota 7), p. 387 ss.

<sup>95</sup> Véase, por ejemplo, la referencia expresa que hace MARTÍNEZ-BUJÁN Buergo, Blanca, (Nota 82) (106) a “una clara y confesable cobertura ideológica” que posee en su opinión la teoría penal del *Big Bang* (vinculada al desarrollo de nuevos bienes jurídicos colectivos), que vendría dada por la idea del moderno Estado social y democrático de Derecho; frente a lo que él llama “proteica mixtura de intereses, en algunos casos confesable, en otros no tanto”, que caracterizaría a los partidarios de la teoría del *Big Crunch* en el ámbito económico. Todo ello para terminar afirmando que “no estaría de más recordar que el Ordenamiento jurídico no sólo tiene que proteger la libertad de quienes infringen las normas sino también —y fundamentalmente— la libertad de quienes las cumplen”. En mi opinión, y sin poner en cuestión la cobertura ideológica de cada cual, esta última ponderación acerca de la libertad de “quienes cumplen las normas” frente a la de “quienes las infringen” estaría desenfocada de acuerdo al planteamiento que vengo realizando. No es que el Derecho Penal deba proteger “fundamentalmente” la libertad de unos frente a la de otros, sino la de todos: de lo que se trata realmente es, pues, de proteger bienes jurídicos en el marco constitucional.

<sup>96</sup> Véase la crítica de *Martínez-Buján* sobre el carácter desenfocado de algunas descalificaciones realizadas por los partidarios de la teoría del *Big Crunch*, y en especial por los de la “Escuela de Frankfurt”, en el sentido de que en muchos de los delitos económicos cuya legitimidad se pone en tela de juicio se tutelan en realidad bienes jurídicos individuales tradicionales, y también porque en algunos de los delitos orientados a preservar inmediatamente bienes jurídicos colectivos se trataría de bienes que se hallan indudablemente al servicio del individuo (EBENDA, p. 104).

<sup>97</sup> SCHÜNEMANN (Nota 83), p. 203.

asumir que, debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas por las que se han venido rigiendo”.<sup>101</sup> Ferrajoli estima que, como consecuencia de este fenómeno de globalización, se puede hablar de una *crisis profunda del derecho*.<sup>102</sup> Ésta se manifiesta en primer lugar en una crisis de la credibilidad del derecho porque, a pesar de las muchas cartas constitucionales y declaraciones de derechos, los hombres son hoy incomparablemente más desiguales en concreto a causa de las condiciones de indigencia de las que son víctimas miles de millones de seres humanos. Un segundo aspecto de la crisis es la incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización.<sup>103</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

1. A la problemática del llamado “Derecho penal del enemigo” subyace una vieja discusión: la tensa relación entre libertad y seguridad. Esta contraposición básica se resuelve en el modelo del “Derecho penal del enemigo” unilateralmente a favor de ésta última. El tema debe insertarse, pues, adecuadamente en su contexto metodológico y filosófico-político.

2. Desde el punto de vista metodológico esta “teoría” deduce consecuencias normativas de supuestas consideraciones descriptivas sin justificar el “salto” del ser al “deber ser”. O mejor, justificándolo de forma errónea, en la medida en que la validez no puede hacerse derivar de la eficacia.<sup>104</sup> Por el contrario el modelo de Derecho penal del Estado de Derecho encuentra el vínculo entre el “ser” con su “deber ser” a partir del aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Este consiste, como se ha dicho, en la recepción

<sup>88</sup> Véase al respecto ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (Nota 16), p. 25: “El derecho administrativo de coerción directa invade y ocupa todo el espacio del derecho penal en las emergencias que fundan los embates antiliberales a lo largo de toda la historia (...). No es prudente olvidar este fenómeno en nuestros días, donde doctrinariamente se habla de la *administrativización del derecho penal*. ¿Es tal o simplemente es una cesión del derecho penal al derecho administrativo?. ¿No será directamente un retiro del derecho penal?. ¿No será acaso que el único derecho penal es el liberal?!”.

<sup>89</sup> SILVA Sánchez, Jesús María (Nota 33), p. 20.

<sup>90</sup> “Al margen de lo anterior puede admitirse *resignadamente* la expansión —ya producida— del Derecho penal a ilícitos de acumulación o peligro presunto, esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales (e incluso supraindividuales, si es que éstos se conciben con un mínimo rigor). Pero la admisión de la *razonabilidad* de esta segunda expansión, que viene acompañada de los rasgos de flexibilización reiteradamente aludidos, exigirá ineludiblemente que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión” (EBENDA, p. 162).

<sup>91</sup> EBENDA, p. 121.

<sup>92</sup> KRÜGER, “Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff, 2000”; MÜSSIG, Bernd, RDPC (9) : 169, 2002

por el ordenamiento de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de Derechos Fundamentales.

3. Desde el punto de vista filosófico-político la preocupación clásica del liberalismo por los derechos individuales básicos se ve desplazada por “tendencias antiliberales” que parten de la idea de que es preciso renunciar a una parte de libertad individual para alcanzar más seguridad colectivamente. Este *desplazamiento*, asumido sin inhibiciones por el espectro político mayoritario, implica en cierto modo el tránsito lento pero aparentemente imparable del modelo del *Estado de Derecho* al modelo del *Estado preventivo*, caracterizado por una *estrategia proactiva* frente a los riesgos (que deben ser evitados en el “ámbito previo” a la lesión o puesta en peligro), y no *reactiva* de acuerdo a ciertos principios y garantías.

4. La pregunta acerca de la legitimidad del “derecho penal del enemigo” debe responderse negativamente. Se trata de un “*derecho penal*” *ilegítimo* principalmente y, en primer lugar, porque niega el Derecho Fundamental de la dignidad humana. Pero también, como se ha visto, porque se trata de “derecho penal de autor”, e infringe un principio fundamental de la teoría del derecho según el cual la *validez* no puede hacerse derivar de la *eficacia*. En la medida en que se constate que además es un derecho penal “vigente” corresponde al jurista la tarea de criticarlo por su incompatibilidad con el Derecho penal del Estado de Derecho.<sup>105</sup>

5. El propio concepto “derecho penal del enemigo” es, probablemente, perjudicial e innecesario.<sup>106</sup> Perjudicial, porque tiene unas connotaciones que recuerdan peligrosamente a la teoría política de períodos fatídicos de la Historia, y porque, debido a su ambigüedad, da lugar a reacciones de tipo

<sup>93</sup> Se ha dicho, con razón, que “la teoría de la imputación de Jakobs, y, en general todo su sistema de Derecho penal tiene la virtud de adaptarse satisfactoriamente al actual modelo social post-industrial (Cfr: GÓMEZ Martín, Victor, (Nota 24) p. 73).

<sup>94</sup> MOCCIA, Sergio en: SILVA Sánchez, Jesús María, (Edt.), Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, 1997, p. 114 f.; *ibid.*, “*El Derecho Penal entre ser y valor*”, 2003, p. 181 ss (188): “El respeto por la libertad individual, la búsqueda de límites al ejercicio del poder punitivo, razones de eficiencia y de mantenimiento de credibilidad del sistema penal, así como el perseguimiento de finalidades de integración social, constituyen todos factores que impulsan a una reducción drástica de la intervención penal”.

<sup>95</sup> Como ha puesto de relieve Paredes Castañón, no es posible reducir el concepto “riesgo permitido” a un solo momento del proceso de valoración jurídico-penal de la conducta, sino que puede operar en todos: puede operar como “causa de exclusión general del desvalor objetivo de la conducta”, y como “tópico de la argumentación jurídico-penal en sede de antijuridicidad”, que serviría para modificar la forma de argumentar la valoración que merecen las conductas desde el punto de vista penal (Cfr: PAREDES Castañón, José Manuel, “*El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*”, 1995, p. 518 ss).

“emocional” más que de carácter discursivo.<sup>107</sup> Innecesario, porque como se ha visto, se trata esencialmente de un *derecho penal de autor*, expresión mucho más exacta por cuanto permite su delimitación respecto al *derecho penal del hecho*. Esto no es óbice para reconocer que el planteamiento del concepto ha contribuido a una crítica y revisión general todavía incipientes del Derecho penal actual, sus tendencias, y tópicos argumentativos.<sup>108</sup>

6. A lo anterior puede añadirse la reflexión de si la teoría del “derecho penal del enemigo” no es, por lo demás, contradictoria en si misma.<sup>109</sup> A esta conclusión se llegaría si se constata el hecho de que esta teoría parte de la necesidad en el marco de lo necesario de un “derecho penal” excepcional al margen del “derecho penal del ciudadano”, cuya aplicación iría dirigida a “individuos peligrosos” que el derecho no puede tratar como personas. Pero, como señala *Gracia Martín*, “cuando el sujeto entra en el proceso lo hace con la condición de ciudadano, y, por lo tanto, () lo hace con todos sus derechos de ciudadano y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal del ciudadano, en particular por la garantía de la presunción de inocencia”.<sup>110</sup>

<sup>96</sup> SILVA Sánchez, Jesús María (Nota 33), p. 42 ss (45).

<sup>97</sup> Vid, entre otras referencias, BECK, Ulrich, “Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus, Antworten auf Globalisierung”, 4. ed. 1998; QUINTERO Olivares, Gonzalo en: ZÚÑIGA Rodríguez, Laura, MÉNDEZ Rodríguez, Cristina y DIEGO Díaz-Santos, María Rosario (Edt.), *El Derecho Penal ante la globalización*, 2002, p. 11; BERNARDI, Alessandro, RDPP (8) :13, 2002; *ibid.*, “Modelli penali e società multiculturali”, 2006, p. 3 ss; DELMAS-MARTY, en: Tours et travaux du Collage de France. Résumés 2003-2004. Annuaire 104 année, p. 695 ss.; *ibid.* en: BELLOUBET-FRIER, Nicole, FLOGÄTIS, Syridon GONOD, Pascale y PICARD, Etienne (Edt.), *Études en l’honneur de Gérard Timsit*, 2004, p. 89 ss.; PÉREZ Cepeda, Ana Isabel en: PÉREZ Álvarez, Fernando, (Edt.) (Nota3), p. 1363 ss.; *ibid.*, “Globalización, tráfico internacional de personas, y derecho penal”, 2004, p. 303 ss.; SILVA Sánchez, Jesús María (Nota 33), p. 80 ss.; TERRADILLOS Basoco, Juan María, en: TERRADILLOS Basoco, Juan María, ACALE Sánchez, María, (Edt.), *Temas de Derecho penal económico*, 2004; SCHÜNEMANN, ARSP (93):133 ss, 2004.

<sup>98</sup> JAKOBS, Günther (Nota 20), p. 41 s.

<sup>99</sup> BERNARDI, Alessandro, “L’Europeizzazione del Diritto e della Scienza Penale”, 2004; DEMETRIO Crespo, Eduardo RP (16) :43, 2005; NIETO Martín, Adán, RGDP (3), 2005; SHÜNEMANN (Edt.), “Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung”, 2004; *ibid.* ZStW (116) :376, 2004; WEIGEND, Thomas, ZStW (116) :281 y ss (302), 2004. Esta sufrió un severo revés político debido al resultado negativo del *referendum* celebrado en Francia para la aprobación de la “Constitución Europea”. A esto se suma, por lo que afecta al Derecho Penal, la resolución del *Bundesverfassungsgericht* de 18.07.2005 que declara contraria a la Ley Fundamental de Bonn la norma de transposición de la Decisión Marco acerca de la Orden de Detención Europea. Al respecto, vid: DEMETRIO Crespo, Eduardo, La Ley 2006/6441, 1.

<sup>100</sup> Entre otras referencias, Vid: HIRSCH, Hans Joachim, ZStW (116)835, 2004; WEIGEND, Thomas, en: ARNOLD, Jörg, et al. (Nota 46), p. 955 ss. Con relación a las tareas, métodos, y presupuestos teóricos de la Ciencia comparada del Derecho penal, ampliamente, SIEBER, Ulrich, en: SIEBER, Ulrich y ALBRECHT, Jörg, (Nota 31), p. 78 ss.

Respecto al *Derecho penal internacional* y su interpretación desde la perspectiva del “derecho

7. Lo anterior pone de relieve algo no menos importante: que no se trata de una teoría, como parece a primera vista, que constata y en segundo término legitima, sino que, como se explica más arriba, su potencial de legitimación le permite abarcar un espectro mayor que el deriva de la presunta descripción de la realidad. La teoría del “derecho penal del enemigo” es una *teoría descriptivo-prescriptiva*, que se presenta además como una *excepción consecuyente* a la concepción preventivo-general-positiva de la estabilización de la norma. Esta concepción acerca de los fines de la pena no se verifica en los sujetos que no ofrecen seguridad cognitiva, por lo que precisa para estos casos una explicación diferente. Esto demuestra, a su vez, la escasa capacidad de resistencia frente a la práctica política imperante del normativismo funcionalista.

8. El “derecho penal del enemigo” se inserta, por otra parte, en el *contexto político-criminal propio de la “modernización” del Derecho penal*, caracterizada fundamentalmente por su fuerte tendencia expansiva, y la búsqueda de la eficacia. Sin embargo, hay que diferenciar adecuadamente los diferentes ámbitos propios de la “modernización” (como por ejemplo el “Derecho penal económico”), de los ámbitos hacia los que se proyecta la llamada “legislación penal del enemigo” (fundamentalmente, aunque no en exclusiva, criminalidad organizada y terrorismo). El primer segmento está avalado, con carácter general, por la protección de bienes jurídicos con base constitucional, y el problema reside más bien en trazar en cada caso los límites de la compatibilidad de los delitos de peligro con el principio de proporcionalidad. El segundo segmento traspasa claramente esos límites y es un “derecho penal” incompatible con el “programa penal de la Constitución”.<sup>111</sup>

9. Si no se quiere retroceder en el camino emprendido hace mucho tiempo

---

penal del enemigo”, vid., por todos, PASTOR, Daniel R., (Nota 33), Notas 141 ff, en el que se califica en tono crítico a la “justicia penal internacional” como “el derecho penal del enemigo en su versión más pura”. En otro sentido, sin embargo, se pronuncia AMBOS, Kai, (Nota 33), 63, quien considera que la concepción del “derecho penal del enemigo” es completamente inaceptable desde el punto de vista del Derecho penal internacional, porque no contempla el consenso mínimo en torno a los Derechos Humanos en el que se basa el orden jurídico-penal internacional. Cfr., además, recientemente, APONTE Cardona, Alejandro David, en: UWER, Thomas, et al. (Nota 33), p. 156 ss.; PAWLIK, en: HOYER, Andreas, et al. (Nota 33), p. 357 ss.

<sup>101</sup> SILVA Sánchez, Jesús María (Nota 33), p. 81 ss. (90 s.). Uno de nuestros más reputados especialistas del Derecho Penal económico ha propuesto por ejemplo la conveniencia de elaborar en este ámbito una ley penal especial para las infracciones económicas de menor gravedad, que podría incorporar una Parte General con reglas de imputación características al estilo de lo que sucede en el ámbito de los «euro-delitos» (Cfr. MARTÍNEZ Buján (Nota 82), p. 98).

<sup>102</sup> FERRAJOLI, Luigi, CRP (152), :20, 2005.

<sup>103</sup> EBENDA

en defensa de una consideración garantista y humanista del Derecho Penal, no puede perderse de vista que *la contraposición entre libertad y seguridad no puede decantarse unilateralmente a favor de ésta última*. Se puede tal vez defender razonablemente, y con buenos argumentos, que ambos polos no están desvinculados entre sí, y que para garantizar la libertad se precisa seguridad. Pero, en todo caso, hay que tener en cuenta que el Derecho penal no puede por sí mismo ofrecer seguridad, sino sólo realizar un pequeño y limitado aporte a la misma. Al mismo tiempo hay que diferenciar entre el concepto *seguridad mediante el Estado*, y el concepto *seguridad frente al Estado*, para no minusvalorar la sana equidistancia entre ambas.<sup>112</sup> El Derecho penal debe proteger bienes jurídicos esenciales para la convivencia y garantizar por esta vía la libertad individual de todas las personas.

**10.** Los Derechos Humanos, y su salvaguarda, como la separación de poderes o el principio democrático, son ciertamente elementos constitutivos del Estado de Derecho.<sup>113</sup> Como advierte *E. Díaz*, no todo Estado es Estado de Derecho (no basta con un Estado administrativo de Derecho), sino que el Estado de Derecho supone la institucionalización jurídica de la democracia política, que encuentra en los Derechos Humanos su verdadera razón de ser.<sup>114</sup> Los Derechos Humanos han de ser también, por terminar retomando la cuestión planteada justo al principio, el vínculo irrenunciable entre el *ser* y el *deber ser* del Derecho penal. Los Derechos Humanos han de ser, en último término, la *barrera infranqueable* a toda pretensión político-criminal, filosófico-política, filosófico-jurídica, sociológica o dogmática.

### **Abreviaturas empleadas:**

**ADPCP:** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; **AP:** Actualidad

<sup>104</sup> En este sentido ya en: DEMETRIO Crespo, Eduardo (Nota 31), p. 90.

<sup>105</sup> Así, por todos, MUÑOZ Conde, Francisco (Nota 33), p. 136.

<sup>106</sup> Especial atención merece respecto al análisis del concepto el brillante trabajo de GRECO (Nota 33) (113), que llega a la conclusión de este concepto no pueda reclamar espacio alguno en la Ciencia Penal.

Penal; **CRP**: Claves de Razón Práctica; **CPC**: Cuadernos de Política Criminal; **GA**: Goldammer's Archiv; **DPCRI**: Derecho Penal contemporáneo. Revista Internacional. **RCSP**: Revista catalana de seguridad pública; **JPD**: Revista Jueces para la Democracia; **RDP**: Revista de Derecho Penal; **RDPC**: Revista de Derecho Penal y Criminología; **RECPC**: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología; **RDPP**: Revista de Derecho y Proceso penal; **RGDP**: Revista General de Derecho Penal; **RP**: Revista Penal; **StV**: Strafverteidiger; **ZIS**: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik; **ZStrR**: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; **ZStW**: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

---

<sup>107</sup> Vid, al respecto, GRACIA Martín (Nota 33), p. 27 ss.

<sup>108</sup> En este sentido entiende *Cancio* (Nota 33) (268), que el concepto es un instrumento idóneo para describir un ámbito importante de la evolución actual de los ordenamientos jurídico-penales. Cfr., también, NEUMANN, Ulfried, en: UWER, Thomas, et al. (Nota 33), p. 301, que habla del “derecho penal del enemigo” como instrumento para el análisis jurídico.

<sup>109</sup> Vid. *Cancio*, que entiende que la expresión “derecho penal del ciudadano” es un *pleonismo*, mientras que la de “derecho penal del enemigo” sería una *contradictio in adjecto* (Ebenda). También SCHÜNEMANN (Nota 33) (219), que entiende que el “derecho penal del enemigo” no es Derecho penal.

<sup>110</sup> GRACIA Martín, Luis, (Nota 33), p. 29; también, SCHÜNEMANN (Nota 33), p. 226.



---

<sup>111</sup> GÖSSEL, Karl Heinz, (Nota 33), p. 35 ss.

<sup>112</sup> KÜHNE, IRP-Rechtspolitisches Forum (21) :19, 2004.

---

<sup>113</sup> EBENDA

<sup>114</sup> DÍAZ, en: BETEGÓN Carrillo, Jerónimo, et al. (Nota 1), p. 17 ss. (17).

# ¿QUÉ ES EL DINERO BLANDO?:

## *Análisis sobre la naturaleza y relevancia de apoyos independientes en las campañas electorales*

Carlos Manuel Rosales\*

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza uno de los rubros del tema de la igualdad financiera en las campañas políticas. Especialmente, el papel que desarrollan los particulares al hacer gastos o aportaciones independientes a favor de un candidato o partido político, y si este hecho, es un factor que se deba permitir o limitar.<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** The present work analyzes one the themes of the financial equality in the political campaigns. Specially, the role that the individuals develop on having done independent contributions in favor of a candidate or political party, and if this is a factor that it should be allowed or limited.

**Palabras claves:** Democracia, elecciones, financiamiento político, dinero suave.

**Keywords:** Democracy, elections, political financing, soft money.

---

\*Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado por la Universidad de Heidelberg, Maestría en Derecho, por la Universidad de Chile. Actualmente becario del Doctorado en Derecho del programa Mecusup de la Universidad de Chile. Este trabajo es parte de mi tesis doctoral: “*Dos modelos de justicia electoral: los Tribunales Electorales de Chile y México*”, dirigida por el director del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile, Dr. Pablo Ruiz-Tagle Vial.

<sup>1</sup> Vid, SARTORI, Giovanni, “*Partidos y sistemas de partidos*”, España, Ed. Alianza, 2000. Bastantes legislaciones establecen el principio de igualdad, para poder contar con elecciones más justas. Sin embargo, el término es bastante ambiguo y se puede adoptar en diferentes contextos, y entenderse de distintas formas.

## INTRODUCCIÓN

La democracia como sistema político otorga y reconoce el derecho de los habitantes de una comunidad para poder participar en la selección de sus autoridades y que éstos puedan ejercer su función de manera legítima. Así, las elecciones son el mecanismo que permite a los ciudadanos seleccionar entre las ofertas políticas y manifestar su preferencia (o no expresarla) a través del voto. Esta es la naturaleza de la democracia procedimental.<sup>2</sup>

Uno de los elementos claves del Estado democrático de derecho es garantizar a la ciudadanía el derecho de sufragar de manera efectiva (voto libre, universal, secreto, personal, intransferible, directo e igualitario) en elecciones libres y competitivas (periódicas, permanentes, programadas, igualdad de recursos, públicas y transparentes). Por lo mismo, se debe controlar y vigilar que los actores políticos que contiendan por el ejercicio del poder, se conduzcan con base y dentro del marco jurídico, y en su caso, sancionar las faltas y delitos cometidos antes, durante y después de las elecciones. Sólo de esta manera se contará con autoridades legítimas.<sup>3</sup> Sin embargo, no es fácil desarrollar y obtener una competencia que sea justa y legítima, y que esté fuera de cualquier duda.

Esta búsqueda de la legitimidad estimula al sistema democrático, lo que permite obtener una mayor pluralidad en la contienda político-electoral, es decir, se amplía y/o se fortalece el espectro de fuerzas políticas que buscan acceder al poder o asegurar su debida representación en los órganos electivos, pero también se intensifican las condiciones de la competencia político-electoral a nivel global.<sup>4</sup>

Este pluralismo ha sido un agente fundamental en las democracias actuales, para la creación de más opciones políticas y/o para la conservación de los anteriores partidos políticos.<sup>5</sup>

Los partidos requieren de una organización, conservar una formulación político-partidista y participar en las elecciones para competir por la conquista

2 Giovanni Sartori considera que: “El método democrático es aquella sagacidad institucional para llegar a decisiones políticas en las que algunas personas adquieren el poder de decidir por medio de una lucha competitiva por el voto popular.” De la cita anterior, se desprende una definición procedimental de la democracia. “¿Qué es la democracia?” México, Editorial Taurus, 2003, p.46. En el mismo tenor deseo

del voto. Estas actividades necesitan, especialmente, volúmenes crecientes de recursos financieros.

Ahora, el problema no es propiamente la existencia de dinero en las campañas políticas; el inconveniente surge en el momento de elaborar las disposiciones legales que generen una contienda equilibrada, que permita a la opinión pública conocer el origen de éstos y contar con una vigilancia adecuada de los recursos de los competidores a los cargos de elección:

“El objetivo de estas normas [electorales] es diseñar y poner en práctica dispositivos que garanticen una mayor transparencia en cuanto al origen, manejo y aplicación de los recursos públicos o privados, que se encuentran a disposición de partidos políticos y candidatos”.<sup>6</sup>

Pero, hoy en día, podemos observar la compleja, imprescindible y tantas veces obscura y perversa relación entre el dinero y la competencia democrática, éste es un problema aún no resuelto en las democracias occidentales.<sup>7</sup>

Lo anterior, genera un amplio debate sobre los principales sistemas para proteger de cualquier posible polución al voto y en forma general a las elecciones, en especial los relativos a los instrumentos de que se dispone para hacer valer eficazmente y oportunamente, las regulaciones sobre el control y fiscalización de los recursos financieros.<sup>8</sup>

El aspecto moral concierne a la justicia democrática, que debe reducir las inequidades de los actores electorales antes del sufragio universal. La democracia se funda sobre la igualdad y, aún más, en la libertad. Ahora bien, parece que la igualdad sólo parece ser concebible en “un pueblo de dioses” como consideró Rousseau.<sup>9</sup>

## FINANCIAMIENTO POLÍTICO

El término “financiamiento político”, es prácticamente sinónimo de “financiamiento de campañas”. Este se entiende como: “gasto de dinero para influir en el resultado de la elección”.<sup>10</sup>

El origen del financiamiento de los partidos políticos comenzó por la necesidad de poder cubrir los gastos operativos que nacían de su naturaleza,

5 Existen tantas definiciones y estudios sobre la democracia que solo reseñaré el trabajo de Laurence Whitehead, denominado “*Democratization*” (USA, Ed. Oxford, pp.6-35). En este trabajo, se expone los elementos para considerar a un sistema político como democrático.

actuación y objetivos, como: arriendo de oficina(s) o salones para sus asambleas, pago de sus empleados, propaganda, viajes, publicaciones, etc. De esta manera, el partido (asociación, colectivo, etc.) tenía que pagar por esos bienes y servicios. El mecanismo inicial para solventar esos gastos, fue a través de las cuotas de los afiliados y las contribuciones particulares; entonces podemos deducir que la naturaleza del financiamiento político fue con base en las aportaciones privadas.

La obligación por parte de los afiliados de cubrir sus cuotas y la donación de los particulares permitía (y permite aún) el derecho a participar dentro de las asambleas y poder ser considerado a algún cargo dentro el partido o como candidato representativo del colectivo político.

Posteriormente, el Estado comenzó a ayudar financieramente a los partidos, con base en un sistema de reembolsos por los gastos hechos por los partidos y los candidatos durante las campañas políticas.<sup>11</sup>

El objetivo de esas normas fue reducir la desigualdad económica entre los competidores políticos, pero también al mismo tiempo, dar un estímulo al sistema democrático.

De manera breve, se enuncian los lineamientos para obtener una contienda electoral justa y competitiva: I) igualdad de recursos materiales (estableciendo un límite a los gastos de campaña. El monto dependerá con relación al cargo al que se aspira -entre otras variables-); II) que estos recursos hayan tenido un origen lícito y, III) que sea transparente y de conocimiento público, todas las erogaciones de los candidatos y/o los partidos políticos (e incluso terceros); y, IV) la existencia (o delegación en un ente judicial) de una autoridad jurisdiccional independiente e imparcial que califique que las elecciones se hayan realizado conforme a la ley.

Actualmente, es evidente que las campañas electorales cada vez son más costosas y coloca a los actores políticos frente al problema de tener que recaudar grandes cantidades de recursos, abriéndose la posibilidad al financiamiento ilegal, al predominio cada vez mayor de fuertes grupos económicos, al tráfico de influencias y al flagelo del crimen organizado.<sup>12</sup>

Esto ha generado prácticas ilegales de recaudación y/o aportaciones condicionadas, contrarios a los fundamentos de la democracia, que evidencian,

---

10 KOOLE, Ruud y NASSMACHER, Kart-Heinz, *“Países de la órbita anglosajona”*, en *Dinero y contienda político-electoral*, op.cit., p.204.

las graves debilidades que existen actualmente en relación con los mecanismos de control sobre el financiamiento político, previsto en la mayoría de las legislaciones electorales.

El problema de la financiación de la política ha adquirido una importancia cada vez mayor, por su capacidad potencial de enturbiar la transparencia de las elecciones y deteriorar la legitimidad del sistema democrático y la ética de la administración pública.<sup>13</sup>

El propósito del financiamiento público es garantizar un nivel de recursos suficientes para que la competencia electoral sea eso: una competencia entre distintas opciones con oportunidades reales de conquistar gobiernos o espacios de representación parlamentaria y no un ritual con ganadores y perdedores predeterminados.<sup>14</sup>

El principio material a regir en la competencia electoral es la igualdad financiera; se desea que no sea el dinero un factor que desbalance la competencia electoral y que sean las ideas y las ofertas políticas lo primordial en las campañas; sin embargo, es aquí donde comienzan los problemas, cómo dar publicidad a las propuestas de los candidatos y partidos, sin realizar un gasto elevado en los actuales medios masivos de comunicación.<sup>15</sup>

La democracia contiene intrínsecamente la igualdad de las personas<sup>16</sup> y por tanto, este concepto debe ser mucho más definido, cuando las personas que compiten en las elecciones tengan una contienda electoral sin ventajas. Como expusimos antes, la igualdad en los recursos económicos en una elección es la base de la competencia equilibrada. Sin embargo, como se expondrá más adelante, depende mucho del sistema electoral que se analice, pues se puede preferir la libertad de expresión, sin darle tanta importancia a la cantidad de fondos recaudados y erogados en la campaña electoral (i.e. EEUU) o privilegiar la igualdad económica en la contienda política (i.e. Argentina, Chile, México, etc.).

Así como lo expresó Giovanni Sartori: “Más que ningún otro factor es la competencia entre partidos con recursos equilibrados (políticos, económicos y humanos) la que genera democracia”.<sup>17</sup>

12 ZOVATTO, Daniel, “*América Latina*”, en: *Dinero y contienda político-electoral*, op.cit., p.35. En el caso mexicano, se han creado mecanismos legales y fiscales para evitar la intervención de financiamiento por parte de los grupos criminales dedicados al crimen organizado.

13 Ídem, p.38.

Si bien podemos determinar que la base para obtener una competencia justa es la igualdad en los recursos financieros que podrán gastar los competidores a los cargos públicos, esta equidad se origina y se conforma más en fijar un tope máximo de gastos. Este máximo posible lo determina la autoridad con base en la normativa, y éste se ajusta a diversos factores como número de ciudadanos inscritos en cierto distrito o circunscripción electoral, monto del salario mínimo vigente, entre otros factores.

El límite a los gastos electorales es una fórmula eficiente que se creó para construir condiciones medianamente equitativas para la competencia política. Estos límites pueden ser tanto a los gastos generales de los partidos, así como a los que puedan hacer los candidatos a título individual.<sup>18</sup>

Entonces tenemos al límite económico como barrera, para que no haya ventaja en las campañas electorales. Esto nos deriva a pensar, que también se necesitará de una institución que controle, vigile y supervise los gastos de los candidatos y partidos políticos.

En este sentido, no es de sorprender que, bajo condiciones de creciente pluralidad y competitividad, los candidatos y partidos políticos tiendan a otorgarle una importancia cada vez más decisiva a las posibilidades y capacidades de acceso a mayores fuentes de financiamiento para costear los crecientes gastos asociados a las estrategias de promoción y conquista del voto, los que en buena medida derivan de la incorporación y paulatina generalización de novedosas técnicas de mercadotecnia política-electoral y el uso intensivo de los medios electrónicos de comunicación.<sup>19</sup>

La presencia e interrelación de ese conjunto de factores crea (queriéndolo o no) un cuadro de condiciones propicio para que se abran o ensanchen las posibilidades de que la contienda electoral pueda ser permeada por prácticas corruptas, recursos de dudosa procedencia o intereses contrarios tanto a la ley como a los principios y valores democráticos.<sup>20</sup>

El análisis de la relación entre el dinero y la política, es uno de los asuntos clave de la democracia, de su calidad y de sus posibilidades de reproducción como la fórmula que permite la expresión y la convivencia pacífica de socie-

---

16 Véase, DWORKIN, Ronald, “*Virtud Soberana*”, Madrid, Ed. Paidós, 2003, pp.203-230.

17 ZOVATTO, Daniel, op.cit, p.89.

<sup>18</sup> WOLDENBERG, José, “*Relevancia y actualidad de la contienda político-electoral*”, en: CARRILLO, Manuel, et al, en: *Dinero y contienda político-electoral*, op. cit., p.27. Por ejemplo, en Reino Unido, en 1883, liberales y conservadores aprobaron la ley de corrupción y prácticas ilegales, que ha



dades plurales y complejas de nuestro tiempo, parte de una idea general que parece oportuno no perder de vista: *el financiamiento de la contienda electoral es un asunto político, no técnico.*<sup>21</sup>

Por lo que se debe detectar y regular la predisposición del dinero y el poder institucional. Pues estos factores tienden a buscarse mutuamente para aumentar sus respectivas cuotas de influencia. Esta relación suele terminar en el encuentro de prácticas irregulares y abre la puerta a un proceso de toma de decisiones, caracterizadas por una influencia desmedida del dinero sobre las estructuras políticas.

Otro de los objetivos que intentan las normas electorales sobre el financiamiento de las campañas es limitar las oportunidades para buscar, intentar o asegurar favores postelectorales indebidos como pago a las contribuciones recibidas en campaña.<sup>22</sup>

La independencia partidaria respecto de los intereses particulares se encuentra hoy constantemente amenazada, por la inagotable e insaciable necesidad de los partidos políticos de contar con mayores sumas de dinero.<sup>23</sup>

Es evidente que las campañas electorales son cada vez más costosas y coloca a los actores políticos frente al problema de tener que recaudar grandes cantidades de recursos, abriéndose la posibilidad de financiamiento ilegal, predominio cada vez mayor de fuertes grupos económicos, tráfico de influencias y/o la intervención del crimen organizado.<sup>24</sup>

Esto ha traído prácticas ilegales en la recaudación y las contribuciones por parte de los actores políticos; aportes contrarios a los fundamentos de una doctrina democrática, que evidencian, al mismo tiempo, las graves debilidades que existen actualmente en relación con los mecanismos de control previstos en las diferentes legislaciones electorales y de financiamiento político.

Por lo que se hace la necesaria de un agente o administrador de los recursos de la campaña política. La función del mismo es controlar, recibir y depositar todas las contribuciones y documentar de manera adecuada esta información, para su posterior entrega a la autoridad electoral correspondiente, pudiendo tener responsabilidad solidaria ante el mal manejo de los recursos o sobrepasar los límites a los gastos de la campaña política.<sup>25</sup>

Para concluir este apartado sobre financiamiento, mencionaremos cuáles

---

19 CARRILLO, Manuel, et al. op.cit, p. 9.

20 Ídem.

21 WOLDENBERG, José, op.cit., p. 17.

son las fuentes de financiamiento, para las actividades relacionadas con el financiamiento de los candidatos y los partidos políticos:

“1) contribuciones individuales; 2) patrocinios; 3) grupos de interés que financian mediante grupos laborales, grupos estudiantiles, conglomerados empresariales; 4) contribuciones de fuentes extranjeras; 5) exacciones de los salarios de funcionarios públicos; 6) recursos de capital o de inversión de los partidos, y; 7) suscripciones de membresía y además, en muchos países, existe financiamiento estatal para los partidos políticos”.<sup>26</sup>

Ahora, continuaré de manera más específica, con el análisis del financiamiento proveniente del erario público.

## FINANCIAMIENTO PÚBLICO

Este tipo de financiamiento se conforma con recursos provenientes del presupuesto del Estado. Como veremos más adelante, estas prerrogativas pueden ser en metálico o en especie, i.e. como el pago de servicio postal, comodato de bienes muebles, descuentos en servicios públicos, etc.

El financiamiento público se otorga con la intención de lograr que las operaciones financieras de los partidos, sus ingresos y egresos, corran por vías transparentes y conocidas. La idea es que al tratarse de recursos de los contribuyentes, los principios de transparencia y de control puedan estar garantizados de mejor manera.<sup>27</sup>

Las razones que sustentan al financiamiento público a los partidos también pretenden hacer cargo de varios temas como: transparentar el origen de los recursos; garantizar la independencia de los partidos; contar con condiciones adecuadas de equidad en la competencia; y, evitar la tentación de acudir a fuentes ilegítimas de financiamiento.<sup>28</sup>

De esta manera, el financiamiento público intenta conseguir condiciones más equitativas durante la competencia electoral entre los diversos actores políticos, al mismo tiempo que una mayor transparencia en materia de financiación, orientada a mitigar los altos niveles de corrupción política generados

---

23 ZOVATTO, Daniel, “*América Latina*”, en: Dinero y contienda político-electoral, op.cit., p.36.

24 En el caso mexicano, se han creado mecanismos legales para evitar la intervención de financiamiento por parte de los grupos criminales dedicados al crimen organizado.

por la búsqueda insaciable de fondos que le permita a los grupos partidarios solventar los gastos electorales y su funcionamiento ordinario.<sup>29</sup>

Una razón importante para el establecimiento del financiamiento público, ha sido la convicción de que los partidos políticos juegan un papel trascendental en los sistemas democráticos representativos, por lo que el Estado debe asegurar que ellos dispongan del apoyo y los recursos necesarios para su funcionamiento ordinario o electoral, y para su institucionalización y fortalecimiento democrático.<sup>30</sup>

Los problemas que se pueden ocasionar con un sistema de financiamiento electoral público son: estatización, burocratización, dependencia y osificación de los partidos políticos, lo cual repercute en un detrimento de su libertad, en su acomodo con el *status quo* y en su alejamiento de la realidad social. Otro tipo de riesgos que podrían ser generados por un financiamiento público excesivo es la dependencia casi exclusiva de los fondos públicos, provocando el alejamiento del aparato central del partido de sus bases y la reducción de la necesidad de los partidos de aumentar su volumen de afiliados.<sup>31</sup>

Si los partidos recibieran principalmente fondos públicos, los incentivos para usar fuentes ilegales de financiamiento podrían declinar. El financiamiento público puede también nivelar el campo de juego para los jugadores y, de manera igualmente importante, actuar como “el endulzante”, como el *quid pro quo* de una regulación estricta de gastos electorales.

Los partidos que aceptan el financiamiento público pueden entonces aceptar revelar sus otras fuentes de ingresos, publicar sus cuentas y observar los límites al gasto. Una disposición legal, que le permita a cualquier partido político registrado buscar la aplicación judicial de las regulaciones, les dará a todos los actores del proceso democrático las herramientas para insistir en la transparencia y por consiguiente, proteger y consolidar a la democracia.<sup>32</sup>

El financiamiento público directo tiene tres usos principales: I) la subvención de los gastos de la campaña electoral; II) la operación permanente de los partidos políticos; y, III) la investigación y fortalecimiento institucional de los partidos políticos.

Si mencionamos un financiamiento público directo, también existe el indirecto. Este apoyo puede ser de diversas clases y/o de beneficios en especie para los partidos políticos, mismo que contempla la mayoría de las legisla-

26 JAIN, Randhir, “Asia”, en: *Dinero y contienda político-electoral*, op.cit., p.100.

27 Vid, HERMES, Guy, ROUQUIÉ, Alain y LINZ J. Juan, *¿Para qué sirven las elecciones?*, México, Ed. Fondo

ciones electorales.

Los mecanismos de financiamiento público indirecto son los siguientes: I) Tener acceso permanente a la radio y televisión; II) Gozar del régimen fiscal que se establezca en cada código electoral; y, III) Disfrutar de las franquicias postales y telegráficas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.<sup>33</sup>

Al asignar recursos públicos a los partidos que están en la oposición o al prohibir a los partidos que están en el poder disponer de los medios públicos para objetivos partidistas, el financiamiento público contribuye a una atenuación de las inequidades y a una mayor justicia en la búsqueda de votos.<sup>34</sup>

En particular, la mayoría de América Latina contempla el financiamiento público indirecto, como recursos complementarios: servicios de infraestructura, incentivos y/o apoyo en especie para las actividades partidarias.

## FINANCIAMIENTO PRIVADO

El financiamiento privado se entiende como el recurso legítimo proveniente de particulares, que tiene además la virtud de inducir a los partidos políticos a afinar sus puentes de contactos con la sociedad: estimulando una mayor sensibilidad de los partidos a la voluntad del electorado, porque éste puede retirarles no sólo su voto, sino sus aportaciones en cualquier momento.<sup>35</sup>

El financiamiento privado se concentra en la cuestión de quién y cuánto puede se puede aportar legalmente en ingresos a los partidos o candidatos, así como el registro de esa información en la contabilidad de la campaña política.<sup>36</sup>

Tradicionalmente, existen tres mecanismos para las aportaciones de los particulares: las cuotas de sus afiliados, las donaciones y, en algunos casos, los créditos de entidades financieras.

De manera más específica, el financiamiento privado lo podemos clasificar en cinco modalidades: a) membresías de los afiliados; b) donaciones individuales; c) donaciones de grupos de interés o instituciones económicas (empresas corporaciones, asociaciones, sindicatos, unión de comerciantes, entre otros); d) créditos; y e) actividades del partido que generan algún tipo de utilidad.

30 En América Latina, la doctrina mayoritaria se inclina a favor de la tesis que califica a los partidos políticos como asociaciones privadas pero que cumplen funciones públicas o de interés general, debiendo por tanto ser sujetos pasivos

Detallando lo anterior, los mecanismos para poder conseguir aportaciones privadas son:

1. De la militancia, que está conformado por las cuotas obligatorias ordinarias y extraordinarias de sus afiliados, por las aportaciones sociales, y por las cuotas voluntarias y personales que los candidatos aporten exclusivamente para sus campañas.
2. De los simpatizantes, conformado por las aportaciones o donativos, en dinero o especie, hechos a los partidos políticos en forma libre y voluntaria, por las personas físicas o morales (México) con residencia en el país, que no estén impedidas legalmente para ello.
3. El autofinanciamiento, que está constituido por los ingresos que los partidos obtengan de sus actividades promocionales como conferencias, espectáculos, juegos y sorteos, eventos culturales, ventas editoriales, de bienes y de propaganda utilitaria, así como cualquier otra cosa similar que realicen para allegarse fondos, las que están sujetas a las leyes correspondientes a su naturaleza.
4. El financiamiento por rendimientos financieros, en el que los partidos pueden crear fondos o fideicomisos con su patrimonio o con las aportaciones que reciban, adicionalmente a las provenientes de las modalidades del financiamiento señaladas.<sup>37</sup>

Las aportaciones en especie (particularmente, bienes muebles e inmuebles) se deben hacer constar en un contrato celebrado conforme a las leyes respectivas y destinarse únicamente al cumplimiento del objeto del partido político, que haya sido beneficiado con la aportación.<sup>38</sup>

Para muchos partidos, las contribuciones individuales de simpatizantes acaudalados y de corporaciones han sido una fuente tradicional de financiamiento. Las contribuciones en especie, como servicios voluntarios, préstamo de autos, bienes inmuebles en comodato, formación de vallas, etc. deben ser mencionadas en los informes contables, aunque su valor no puede calcularse de manera adecuada.<sup>39</sup>

Al hacer estas aportaciones, los particulares crean un vínculo con el gobierno en turno, las autoridades se ven obligadas a pagar de alguna forma ese tipo de favores económicos. Esto se conoce como el “pago de cuotas”. Esto

33 Cfr, DEL CASTILLO Vera, “Pilar, *La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales, Madrid*”, España, Centro de Investigaciones Sociológicas, España, Ed. Siglo XXI, 1985, pp.228 y ss.

requiere que los poseedores de permisos y/o concesiones gubernamentales hagan contribuciones regulares a las arcas de los partidos en el poder.

Los aportes no son inocentes, sino que tratan de conducir a los futuros gobernantes en parlamentos, municipios, ministerios, tribunales y policías; también de lograr tráfico de influencias para obtener contrataciones del Estado. A Charles Keating, jefe del ahorro estadounidense del *Lincoln Saving and Loans*, le preguntaron si los \$1.3 millones de dólares que había donado a las campañas de cinco Senadores, había influenciado su conducta, y contestó: “Eso espero”.

Este puede originar un vínculo opaco y/o poluto entre los donantes y los competidores que reciban esas aportaciones. Esta corrupción en el ámbito de la financiación política, debe ser entendida como: “el mal uso y abuso de poder de origen público o privado para fines partidistas o personales a través de la violación de normas de derecho”.<sup>40</sup> En otras palabras, la corrupción política es la entrega de dinero o bienes, así como la prestación de servicios, que se realizan de forma encubierta e ilícita, a favor de un partido o candidato por una o más personas —natural, jurídica, nacional, extranjera o también autoridad o funcionario público— con el fin de obtener un beneficio posterior.

Independientemente de que las personas puedan hacer donaciones (lo que recoge la mayoría de las legislaciones), estos donativos deben ser nominativos a partir de ciertos montos (se hacen públicos tanto el nombre del donante como la cantidad entregada al partido) y, por consiguiente, las donaciones anónimas quedan prohibidas o limitadas a montos de muy baja cuantía. La idea que subyace en esta disposición, es que por razones de transparencia tanto los electores como los contendientes tienen derecho a saber quién financia a cada candidato, y también descansa en la intención explícita de evitar que la política sea contaminada por tráfico de influencias o por dinero obtenido ilegalmente por actividades criminales.

Hablando sobre este tema, tenemos el papel que ejercen los medios de comunicación masiva (que en su mayoría poseen los particulares). Los me-

37 ESPINOZA Hoyo, Omar, “*El secreto fiscal, bancario y fiduciario de los recursos de los partidos políticos*,” en: “*Democracia interna y fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos*”, op.cit., pp. 238-239 y adicionalmente, VARGAS Baca, Carlos, “*Sistema de financiamiento y fiscalización de*

dios (televisión, radio y prensa) son un factor esencial en las democracias actuales. Los dueños de estos medios pueden apostar por un candidato o por determinado partido político; pueden tratar la información y orientar la política de sus noticiarios de manera deliberadamente parcial, con evidentes consecuencias sobre el derecho a la información de los ciudadanos, negar el acceso o publicidad, desequilibrando la esfera de equidad que requieren unas elecciones libres y justas.<sup>41</sup>

Hasta aquí, he presentado las dos principales fuentes de recursos para las campañas electorales. Pero existe un tercer tipo de financiamiento en materia política: los recursos independientes provenientes de los particulares. Los particulares pueden (claro, si la legislación lo permite) intervenir en las elecciones con sus propios recursos o medios, que pueden beneficiar o perjudicar indirectamente a un candidato o partido, pero que podemos decir propiamente, no fueron gastos contables de la campaña política del candidato o partido político involucrado.

### FINANCIAMIENTO EXTERNO

Un aspecto sobre el que se desea establecer límites o prohibiciones son los gastos de las entidades independientes que apoyan a algún candidato, sin pasar por la contabilidad formal de los partidos: lo que algunos han llamado “gastos independientes”, “dinero blando” o “dinero suave” (*soft money*).<sup>42</sup>

El problema es cómo aplicar los principios democráticos a las elecciones en una época dominada por los medios y la alta tecnología, por la política del dinero. Por ejemplo, el proceso electoral en los EEUU sigue presentando un caso clásico de conflicto entre el democrático de diálogo público completo en elecciones libres, frente a las condiciones que exige el mercado económico.<sup>43</sup> Algunos observadores resumen sus críticas al decir que el sistema de financiamiento en EEUU es corrupto, porque se sabe popularmente que los candidatos valoran más los votos que los dólares, pero también perciben que la mayoría de los candidatos norteamericanos no pueden ganar votos sin gastar dólares.<sup>44</sup>

### GASTOS INDEPENDIENTES

---

39 Citado por KOOLE, Ruud y NASSMACHER, Kart-

Este tipo de financiamiento nació como un apoyo a los partidos políticos para llevar a cabo sus actividades partidistas, tal como el registro de votantes y la promoción del voto. También, fue pensado para ser utilizado en el ámbito estatal y local por los comités políticos locales y por eso fue regulado (en EEUU, también puede ser reglamentado adicionalmente por los estados), para beneficiar a los votantes, los grupos locales y a los candidatos.

Un gasto independiente es una erogación particular en mensajes o recursos, dirigidos a lograr la elección o la derrota de un candidato claramente identificado; además de ser un gasto hecho sin la cooperación o consentimiento y sin previa consulta con el candidato, sus agentes o comité autorizado.

Otra definición nos indica que los gastos independientes, son aquellos que se hacen en forma paralela a las finanzas de los partidos. Estos gastos los pueden realizar ciudadanos o grupos a favor o en contra de algún candidato y constituyen un ingreso, en un sentido contable; sin embargo, en los hechos son un beneficio que éstos reciben y que no está sujeto a registro o control alguno.<sup>45</sup>

Así, el dinero suave son fondos ilimitados provenientes de fuentes externas, que quedan fuera de las restricciones establecidas por la ley, pero usado para actividades orientadas a influenciar en los resultados de la elección. Asimismo, el dinero suave son contribuciones dirigidas, no a los candidatos, sino a los partidos.

El problema que se crea con este financiamiento, es que terceros no participantes en la contienda electoral puedan hacer campaña a favor de temas muy cercanos a ciertos candidatos o partidos, sin darle dinero o recursos directamente, pero si beneficiándoles indirectamente, derivando en una desigualdad entre los contendientes políticos.

Aquí el tema se complica, ya que si bien es posible limitar estos mecanismos o vías indirectas de financiamiento que impiden una total transparencia de las fuentes del dinero que ingresan a la política, ello podría constituir una violación del derecho a la libertad de expresión y el derecho de información de la ciudadanía.<sup>46</sup>

Sobre este particular tema, el caso paradigmático acaece en los EEUU. Los límites legales establecidos para reducir la influencia del dinero en el éxito de las elecciones se mantuvieron durante 50 años (a partir de 1911 y después en 1925 se trató de legislar en esta materia); no obstante lo absurdo de dichos

---

41 ZOVATTO, Daniel, *op.cit.*, p.77.

<sup>42</sup> WOLDENBERG, José, *op.cit.* p.28.



topes económicos, (que en su momento fueron muy bajos) la ausencia de revisiones posteriores acabaron por convertirlos en ridículos. En todo caso, en la práctica nunca fueron respetados por nadie.<sup>47</sup>

En la Unión Americana no existen límites reales, para los llamados gastos independientes –gastos en información–, que aboguen (aunque no sea explícitamente) por la elección o derrota de un candidato claramente identificado, pero que son efectuados de manera independiente a su campaña. En varios estados, los límites establecidos por la ley federal pueden ser esquivados si los donativos se hacen conforme a las leyes locales.<sup>48</sup>

El mecanismo para efectuar los gastos independientes (a favor o en contra) de los candidatos, es por medio de los *Political Action Committes* (PAC's). Esto se ha convertido, en cierto modo, en una vía para evadir los topes electorales de campaña, así como para superar la prohibición de la contribución empresarial y sindical en los gastos de los competidores políticos. Debemos tener en cuenta que estos gastos electorales se realizan con la finalidad de defender o atacar a un candidato claramente identificado y que no están hechos bajo ninguna cooperación directa o indirecta, consentimiento, requerimiento, sugerencia o consulta directa o indirecta que implique al candidato, a su comité autorizado o a su agente.<sup>49</sup>

Asimismo, el informe financiero de todo miembro del Congreso en EEUU es presentado antes del 15 de mayo de cada año al secretario general de cada cámara, con copia al funcionario competente del Estado representado por el congresista, así como a la comisión concerniente de la Asamblea. El Contralor General es el encargado de las investigaciones para juzgar el cumplimiento de la ley; recibe los informes y puede plantear a los signatarios observaciones y propuestas. Los informes están a disposición del público. Se les puede consultar y recibir copia certificada, previa solicitud escrita con nombre y domicilio del solicitante, a condición de que declare estar informado de la reglamentación relativa a la obtención y uso de los mismos.

En 1976, la Suprema Corte de Justicia de los EEUU sostuvo que los grupos e individuos distintos a los partidos y candidatos podían gastar tanto dinero como quisieran. La sentencia trató de combinar los principales objetivos de la

---

43 ALEXANDER, Herbert, op.cit, p.353.

44 Ídem, p.352. Cfr, CHOMSKY, Noam, *"Perspectivas sobre el poder"*, Barcelona, Ed. El Roure Ciencia, 2001. También, ROSE-ACKERMAN, Susan, *"Corruption and Govern-*

---

LFCE (Ley Federal de Campañas Electorales, 1971) -prevenir que las grandes contribuciones pudieran tener una influencia coercitiva en el proceso de toma de decisiones políticas<sup>50</sup>, con la libertad de expresión. Así, en la legislación norteamericana, dar dinero o recursos para las campañas fue considerado como una forma de expresión ciudadana, y el objetivo principal de la LFCE fue confirmado por la Suprema Corte, al permitir que se limitaran los montos para promover la elección o la derrota de un determinado candidato.<sup>51</sup>

Eduardo Posada señaló que el costo de la campaña presidencial en los Estados Unidos de 1996 fue de 800 millones dólares; además, que según los datos de la revista *Fortune*, la elección que ganó el Presidente Clinton de los Estados Unidos, no sólo ha sido la más cara de la historia de ese país<sup>52</sup>, sino de todo el mundo, ya que fueron 2,000 mil millones de dólares los que se gastaron (de los cuales 250 fueron contribuciones sobre las cuales no existen límites).<sup>53</sup>

En la investigación oficial llevada al cabo por la Comisión del Congreso de EEUU y por la Fiscal Janet Reno, se evidenció que en la campaña de William Clinton del año 2000 se rebasaron los límites legales tanto en las aportaciones como en el total de gastos de los candidatos presidenciales. Así, se derrumbó el sistema de límites a las contribuciones electorales. También, se reveló el origen de todas las aportaciones en ambos partidos políticos, llegando incluso donaciones desde el extranjero, sobre todo de corporaciones asiáticas con el objeto, según apunta un reciente estudio, de “lograr influir en la política que la Casa Blanca adoptase en relación a esa región”.<sup>54</sup>

De nuevo este tema llegó al máximo tribunal norteamericano, en donde la Corte Rehnquist dictaminó sobre el tema del financiamiento electoral, al considerar que los partidos y las personas son libres de gastar todo lo que quieran, mientras no coordinen sus esfuerzos con los candidatos, garantizando con esta sentencia la primera enmienda de la Constitución de los EEUU.<sup>55</sup> Desde entonces, la regla ha sido que los comités partidistas pueden efectuar gastos independientes ilimitados en relación con las elecciones federales.

Por lo tanto, el financiamiento privado, al tomar los canales de gastos independientes (a través de los PAC's) ha mostrado los casi nulos efectos de

---

46 ZOVATTO, Daniel, op.cit, p.90. En la sentencia relativa a las calificación de las elecciones del 2006, el TEPJF consideró que el apoyo publicitario del Consejo Coordinador Empresarial (CCE) y del Presidente Vicente Fox a favor del candidato a la presidencia, Felipe Calderón (del Partido Acción

los techos fijados por la ley en los EEUU.<sup>56</sup>

Sin embargo, las propuestas bosquejadas por algunos representantes de la clase política norteamericana para reglamentar más severamente la acción de los PAC's y los llamados hechos por un juez federal para imponer barreras más estrictas al dinero suave, han quedado hasta la fecha sin respuesta.<sup>57</sup>

Lo que se pretende dejar en claro y libre de duda es la naturaleza y diferencia del financiamiento privado y los gastos independientes. El primero es un acto voluntario de los candidatos, partidarios o simpatizantes de esa candidatura o partido político, mientras que los gastos independientes, no son actos dirigidos de manera específica a favor o en contra de algún candidato o partido (pero que indirectamente, los pueden beneficiar o perjudicar), que pueden ser desde posturas sobre un tema (i.e. aborto, salud, educación, economía, etc.), comunicados en prensa, publicidad en radio, internet o televisión, pagados por ellos mismos; otra manera indirecta de apoyar a un candidato, es entregando alimentos, *souvenirs*, etc. en los mítines, organizar visitas y entrevistas con el candidato o colaborando con parte de su tiempo o servicios de manera gratuita a la campaña política (haciendo vallas, repartir publicidad, abogados, sociólogos, etc.).

Pero también, estos gastos pueden operar en sentido contrario, por ejemplo, en descalificar o injuriar a algún candidato o propuesta (lo que podría tener consecuencias civiles y penales, a parte de las consecuencias electorales); no permitirle a algún candidato o partido tener acceso a los medios de comunicación o cobrarles más cara su publicidad, etc.

## CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Todo sistema electoral debe revelar las contribuciones y operaciones financieras. Esta información requiere informes sistemáticos, auditoría y transparencia (acceso público a todos los registros contables y publicidad). El cumplimiento de la ley exige una autoridad fuerte,

49 EISENSTADT, Todd, "*Intrusos en la recámara de Lincoln*", en: *Sistemas de justicia Electoral: Evaluación y Perspectivas*, México, Ed. TEPJF, 1999, pp.155-174.

50 RYDEN, David K., "*The U.S. Supreme Court and the Electoral Process*", Washington, Ed. University Georgetown Press, 2000, p.27.

<sup>51</sup> KOOLE, Ruud y NASSMACHER, Kart-Heinz, op.cit, P.226. Ver caso *Buckley vs. Valeo*. La

investida con suficientes atribuciones legales para supervisar, verificar, investigar y, de ser necesario, instaurar procedimientos legales.<sup>58</sup>

Es necesario contar con un sistema electoral eficaz, con autoridades independientes, imparciales, objetivas y profesionales, capaces de controlar y vigilar la obtención y el uso del dinero en la política. Este punto es clave para fortalecer la necesaria transparencia en materia de financiamiento.<sup>59</sup>

Si se establece un sistema electoral que fije un límite a los gastos electorales, la autoridad encargada de la fiscalización deberá contar con los suficientes recursos legales, económicos, técnicos, humanos y profesionales para tener un sistema eficaz, que tenga la capacidad de imponer las sanciones y hacerlas cumplir.<sup>60</sup>

Las personas físicas y jurídicas están en todo su derecho de expresarse políticamente, y en absoluta libertad de difundir sus ideas y opiniones. El problema se genera al hacerlo de una manera en que ya no sea la comunicación personal de ideas el fin, sino el tratar de convencer masivamente al resto de los electores del bien de seleccionar a un candidato, o lo perjudicial de las propuestas de un contendiente o partido político para el futuro de la sociedad o del país.

Para conseguir una mejor justicia democrática, se necesitan medidas adicionales encaminadas a sanear algunos hábitos políticos, luchar contra usos indebidos del dinero en su relación con la política, rastrear el financiamiento oculto de los partidos y, además, hacer pesar sobre los candidatos y los partidos la obligación de transparentar la presentación de un informe anual de cuentas.<sup>61</sup>

Pero entonces, ¿es un problema erogar recursos millonarios por parte de los particulares (con o sin control)? ¿Cuál es el impacto de estos gastos en elecciones libres? ¿Se deben contabilizar estos apoyos indirectos dentro de los gastos de campaña del beneficiado y si es en

---

52 “Aquí se pone en riesgo toda la legitimidad del sistema”, afirmación que se localiza en la introducción del Boletín Informativo de la Comisión Federal Electoral, Washington D.C., 1993.

53 GARCÍA Laguardia, Jorge, “*La financiación política en América Latina*”, en: Democracia interna y fiscalización

sentido negativo a un candidato, sólo se tendría la vía civil y penal para reparar el daño? ¿Se puede gastar en materia política sin límite, teniendo como garantía la libertad de expresión? ¿Se debe investigar el origen de los recursos externos que se dispensaron para tratar de influir en la decisión del electorado? ¿Se debe vigilar, limitar o controlar a ciertos grupos que podrían hacer una mayor publicidad en los medios masivos de comunicación (personas físicas, grupos económicos, organizaciones no gubernamentales, medios de comunicación)? Todas estas son preguntas que tienen difícil respuesta y cabría pensar entonces en dos soluciones: la libertad de expresión sin límite (a excepción de la difamación, las injurias, el daño por esa publicidad, etc.) garantizando el derecho de información a los ciudadanos, y por otro lado, que los particulares no puedan acceder a los medios masivos de comunicación para dar a conocer su punto de vista en tiempos electorales.

Si se pondera a la libertad de expresión de ideas sobre la igualdad en los recursos (como en EEUU), los grupos económicos poderosos o las organizaciones solventes (o las que podrían crearse artificialmente, efímeramente o satelitalmente para apoyar a algún candidato o tomar postura sobre un tema) podrán hacer publicidad política sin control; pero la última decisión, la tiene el elector al momento de sufragar. ¿Pero es tan grande el poder ejercido a través de los medios masivos de comunicación para influir en los electores y, por otro lado, no es acaso el derecho de información, el numen para poder seleccionar entre las ofertas políticas.<sup>62</sup> La naturaleza de la publicidad hecha por particulares en medios masivos de comunicación (con base en la libertad de expresión), conlleva a una ventaja electoral, que si bien podemos estimar su costo, no debemos censurarla y menos sumarla a la contabilidad del beneficiado.

El otro lado de la moneda, es la prohibición legal para que los grupos interesados y/o capaces (hablando económicamente) puedan contratar publicidad, como sucede en México<sup>63</sup> y en Chile; en donde la publicidad de los partidos políticos se divide en espacios del Estado o comprados por el mismo, para después ser distribuidos entre los

57 Ídem.

<sup>58</sup> KOOLE, Ruud y NASSMACHER, Kart-Heinz, op.cit, p.234.

- Pero, ¿qué pasa con los ciudadanos comunes que entregan su tiempo y trabajo en las campañas electorales, los que donan comida en los mítines, los que hacen vallas, los que organizan encuentros con los candidatos, los que hacen publicidad independiente por internet, etc?, ¿tendrían que rendir cuentas de sus actividades proselitistas por ser adeptos a un candidato o una campaña? ¿Es posible poder contabilizar estos recursos dentro de las campañas del candidato o partido beneficiado (pues al ser gastos menores son difíciles de rastrear y fiscalizar o que aproveche esto un contendiente y le infle la campaña)? ¿Sería esto un gasto independiente que se deba vigilar o limitar o sólo debemos estar alerta de las contribuciones de los peces gordos?

Uno de los temas controversiales sobre el financiamiento, es cómo éste se convierte en fuente de tráfico de influencia y corrupción, lo que ha producido consecuencias nefastas para la ética en la administración pública y la salud de la misma democracia.<sup>64</sup> Esta ambiciosa obtención de recursos para poder hacer frente a sus costosas campañas electorales no ha podido ser limitada, incluso comprometerse a pagar con favores una vez que lleguen al poder o en caso de reelección de mantenerse en él. Existe un adagio que me parece el sentir de muchos políticos en una competencia electoral: “Gana la elección y nunca pienses en el gasto; una derrota es la más cara de las contiendas”.<sup>65</sup>

Un punto vital en materia electoral es la rendición de cuentas (y su correspondiente publicación), y: “...posibilitar que cualquier persona pueda plantear sus inquietudes sobre el financiamiento político para el debate público, o para incitar a los partidos políticos y candidatos a que utilicen sus recursos sin generar controversias. El ciudadano elector está llamado a actuar como árbitro en casos de mal manejo financiero”.<sup>66</sup> Así, la rendición de cuentas se convierte en una de las armas más efectivas para controlar los movimientos financieros de los partidos y de los candidatos, para evitar –o al menos reducir- los excesos en el financiamiento de las campañas y la influencia del dinero ilícito.

---

59 ZOVATTO, Daniel, op.cit, p.84.

60 WOLDENBERG, José, op.cit, p.28. La fiscalización la debe realizar un órgano independiente y autónomo del

En cuanto a propuestas de reformas al sistema electoral respecto al financiamiento político en América Latina, quedan varios temas pendientes:

“reducir la influencia del dinero mediante la disminución de su impacto (acortar campañas, fijar topes a los gastos, imponer límites a las contribuciones individuales, etc.); mejorar el uso del financiamiento público invirtiéndolo en actividades más productivas para la democracia, y no simplemente derrochándolo en propaganda y campañas negativas; establecer un límite en las relaciones entre los candidatos y los particulares, para disminuir al máximo posible, las posibilidades de tráfico de influencias y/o de corrupción política; fortalecer la publicidad y transparencia, tanto respecto del origen como del uso del dinero; promover condiciones más equitativas en la competencia electoral, especialmente en lo relativo al acceso a los medios de comunicación; fortalecer los órganos y mecanismos de control y endurecer y volver eficaz el régimen de sanciones; entre tantas tareas pendientes en el rubro de financiamiento electoral”.<sup>67</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- ANSOLABEHERE, Karina. “*La política desde la justicia.*” México, Ed. Fontamara, 2007.
- CARRILLO, Manuel, LUJAMBIO, Alonso, NAVARRO, Carlos, y ZOVATTO, Daniel. “*Dinero y contienda político-electoral.*” México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2003.
- CHOMSKY, Noam. “*Perspectivas sobre el poder.*” Barcelona, Ed. El Roure Ciencia, 2001.
- COSSÍO Díaz, José Ramón. “*Democracia y Justicia Electoral.*” México, Ed. ITAM, 2002.
- DWORKIN, Ronald. “*Virtud Soberana.*” Madrid, Ed. Paidós, 2003.
- HAMILTON, Jay y Madison. “*El Federalista.*” México, Ed. FCE, 1998.
- HERMES, Guy, ROUQUIÉ, Alain, y LINZ J., Juan. “*Para qué sirven las elecciones.*” México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1982.
- IFE. “*Democracia interna y fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos.*” México, Ed. IFE, 2002.

---

<sup>62</sup> Es costumbre en los EEUU, que las cadenas televisivas y prensa escrita apoyen a uno de los candidatos presidenciales, como sucedió en la elección presidencial del 2008, i.e. *The Angeles Times* respaldó al candidato demócrata.

- ROSE-ACKERMAN, Susan. “*Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform.*” USA, Cambridge University Press, 1999.
- RYDEN, David K. “*The U.S. Supreme Court and the Electoral Process*” Washington, Ed. University Georgetown Press, 2000.
- SARTORI, Giovanni. “*Partidos y sistemas de partidos.*” España, Ed. Alianza, 2000.
- SARTORI, Giovanni. “*¿Qué es la democracia?*” México, Ed. Taurus, 2003.
- Varios. “*Aspectos jurídicos del financiamiento de los partidos políticos.*” México, UNAM, 1993.
- Varios. “*Sistemas de justicia Electoral: Evaluación y Perspectivas.*” México, Ed. TEPJF, 1999.
- Varios. “*La Financiación de la política en Iberoamérica.*” Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.
- VELASCO Alemán, Miguel. “*Las finanzas de la política*” México, Ed. Diana, 1995.
- WHITEHEAD, Laurence. “*Democratization.*” USA, Ed. Oxford, 2002.

---

63 Además, en México se califica previamente la publicidad política por el Servicio Electoral.



---

66 ZOVATTO, Daniel, op.cit, p.82.

<sup>67</sup> Ídem, p.93. En México sucedió un caso muy particular. La reforma constitucional de 2007 al sistema electoral, restringió la publicidad a los partidos políticos y prohibió a los particulares contratar espacios publicitarios en televisión abierta. Con esta modificación al marco jurídico, ahora sólo es posible, que los partidos políticos difundan sus ideas y propuestas a través de los tiempos oficiales, mismos que son distribuidos por el Instituto Federal Electoral. Esto originó que académicos, civiles, organizaciones, etc. promovieran una serie de recursos constitucionales, por considerar que esas normas, conculcaban la libertad de expresión y el derecho de información, al no permitir manifestarse libremente ante la opinión pública. las opciones eran: admitir los amparos presentados por los agraviados o si la Corte o respetar la división de poderes, y exhortar al Poder Legislativo a modificar las leyes, que violasen los derechos de libertad de expresión y el derecho a la información. Este tema fue atraído por la Suprema Corte de Justicia, que consideró que las reformas constitucionales y legales en comento, hechas por el permanente reformador eran inconstitucionales. Resolución publicada el 3 de diciembre del 2008 en el Diario Oficial de la Federación, México. Vid, Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia*, Ed. Fontamara, México, 2007, p.21 l. Respecto de las indicaciones de la SCJN de cómo debe legislar el Parlamento.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

## **QUID IURIS**

Año 4 Volumen 10

Publicación Trimestral del Tribunal  
Estatual Electoral de Chihuahua

Se imprimió del 4 al 15 de septiembre de 2009  
en la ciudad de Chihuahua, México.

Cuidado de la edición: Reyna Boone Salmón  
Diseño de la portada: Alejandro Villalobos Portillo

Acabados finales: *Encuadernaciones ARI*

*Producción editorial integral:*

**Ediciones del Azar A.C.**

Calle 17 número 117

Chihuahua, México, 31000.

Tels.: 4-100-584, (Cel.) 157-1159

Fax: (614) 415-9283

***Impreso y hecho en México***

