

AÑO 1, NÚMERO 1, 2017 · JULIO - DICIEMBRE 2017

REiJ

REVISTA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



Ricardo Duarte Jáquez
Rector

David Ramírez Perea
Secretario General

Manuel Loera de la Rosa
Secretario Académico

Juan Ignacio Camargo Nassar
Director del Instituto de Ciencias Sociales y Administración

Ramón Chavira
Director General de Difusión Cultural y Divulgación Científica

EDITORES

Dr. Javier Ignacio Camargo Nassar
Dra. Wendolyne Nava González

GESTIÓN EDITORIAL

Dra. Wendolyne Nava González

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Hugo Manuel Camarillo Hinojoza
Mtro. Joaho Borgat Acosta López
Dr. Rafael Enrique Valenzuela Mendoza
Dra. Wendolyne Nava González
Dr. Javier Ignacio Camargo Nassar

COMITÉ CIENTÍFICO ASESOR

Dr. Diego Barría Traverso (Universidad Santiago de Chile)
Mtro. Rubén Omar Carrizo (Universidad Nacional de Catamarca, Argentina)
Dr. Sergio Díaz Rendón (Universidad Autónoma de Coahuila)
Dra. Rosángela Murcio (Universidad Nacional Autónoma de México)

Revista Especializada en Investigación Jurídica

Año 1—Número 1— julio-diciembre 2017

Es una publicación semestral arbitrada por pares y editada por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a través del Centro de Investigaciones Jurídicas, con recursos propios. Av. Universidad y H. Colegio Militar (zona Chamizal) s/n, CP. 32300, Ciudad Juárez, Chihuahua, México, Tel. (656) 6883800, extensión 3656.

Página web: <http://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/reij/about>,

Correo electrónico: reij@uacj.mx

Editor responsable: Dr. Javier Ignacio Camargo Nassar. Reserva de uso exclusivo 04-2017-040309333500-203 y No. ISSN en trámite, ambos otorgados por el Instituto Nacional de Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dirección General de Difusión Cultural y Divulgación Científica, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Tel. (656) 6881824, ext. 1974. Las opiniones expresadas en los artículos son responsabilidad de sus autores. Se autoriza la reproducción total de los contenidos e imágenes, siempre y cuando se cite la fuente.

AÑO 1, NÚMERO 1, 2017 · JULIO - DICIEMBRE 2017

REiJ

REVISTA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Revista Especializada en Investigación Jurídica

Publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas

...

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

CONTENIDO

Presentación
6

**Terrorismo:
¿fuera de los
límites de la mera
razón?**

GIOVANNI GÓMEZ
RODRÍGUEZ
JORGE ANTONIO
BRECEDA PÉREZ

7

**El silogismo
jurídico en la
demostración
del hecho que la
ley califica como
delito**

JESÚS ABRAHAM
MARTÍNEZ
MONTAYA

23

**Posmodernidad
e inseguridad
ciudadana: el
surgimiento del
nuevo enemigo**

ALFREDO ARAYA
VEGA
37

Reseña del libro

***Los actos jurídicos celebrados por medios
electrónicos y su valor judicial, de Javier
Ignacio Camargo Nassar***

JORGE ALBERTO SILVA

PRESENTACIÓN

La *Revista Especializada de Investigación Jurídica* es un proyecto del Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ) de la UACJ, materializado a través de este primer número que se presenta a la comunidad universitaria y al público en general. Su objetivo primordial es dar a conocer en forma sistemática los resultados de la investigación nacional e internacional que realizan especialistas y practicantes del derecho, así como los resultados de proyectos realizados por integrantes del CIJ. Asimismo, busca promover la enseñanza del derecho y la difusión del conocimiento científico en el área jurídica.

A fin de lograr este cometido, *Revista Especializada de Investigación Jurídica* se publica de forma semestral, es arbitrada por pares y estructurada en cuatro secciones, a saber: Artículos, Ensayos, Reseñas de libros y Comentarios a jurisprudencias. Cabe destacar que, al ser una revista electrónica, sigue los principios del movimiento internacional de Acceso Abierto, es decir, reconocemos a nuestros usuarios el derecho gratuito, irrevocable y mundial de acceder a un trabajo científico publicado por nuestra revista, licencia para copiarlo, usarlo, distribuirlo, transmitirlo y exhibirlo públicamente para cualquier propósito responsable, lo mismo que el derecho de efectuar copias impresas para uso personal.

Así, en esta ocasión, presentamos los trabajos de Jorge Antonio Breceda Pérez y Giovanni Gómez Rodríguez, Abraham Martínez Montoya, Alfredo Araya Vega y Jorge Alberto Silva Silva, todos ellos investigadores, nacionales y extranjeros, de la ciencia del derecho, cuyas colaboraciones distinguen este primer número, y a quienes agradecemos profundamente por creer y apostar por este proyecto.

LOS EDITORES

TERRORISMO: ¿FUERA DE LOS LÍMITES DE LA MERA RAZÓN?

GIOVANNI GÓMEZ RODRÍGUEZ¹
JORGE ANTONIO BRECEDA PÉREZ²

Sumario: I. Introducción. II. Razón práctica: la ley moral como fundamento de determinación de la voluntad terrorista. III. Razón instrumental: el fundamento de determinación de la voluntad terrorista como empíricamente condicionada. IV. Conclusiones. V. Referencias.

Resumen. El terrorismo es, además de un acto de violencia extrema, una realidad contradictoria y polémica, difícil de definir y comprender. Quizás por ello, de forma generalizada, los estudios sobre el terrorismo contemporáneo recurren tanto a la deontología como al consecuencialismo moral, en la medida en que en cualquier caso, es la razón la que se ocupa de los fundamentos de determinación de la voluntad. No obstante, pronto se encuentran con la conjetura insalvable de la moralidad: la ley moral no gobierna a quienes intencionalmente la desobedecen y la razón instrumental que solo expresa condiciones subjetivas contingentes, de tal forma que, ante fenómenos extremos como el terrorismo, siempre se encuentra limitada y responde de manera insuficiente y relativa. En este artículo se propone pensar en el terrorismo contemporáneo como una excepción ambigua, un acto inhumano, que solo puede ubicarse fuera de la razón, sin que por ello sea este el lugar de la im-

1 Profesional de Ciencias Militares, máster en Administración Pública de la Universidad Complutense de Madrid y máster en Seguridad y Defensa Nacional por la Escuela Superior de Guerra de Colombia; actualmente es estudiante de doctorado en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Barcelona. Correo electrónico: gioarmy1974@gmail.com.

1 Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Licenciado en derecho por la UACJ, máster por la Universidad de Barcelona y actualmente estudiante de doctorado por la Universidad de Barcelona. Correo electrónico: jorge.breceda@uacj.mx

punidad o la locura, sino simplemente aquel donde las categorías usuales ya no operan y la moralidad y la maldad precisan de una nueva interpretación.

PALABRAS CLAVE: Terrorismo, conjetura, razón práctica, voluntad, perspectivismo moral

Abstract. Terrorism is an act of extreme violence and also a contradictory and controversial fact, one difficult to define and understand. Perhaps that is the reason why, in general terms, studies of contemporary terrorism turn both to ethics and moral consequentialism, to the extent that, for any case, it is reason which deals with the fundamentals of determination of the will; however, soon these studies find themselves with an insurmountable conjecture of morality: moral law does not govern those who willfully disobey it, instrumental reason only expresses contingent subjective conditions, so that, in extreme events like terrorism, it is always limited and responds insufficiently to it. In this article, we propose to consider contemporary terrorism as an ambiguous exception, an inhumane act that can only be located outside of reason, not understood as the location of impunity or insanity, but simply the place where usual categories no longer operate and morality and evil require a new interpretation; thus, this paper aims at locating the determination principles of the terrorist's will in postmodern moral conscience and in a perspectivism of divergent reference systems.

KEYWORDS: Terrorism, conjecture, practical reason, will, moral perspectivism

I. Introducción

No es posible pensar en terrorismo –fuera de la razón–, sin hacerlo primero dentro de los límites del pensamiento kantiano, en aras de indagar si pueden existir en ella fundamentos de determinación en la voluntad transgresora que satisfagan las exigencias propias de un fenómeno extremo. No obstante, para que la tesis aquí defendida prospere, es necesario poder afirmar que el conocimiento adquirido de la racionalidad, moralidad o maldad de los actos terroristas es necesario pero insuficiente.

Según Kant, la ley moral manda y lo hace incondicionada y categóricamente para todo aquel que tenga razón y voluntad. Si es así, ¿por qué el terrorista la desobedece? ¿O puede acaso la ley moral mandar lo irracional e inmoral? Ahora bien, si el terrorista obra siguiendo máximas fundadas en objetos materiales del desear, propios del principio del amor a sí mismo o de la propia felicidad, ¿cómo puede ser compelido a seguir el deber de la ley inmediatamente legisladora? Y si “se llama malo a un hombre no porque ejecute acciones que son malas (contrarias a la ley), sino porque estas son tales que dejan concluir máximas malas en él”,³ ¿se puede, por esta vía, calificar como malo al terrorista?

Para dar respuesta a estas cuestiones, procederemos de la siguiente manera: primero se analizará la razón práctica entendida como fundamento único y suficiente de determinación de la voluntad, para conocer la moralidad del terrorista. Seguidamente se examinará la razón práctica en su uso instrumental, como fun-

³ Kant, Immanuel, *La religión dentro de los límites de la mera razón*. Madrid, Editorial Alianza, 2009, p. 26.

damento de determinación de la voluntad empíricamente condicionada, para conocer su estatus moral. Cabe destacar que esta interpretación se hará a través del desarrollo de la tesis kantiana sobre el mal –y otros autores que han escrito sobre la materia–: el hombre es malo “porque... se da cuenta de la ley moral y, sin embargo, ha admitido en su máxima la desviación ocasional respecto a ella”.

II. Razón práctica: la ley moral como fundamento de determinación de la voluntad terrorista

Si la ley moral se entiende como fundamento único de determinación de la voluntad, como un imperativo que manda categórica e incondicionadamente, que no puede tener ni requiere para ello la intervención de ninguna condición material empírica, la ley moral nunca puede mandar lo indebido, incorrecto, equivocado o malo. Como lo explica Kant, mediante el concepto del supremo bien en la crítica de la razón práctica:⁴ “una perspectiva en un orden de las cosas más elevado, inmutable, en que estamos ahora, y en que podemos en adelante atenernos, según preceptos determinados, a continuar nuestra

existencia, en conformidad con la suprema determinación de la voluntad”.⁵

Por lo mencionado, el terrorista acoge principios prácticos materiales, de tal forma que su voluntad se rige por condiciones contingentes subjetivas distintas a la ley moral.⁶ El terrorismo, en virtud de sus características, se exhibe como fenómeno extremo, se define como un acto de violencia, en apariencia, de lo ilógico y lo carente de sentido, que obedece a una política sistemática del terror destinado a infligir daño físico y causar fuerte impacto psicológico y moral, perpetrado mediante homicidios, robos, sabotajes, bombardeos, asaltos armados, el uso de explosivos y armas no convencionales al extremo que desafía y parece desconocer toda moralidad. De tal manera que estos actos no persiguen el bien supremo ni el perfeccionamiento de la humanidad ni el progreso de lo malo. A lo mejor su propósito inmediato es causar dolor, destrucción y muerte.

Entonces, el terrorista es inmoral, por cuanto desobedece la autoridad de la ley moral. Empero, existen otras consideraciones relevantes que refuerzan el silogismo. Se puede proponer, como tesis, que el terrorista no conoce la ley moral; pero se desvirtúa pronto, remitiendo a la crítica de la razón práctica: “Así pues, la ley mo-

⁴ La razón pura práctica, para lo prácticamente condicionado como lo incondicionado, pero no como fundamento de determinación de la voluntad, que es dado por la ley moral, “busca la totalidad incondicionada del *objeto* de la razón pura práctica, bajo el nombre de supremo bien”. Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*. Salamanca, Ediciones Sígueme, 2006, p. 138.

⁵ Kant, Immanuel, *La religión... op. cit.*, p. 138.

⁶ La heteronomía del albedrío en la que incurre de esta forma el terrorista, lo lleva a acoger principios empíricamente condicionados; corresponde al uso común de la razón práctica (instrumental) su análisis posterior.

ral, de la que nosotros tenemos conciencia inmediata, es la que se nos ofrece *primera-mente...*⁷

Una voluntad libre y autónoma constituye el principio de todas las leyes morales y de los deberes conforme a ellas;⁸ es así que estos principios no pueden dejar de atribuirse a hombre alguno, incluso al peor, al que menos consideración tiene por sus semejantes y por sí mismo, al que ejecuta actos execrables. Así que la ley moral está dada a todo aquel dotado de razón y voluntad y se impone como deber, sin que medie consentimiento, reconocimiento o aceptación de ella. De esta manera, todo aquel que cometa inhumanidades, tales como atentados terroristas, y pretenda excusar su inmoralidad frente al juicio de la razón, recibirá por respuesta la sentencia: “El desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento”.

La segunda tesis sería: el terrorista no está facultado para entender la ley moral. Si estuviéramos en condición de preguntar a un terrorista, de tal manera que de sus respuestas pretendiéramos inferir el nivel de sofisticación o precariedad de su estructura moral, sería un esfuerzo vano e innecesario: el deber no requiere mayor habilidad que la obediencia.

Dentro de la deontología kantiana, la maldad es una consecuencia de la inmoralidad; quien admite en su máxima otro

motivo impulsor del albedrío, opuesto a la ley moral, es un hombre malo. De esta manera, el terrorista es tanto inmoral como malo. Hemos dicho que el terrorista no desobedece la ley moral por su incapacidad para conocerla y entenderla,⁹ ¿pero cuál es su intención y determinación frente al mal?

Kant explica que a todo hombre se impone la ley moral y obran en él motivos impulsores de la sensibilidad, juntos como máximas. Si adopta aquellos como suficientes sin reparar en la ley moral, será moralmente malo y si admite la ley moral como máxima suprema, será moralmente bueno. Sin embargo, la diferencia, es decir, la selección de unos u otros, no es posible, puesto que el hombre sería a la vez bueno y malo. La solución kantiana es recurrir al criterio de subordinación, donde el hombre bueno es siempre aquel que adopta los motivos impulsores de la ley moral como condición suprema de sus máximas.

Para que lo contrario suceda, que un hombre llegue a ser malo, hace falta una propensión natural en el hombre a invertir los motivos impulsores; esta propensión es moralmente mala, proviene de su libre albedrío, por ello le puede ser imputada; es un mal radical que corrompe el fundamento de todas las máximas.¹⁰ En el caso

7 *Ibidem*, p. 48.

8 Kant, Immanuel, *Crítica de... op. cit.*, p. 52.

9 Acentúa Kant “...si la voz de la razón, en relación con la voluntad, no fuese tan clara, tan difícil de ahogar, tan perceptible hasta para los hombres más vulgares...” Kant, Immanuel, *Crítica de... op. cit.*, p. 55.

10 Kant, Immanuel, *La religión ... op. cit.*, p. 56.

del terrorista, nos enfrentamos con dos singularidades integradas en la expresión *excepción ambigua*, que plantean la dificultad de pensar el problema dentro de los límites de la razón kantiana. Un fenómeno extremo como el terrorismo, o bien sitúa al perpetrador en una categoría excluida por Kant, aquella que precisamente tratamos aquí de reconocer, definir y ubicar; o solo se explica mediante la contradicción de que un hombre pueda desligarse de la ley que le es propia a su especie (la ley moral).

En las reflexiones hechas hasta el momento, hemos aclarado la segunda singularidad: el terrorismo visto como un acto corriente y los terroristas como seres humanos racionales son inmorales y malos, básicamente porque desconocen la autoridad de la ley moral e invierten los motivos impulsores que constituyen sus máximas. No obstante, las conclusiones de este análisis son insatisfactorias: nadie puede, simplemente, desobedecer la ley moral.

Si el terrorismo fuera efectivamente una variable discreta, susceptible de análisis dentro del sistema kantiano, la fuente de inmoralidad o de maldad en su agente debería buscarse en la adopción de principios materiales, motivos impulsores o máximas contrarias a la ley, nunca en la posibilidad de corrupción de la razón moralmente legisladora.

Respecto a la primera singularidad: el terrorista y sus actos están excluidos del

sistema kantiano. La *sensibilidad* hace al hombre, al quitarle los motivos impulsores que proceden de la libertad, un ser meramente *bestial*; pero, al contrario, una *razón* que libera de la ley moral, una razón en cierto modo *maliciosa* (una voluntad absolutamente mala), que pudiera elevarse al rango de motivo impulsor, haría del sujeto un *ser diabólico* –pero ninguna de las dos cosas es aplicable al hombre.¹¹

A modo de síntesis de las dos singularidades: en este artículo se sostiene y argumenta que todo aquel capaz de concebir y perpetrar fenómenos extremos, inhumanidades como el terrorismo, posee una voluntad absolutamente mala; por ello, su conducta solo puede analizarse y entenderse *fuera de la razón*.

Antes de llegar a esta instancia, en aras de mantener la estructura y congruencia argumentativa es necesario, aún dentro de la razón práctica, analizar su uso empíricamente condicionado como fundamento de determinación de la voluntad del terrorista, donde ya no es la ley moral la referencia, sino las implicaciones causales de acciones orientadas a alcanzar fines, por lo cual es también adecuado llamar este enfoque consecuencialismo o razón instrumental. Si el consecuencialismo se tomara como una continuación de la deontología kantiana, incluiría los actos donde la ley moral no constituye la máxima de la acción y los motivos impulsores tienen

11 Kant, Immanuel, *La religión ... op. cit.*, p. 54.

origen material es decir, todos aquellos inmorales y malos. Por eso se debe entender como un procedimiento distinto, que si bien busca los fundamentos de determinación de la voluntad, lo hace mediante otro criterio que le permite, a la vez, ocuparse de muchas más cuestiones, de todas aquellas que, hemos dicho, confieren al terrorismo su carácter contradictorio, polémico, complejo y ambiguo.

III. Razón instrumental: el fundamento de determinación de la voluntad terrorista como empíricamente condicionada

Este enfoque es sumamente prolífero, ofrece muchas posibilidades de análisis y permite vincular el terrorismo con otros fenómenos y realidades como la guerra, la violencia, los conflictos, la política, entre otros. Asimismo, facilita su observación en contextos geográficos y temporales determinados. Sin embargo, estas aparentes bondades juegan en contra y reducen su interés y utilidad, pues suelen ser tantos los argumentos, las exposiciones, variables y consideraciones, que llegan a ser inconmensurables. Al fin de cuentas, una teoría que explica todo, nada explica.¹²

12 MacIntyre, en su crítica al emotivismo, que pretende ser una filosofía moral basada en argumentaciones racionales e impersonales, pero que en verdad está fundada en una voluntad encauzada a manipular las actitudes, sentimientos, preferencias y elecciones de otros, señala que es una teoría que pretende dar cuenta de *todos* los juicios de valor, cualesquiera que sean. Claramente, si es cierta, *todo* desacuerdo moral es interminable; esto es válido en la medida que el emotivismo se basa en la razón

Aun así se debe reconocer que, sin estos estudios, no sería comprensible el terrorismo en sus particularidades y manifestaciones diversas. No solo la estrategia, la seguridad y la defensa nacional, las relaciones internacionales, se benefician de sus aproximaciones; la filosofía moral también precisa de contextos, del conocimiento detallado de casos, consideraciones y contingencias para valorar con justicia tanto los contenidos teóricos como las experiencias de vida. No obstante, la limitación que persiste es la carencia de criterios uniformes, conceptos normativos e información concordante que permita la comparación y, lo que es más difícil, la generalización.

Por ello, con el propósito de presentar como procede el consecuencialismo en la definición del estatus moral del terrorismo,¹³ se abordan tres temas controvertidos y polémicos: i) definición del terrorismo y naturaleza de los atentados terroristas; ii) el estatus moral y legal del terrorista; y iii) cuándo el terrorismo se considera permitido y justificado.

Entretanto, la definición que empleamos de terrorismo en el apartado de la razón práctica, era unívoco, basado en la con-

instrumental-utilitarista. MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*. Espasa Libros, S.L.U., Barcelona, 2013, p. 26.

13 La expresión *estatus moral* se emplea para diferenciar la evaluación moral, en el marco de la razón instrumental, de la moralidad usada en el apartado anterior de la razón práctica, tomada de Frowe, Helen, *The ethics of war and peace*. Routledge, New York, Estados Unidos, 2016, p. 205.

cepción del terrorismo como algo siempre incorrecto, extremo, que no tiene justificación. A la luz de la razón instrumental, el terrorismo se torna confuso y por ello precisa de un tratamiento neutral, condicionado por contextos, circunstancias y teorías que complejizan su comprensión. La principal dificultad radica en que no existe una forma general y única de terrorismo, por el contrario, se encuentra una tipología diversa, cada una con características particulares, como el terrorismo perpetrado en una guerra, en una ciudad como París, en una guerra civil de liberación revolucionaria o en una guerra de guerrillas.

Helen Frowe, por ejemplo, informa que el terrorismo no es un fenómeno nuevo: el término fue acuñado en la revolución francesa en el siglo XVIII, y data de la Roma antigua. Más recientemente el IRA (Irish Republican Army) empleó una campaña sostenida de terrorismo contra Gran Bretaña en la década de los setenta y ETA (Euskadi Ta Askatasuna), se valió del terrorismo en España durante más de cuarenta años. Eran problemas domésticos, pequeños grupos que usaban la violencia contra sus propios gobiernos. Ahora el terrorismo tiene una innegable dimensión internacional que traspasa las fronteras, que es más que simple violencia criminal;¹⁴ la internacionalización del terrorismo ha mo-

dificado también sus pretensiones: extender el miedo como medio de presión para cambiar ya no las políticas internas, sino la política exterior, manipular la imagen global y afectar la sensibilidad colectiva.¹⁵

Frowe no ofrece una definición concreta del terrorismo; plantea una serie de características pensadas como relevantes y ciertamente comunes a las acciones terroristas: motivación política, dirigidas contra no combatientes, perpetradas por actores no estatales, violentas, que pretenden generar miedo.¹⁶ A partir de ellas, analiza su correspondencia con los hechos y señala diferencias que determinan la categoría de acto terrorista. Por ejemplo, respecto a la motivación política, un asesino serial es evidentemente un criminal, pero si lo impulsa una patología o una oscura pasión y no un verdadero motivo político, no es correcto catalogarlo como terrorista; una manifestación pública es un acto de violencia que realizan actores no estatales, pero no es terrorismo. Respecto a la violencia, es interesante la apreciación de que en el caso del terrorismo, la intimidación, la amenaza, sin ser violentas generan miedo, la sola intención es terrorista.

14 Frowe, Helen, *The ethics of war and peace*. Routledge, New York Estados Unidos, 2016, p. 182.

15 Esta imagen del terrorismo contemporáneo ejemplifica muy bien el tipo de descripciones que provee la razón instrumental, remite a las particularidades que condicionan, además de las tácticas, la legislación y las formas de respuesta; pero, especialmente, los fundamentos de determinación de la voluntad de los terroristas.

16 Frowe, Helen, *The ethics... op. cit.*, p. 183-190.

En el mismo tenor, Haig Khatchadourian señala la dificultad de definirlo, advirtiendo que los filósofos morales han prestado poca atención a la moralidad del terrorismo, debido a que ha sido considerado siempre como algo malo; en consecuencia, una discusión con punto final, observación que se corresponde con los argumentos que se han dado sobre el terrorismo en el marco de la razón práctica. A fin de cuentas, si por esta vía se declara la inmoralidad y maldad de los terroristas, la discusión parece agotada. En contraste, desde la perspectiva empírica surgen cada vez más consideraciones y contradicciones. Por ejemplo, la condena al término como la mayor plaga de las últimas décadas del siglo XX, señalado como un mal absoluto, “proviene de países, sistemas políticos y regímenes que han sido los principales blancos del terrorismo, por ello, han usado la palabra como un arma psicológica contra sus perpetradores”.¹⁷

La definición provisional que acuña Khatchadourian es la más generalizada en la literatura y empleada en los discursos: “la idea que el terrorismo es la amenaza o el uso real de violencia –el uso ilegal de la fuerza– dirigido contra civiles (ejemplo, no combatientes en tiempo de guerra), algunas veces adicionan las palabras ‘*con fines políticos*’”.¹⁸ El contraste con la guerra

es recurrente en la mayoría de los autores. En este particular, señala Khatchadourian que la muerte de civiles en la guerra es un efecto colateral, pues claramente las operaciones militares se dirigen contra objetivos militares; en las operaciones terroristas, los civiles son el objetivo directo e intencional del ataque. Al igual que Frowe, este autor distingue elementos característicos del terrorismo contemporáneo, entre los que cabe mencionar aquellos que ayudan a distinguir un tipo de otro: formas y métodos de coerción y fuerza, cadena de victimización (directas en primer lugar y después individuos, grupos, países conectados con los objetivos inmediatos). La naturaleza de la organización o institución que recurre al terrorismo, estatales o no estatales; el contexto o circunstancias sociales, políticas, económicas, militares, si ocurre en tiempo de paz o de guerra.¹⁹

Otro aspecto interesante es la distinción entre términos como terrorismo y terror. Al respecto Khatchadourian, citando a Paul Wilkinson, explica que el terror es un mecanismo y a la vez una consecuencia del recurso a la violencia, pero para que sea terrorismo, debe estar claramente orientado a fines, inspirado en causar miedo y terror persiguiendo siempre un objetivo, ya sea garantizar la coerción, forzar decisiones, obligar a ceder. La intención importa. Khatchadourian al respecto, cita ahora a Raymond Aaron’s: “una acción

17 Khatchadourian, Haig, *The morality of terrorism*. Wipf and Stock Publishers, Oregon, Estados Unidos, 2011, p. 1.

18 Khatchadourian, Haig, *The morality... op. cit.*, p. 1.

19 Khatchadourian, Haig, *The morality... op. cit.*, p. 2.

de violencia tiene la etiqueta ‘terrorista’ cuando sus efectos psicológicos están fuera de proporción con su resultado puramente físico”.²⁰

Un aspecto que favorece la concepción del terrorismo como indeseado y malo, es su vinculación con el asesinato intencional, que abre el debate sobre el estatus legal del terrorista. De manera generalizada se incluye a los terroristas en la categoría de criminales, aunque por otro lado se presentan argumentos que señalan casos especiales de excepción al asesinato, que mencionaremos más adelante. Por ahora es de interés resaltar por qué se consideran criminales. Al respecto, Wilkinson señala:

Porque los terroristas, por definición, siguen una política sistemática de terror... sus actos son análogos a crímenes... En la mayoría de los sistemas legales los actos típicos de grupos terroristas (tales como bombardeos, asesinatos, secuestros, lesiones y chantajes) constituyen serias ofensas a códigos prevalentes. Sin excepción el homicidio es castigable bajo los códigos legales de todos los estados. Dado que el terrorismo involucra asesinatos sistemáticos a sangre fría es particularmente repugnante a la tradición judeo-cristiana y a todas las sociedades profundamente impregnadas con valores humanos.²¹

20 Khatchadourian, Haig, *The morality... op. cit.*, p. 9.

21 Citado en Khatchadourian, Haig, *The morality... op. cit.*, p. 17.

En el trabajo de Frowe, la indagación sobre el estatus moral del terrorista no es acerca de los fundamentos de determinación de su voluntad, para concluir en un sentencia definitiva. En su lugar, analiza si puede el terrorismo ser moralmente distintivo y si las acciones terroristas pueden ser de alguna forma justificadas.

La primera cuestión es tratada desde la consideración del asesinato de no combatientes. Como ya se ha apuntado, la intención de daño basta para calificar amenazas como terrorismo; no obstante, pese a jugar un papel importante en los juicios morales para la acción, la intención parece no ser determinante; a partir de ella no se puede diferenciar entre lo permisible y lo no permisible. “Invocar la diferencia en intenciones entre terroristas y combatientes no es suficiente para mostrar que los asesinatos terroristas son de alguna forma peores que los asesinatos por daños colaterales”.²² Frowe contrapone la tesis anterior derivada de la posición de MacPherson de rechazar la intención como forma de distinción entre terrorismo y daño colateral, con los argumentos de Scheffler, que concibe un mal distintivo del terrorismo. “Los terroristas no solo intencionalmente matan no combatientes –ellos también hacen uso de sus víctimas en una forma moralmente distintiva”.²³ Frowe cierra esta discusión con la postura

22 Frowe, Helen, *The ethics... op. cit.*, p. 194.

23 Frowe, Helen, *The ethics... op. cit.*, p. 198.

de Goodin: “El terrorismo es moralmente distintivo, y moralmente malo, porque amenaza nuestra habilidad para participar racionalmente en el estado, amenazando de este modo nuestra habilidad para dar forma a nuestras propias vidas”. Con lo cual, desde la razón instrumental se ha declarado el terrorismo como malo e inmoral, de forma argumentada, en teorías y evidencias empíricas.

Es momento de debatir acerca del estatus legal del terrorista. Amitai Etzioni estudia y debate esta cuestión en su artículo “Terroristas: ni soldados ni criminales”, que tiene la virtud de distanciarse de las posturas tradicionales que en circunstancias de guerra o conflicto pretenden aplicar los principios de la teoría de la guerra justa, particularmente en lo que respecta a la conducción correcta de las hostilidades *jus in bello*, lo que implica que se reconozca el estatus de combatientes a los terroristas o que se incurra en una enorme contradicción. Otro es el punto de vista de Frowe, quien amplía esta categoría señalando que el terrorista puede ser considerado como combatiente ilegítimo, en el sentido que no cumple las condiciones requeridas para ser combatiente según la convención de Ginebra (ser parte de un grupo jerarquizado, vestir un emblema visible, sostener armas abiertamente, obedecer las reglas de *jus in bello* prescritas en la convención); o combatiente, como alternativa jurídica

para diferenciarlo de un criminal que no puede ser objeto de ataques.²⁴

Etzioni expone las razones por las cuales los terroristas no deben ser tratados ni como criminales ni como terroristas. El punto de partida es que en los conflictos actuales, los terroristas e insurgentes juegan un papel preponderante y los ejércitos convencionales que tratan de obedecer las reglas de la guerra se encuentran en desventaja y presionados para violarlas,²⁵ lo que pone de presente el problema de la asimetría: el deber de cumplimiento es unilateral, los terroristas sacan provecho de las limitaciones normativas; es necesario modificar y actualizar las reglas de la guerra.

La preocupación de Etzioni es absolutamente pragmática y justificada, recogida de la experiencia de las tropas estadounidenses en Irak y Afganistán. La diferencia de procedimiento entre considerar a los terroristas como soldados o criminales implica costos, esfuerzos y problemas legales. En el primer caso, serían detenidos y no juzgados hasta el final de la guerra, y en el segundo, serían tratados como ciudadanos en uso pleno de derechos y garantías, tan solo como acusados pero no condenados aún por haber cometido un crimen. Para no ir más lejos, basta con informar que Etzioni argumenta con suficiente claridad por qué los terroristas no deberían ser tra-

24 Frowe, Helen, *The ethics... op. cit.*, pp. 207-208.

25 Etzioni, Amitai, “Terroristas: ni soldados ni criminales”, en *Military Review*, edición en español, noviembre-diciembre 2009, p. 13.

tados como criminales ni como soldados; cabe destacar que en ese tránsito, sin ser explícito, reconoce la figura de combatiente ilegítimo de Frowe, pero la encuentra inconveniente ya que en determinadas circunstancias se puede calificar como combatiente enemigo al terrorista, lo cual le favorece; su conclusión es que “los terroristas pertenecen a una categoría distinta que requiere un tratamiento diferente”,²⁶ sobre el cual, por ahora, solo es posible brindar recomendaciones.

Sobre la segunda cuestión de Frowe, ¿pueden las acciones terroristas ser justificadas o permisibles? Frowe señala que, en el marco de la teoría de la guerra justa, se ha aceptado como posible el homicidio incidental, cometido tanto por actores estatales como por terroristas en el desarrollo de una guerra justa, pero reconoce que la justificación del asesinato intencional requiere de argumentos morales más contundentes. Los que ella toma en consideración son provistos por Saul Smilansky: “...para tener una oportunidad de ser justificado, el terrorismo debe ser empleado para una causa justa proporcionada y ser el último recurso después que todas las otras medidas han sido agotadas”;²⁷ cita varios casos, como Rwanda, Sudán y Cambodia, y señala que esas causas eran claramente proporcionadas, pues estaba

en peligro la existencia de un grupo y la posibilidad de exterminio en masa de no combatientes.

Según Smilansky, el terrorismo debería permitirse como medida para llamar la atención del mundo sobre la pobreza en los países en vía de desarrollo, donde la hambruna y la privación han sido permitidos a gran escala. En una guerra donde un Estado ha causado sufrimiento a otro, el terrorismo puede ser permitido como causa proporcionada; también para derrocar a un régimen tirano. La conclusión de Smilansky es que “el terrorismo es ampliamente empleado en casos donde es obviamente injustificado, y solo raramente empleado en casos donde debería ser justificado”, y precisa que “las personas han usado el terrorismo extensamente en nombre del extremismo religioso, pero no, por ejemplo, para unir a Occidente en la lucha contra la pobreza en el mundo en vía de desarrollo”.²⁸

IV. Conclusiones

Ya hemos desprovisto del carácter irracional a los terroristas, sus acciones aunque criminales e inmorales, no son demenciales ni carentes de sentido; es como señala Bauman, “un misterio de acciones monstruosas sin monstruos”.

26 Etzioni, Amitai, “Terroristas: ni soldados ni criminales” en *Military Review*, edición en español, noviembre-diciembre 2009, p. 18.

27 Frowe, Helen, *The ethics... op. cit.*, p. 201.

28 *Ibidem.*

En la postmodernidad, ha surgido una nueva forma de maldad, “el mal habita en lo que tendemos a considerar como normalidad e, incluso, como la trivialidad y la banalidad de la vida cotidiana, más que en casos anormales, patologías, aberraciones y semejantes.”²⁹

La conclusión a la que se llegue es determinante, porque de adoptarse la primera, significaría que cualquier persona en un ambiente proclive, en circunstancias y situaciones, en el caótico y peculiar escenario de la postmodernidad, puede llegar a convertirse en un terrorista, por fuerza de un ambiente inmoral que promueve el mal y desintegra las opciones e inclinaciones hacia el bien.

Y en el segundo caso, estaríamos considerando dos posibilidades: que efectivamente personas con intenciones y justificaciones que caben en la categoría de racionales, además sin estándares morales, estén dispuestas, decididas y se conviertan en terroristas; o que personas que han tenido éxito en librarse de los nocivos contaminantes morales del entorno postmoderno, de algún modo perviertan su conciencia moral y terminen convirtiéndose en terroristas. En cualquiera de los dos casos anteriores, operarían necesariamente *mecanismos* que lo harían posible; dicho en forma clara, que una persona con

una *moral individual mala*, perpetre un atentado terrorista o que una persona con una *moral individual buena*, por alguna razón, transgreda el mandato de su conciencia moral y cometa un atentado terrorista.

Esto agrupa a los sujetos de análisis, los que por cuenta de una negativa influencia del entorno y nivel de referencia ético y moral, han formado una *conciencia moral mala*; por ejemplo, por cuenta de una ley común como en el caso del nazismo, o por la adopción de máximas malas. Según Kant, serían estos terroristas potenciales por formación y por distorsión, respectivamente; y un segundo grupo, integrado por aquellos que se han librado de la influencia negativa de su entorno y han logrado edificar estándares morales basados en máximas individuales: estos llegarían a ser terroristas únicamente a través del mecanismo que Bandura denomina “desenganche moral”, rompiendo el vínculo con los mecanismos de autocensura y regulación respecto a la conducta inmoral.

O sea, si se tiene una conciencia inmoral, no existen estándares ni principios sólidos a partir de los cuales se levanten banderas negras, siempre que existan tentativas o posibilidades de transgresiones graves, tales como el terrorismo; allí no se precisa de un desenganche moral, al menos no en sentido estricto. Entretanto, ya existe un condicionamiento previo establecido, que sumado a justificaciones ra-

²⁹ Bauman Z., Donskis B., *Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida*, 2015, p. 52.

cionales, queda a muy poco de derivar en inhumanidades.

Al margen de la conciencia moral social derivada de la ley común, la teoría del desenganche moral en la perpetración de inhumanidades, que desarrolla Bandura en su artículo homónimo, defiende la idea de que existen mecanismos de autorregulación; que construyen los estándares de referencia de la conducta; que no tienen por qué ser exclusivamente los provistos por la ley común; incluso, pueden ser altruistas o estar al menos dentro de los límites de la bondad. Pero en el caso del terrorista, este puede selectivamente desengancharse de este sistema autorregulador y dar paso a la comisión de actos inhumanos.

Concluyendo hasta aquí, la resolución de este debate estaría orientada a determinar si efectivamente, en primer lugar el agente es capaz de distanciarse de una ley común perversa y mantener estándares morales por fuerza de la capacidad de autorregulación, en cuyo caso, efectivamente los actos inhumanos serían perpetrados por cuenta del éxito del desenganche moral. De darse lo contrario, de imperar la fuerza de la ley común, la presencia de la conciencia moral postmoderna, adiafórica, de insensibilidad y ceguera moral, explicaría de igual forma la capacidad de cualquier persona corriente de cometer inhumanidades, en cuyo caso no existiría el desenganche moral, sino una permanencia nociva en la conciencia moral general, ya pervertida.

V. Bibliografía

- Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, 1* (1ª edición). Traducción de A. Gimeno Cuspinera. Pre-Textos, Valencia, 2010.
- Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*. Undécima edición en Debolsillo, Barcelona, 2014.
- Barnes, Christopher M., Leavitt Keith, “Desvinculación moral: ¿Cuándo los buenos soldados harán cosas indebidas?”, *Military Review*, edición en español, noviembre-diciembre 2010.
- Baudrillard, Jean, *La transparencia del mal. Ensayo sobre fenómenos extremos*. Traducción de Joaquín Jordá, Editorial Anagrama, Barcelona, 1990.
- Bauman, Zygmunt, Donskis, Leonidas, *Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida*. Espasa Libros, Barcelona, 2015.
- De Santiago Guervós, Luis E., “Las ilusiones del conocimiento: Perspectivismo e Interpretación”, en *THÉMATA. Revista de Filosofía*, nº 27, Universidad de Málaga, 2001.
- Etzioni, Amitai, “Terroristas: ni soldados ni criminales”, *Military Review*, edición en español, noviembre-diciembre 2009.
- Frowe, Helen, *The ethics of war and peace*. Routledge, New York, 2015.
- Hardt, Michael, Negri, Antonio, *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*. Random House Mondadori, S.A., prime-

ra edición, traducción de Bravo, Juan Antonio, Barcelona, 2004.

Hurd, Heidi M, *Moral combat*. Cambridge University Press, Cambridge, primera edición 1999, edición consultada 2008.

Innenarity, Daniel, “Modernidad y postmodernidad”, en *Anuario Filosófico*, nº 20, 1987.

Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*. Ediciones Sígueme, sexta edición, Salamanca, 2006.

Kant, Immanuel, *La religión dentro de los límites de la mera razón*. Alianza Editorial, Madrid, 2009.

Khatchadourian, H., *The morality of terrorism*. Eugene, Oregon, Wipf and Stock Publishers, 2011.

MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*. Espasa Libros, S.L.U., Barcelona, 2013.

EL SILOGISMO JURÍDICO EN LA DEMOSTRACIÓN DEL HECHO QUE LA LEY CALIFICA COMO DELITO

JESÚS ABRAHAM MARTÍNEZ MONTOYA¹

Sumario: I. Introducción. II. Silogismo jurídico. III. La demostración del cuerpo del delito, elementos del tipo penal, hecho que la ley califica como delito. IV. Conclusión. V. Fuentes de consulta.

Resumen. Las resoluciones y sentencias judiciales en materia penal deben estar debidamente ajustadas al principio de legalidad jurídica, el cual se consagra en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Un ingrediente importante –pero no es el único– de una sentencia, es la demostración del hecho que la ley señale como delito. Es mediante el silogismo jurídico con el cual demostramos la forma en que queda justificada la hipótesis que la ley considera como delito; el elemento formal orienta al juzgador a realizar una aplicación exacta de la ley, y de esta manera evitar que se violen derechos humanos. Aquí se propone motivar las sentencias y resoluciones mediante la lógica jurídica y la hermenéutica para alcanzar el respeto al orden constitucional.

Palabras clave: Silogismo, legalidad, norma jurídica, interpretación

Abstract. The decisions and judgments in criminal matters must be properly adjusted to the legal principle of legality, which is enshrined in article 14 of the Mexican Constitu-

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Sonora, obtuvo el grado de Maestro en Derecho Empresarial por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez y el grado de Doctor por El Colegio de Chihuahua. Es profesor de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Imparte las materias de Historia del Derecho I, Seminario de Cultura Jurídica y Argumentación Jurídica en el programa de la Licenciatura en Derecho.

tion. An important element –but it’s not the only one– in a judgment is the demonstration of the act that the law signals as a crime. It is through the legal syllogism with which we demonstrate how the hypothesis that the law regards as a crime is justified. The formal element directs the judge to make an exact application of the law, and thereby avoid violations of human rights. Here it is proposed to motivate the judgments and decisions by legal logics and hermeneutics to achieve respect for the constitutional order.

Keywords: Syllogism, legality, juridical norm, interpretation

I. Introducción

El presente estudio únicamente trata un tema de mera técnica jurídica. Con ello se busca proponer un modelo de demostración del hecho que la ley señala como delito. Esto a fin de que esto abone en la práctica jurídica contribuyendo al respeto del principio de legalidad previsto en el artículo 14 de la Constitución Mexicana, sin soslayar que el hecho de no aplicar exactamente la ley pueda transgredir derechos humanos como los que se precisan en los artículos 7.1 y 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos; sin embargo, este análisis convendría tratarlo en una diversa línea de investigación.

Hablar de que la ley se aplique con puntualidad es un tema que se relaciona con la palabra *logos*. Esta tiene diversos significados, tales como: pensamiento, razón, habla, discurso, concepto, palabra, conocimiento.² También tiene otras connotaciones como razón, verdad, palabra, cuenta, ley, etcétera. El campo semántico es tan amplio que resultaría extenuante tratar de agotarlo. Schettino cita textualmente las palabras de Ramnoux en las que resume la amplitud que puede tener dicho término helénico “...aun cuando se pueda proponer alguna traducción aceptable de la palabra *logos*, es mejor mantener el término griego para conservar la amplitud de sus significados y la aureola de su misterio”.³ *Este término es tan amplio que incluso el texto original griego del libro del Génesis comienza di-*

2 “Logos”. *Diccionario de filosofía. Origen de la filosofía-presocráticos-sofistas y Sócrates* [en línea]. Disponible en: <http://www.e-torredababel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiagriega/Presocraticos/Logos.htm> [consulta 20 de mayo de 2016].

3 Schettino Maimone, Ernesto, “La teoría del logos”. *La teoría del conocimiento en Heráclito* [en línea]. Disponible en: <http://cdigital.uv.mx/bitstream/123456789/2552/1/196846P225.pdf>, p. 228 [consulta 20 de mayo de 2016].

ciendo: “En el principio era el logos”. Algunos expertos han llegado a sostener que dicho término puede llegar a tener 27 significados; sin embargo, predomina el término razón o, en latín, la expresión *ratio*.

De la palabra o locución latina *ratio* también se puede hablar bastante. En algunas fuentes se dice que razón es la relación entre dos cantidades o magnitudes;⁴ se ha dicho que la palabra latina se compone de dos vocablos, *re* y *actio*, y se traduce como *conforme a un patrón o medida*. No es una necesidad dejar en claro que el razonamiento ocurre cuando se tienen dos cosas que corresponden, es decir, una cosa que tiene la medida de la otra. Nos atrevemos a sostener que un niño, sin haber dado sus primeros pasos, es capaz de introducir en un cubo didáctico las figuras geométricas en los orificios que corresponde; aquí observamos los primeros procesos racionales de una persona.

No es tan descabellado proponer desde este momento que los juristas funcionamos encontrando la medida o correspondencia de una norma en contrastación con los hechos, es decir, verificamos o determinamos si la hipótesis normativa queda colmada con los hechos. Naturalmente que para llevar a cabo la conversión de la norma en el hecho nos valemos de la

tradicción jurídica, principios de derecho, doctrina o dogmática jurídica y la teoría del derecho. En efecto, buscamos corroborar si se agota la hipótesis normativa en el hecho o no, por ello consideramos necesario entrar al breve análisis de lo que es un silogismo jurídico y cómo se diferencia del silogismo tradicional.

II. Silogismo jurídico

La palabra silogismo (*silogism*) significa “con lógica”. La palabra griega *syl* se entiende como “con”, la construcción del silogismo tradicional consta de dos proposiciones y una conclusión; a las primeras se les denomina *premisas*. La diferencia entre la lógica simple y la lógica jurídica es que la primera tiene por objeto determinar la verdad o falsedad de las proposiciones o enunciados. En cambio, el silogismo jurídico es mucho más complejo: en este, una de las premisas es una norma jurídica la cual no puede ser calificada como falsa o verdadera; en efecto, la norma jurídica podrá ser calificada de válida o inválida pero no de falsa o verdadera.

La función jurisdiccional enfrenta –en la construcción del silogismo jurídico y particularmente en el análisis de la premisa mayor– uno de sus mayores retos, la citada premisa no es una simple proposición sino una expresión normativa, y como tal presenta tres problemas en su aplicación al caso concreto: 1) el de la determinación de la vigencia de la norma jurídica; 2) el

⁴ Fernández López, Justo, “Locuciones latinas”. *Hispanoteca-Lengua y Cultura Hispanas* [en línea]. Disponible en: <http://www.hispanoteca.eu/Vokabular/Locuciones%20latinas%20O-Z.htm> [consulta: 20 de mayo de 2016].

interpretativo o hermenéutico; 3) el de la integración de lagunas.⁵

La vigencia de una norma jurídica se encuentra ligada con su proceso de creación principalmente, en la cual el resolutor tiene la obligación de conocer si la norma jurídica tiene validez para su aplicación. Entre otras cuestiones, su revisión debe centrarse en: la fecha de entrada en vigor, si la misma no quedó derogada o abrogada por otra norma jurídica, si está siendo aplicada a hechos anteriores a su entrada en vigor (en casos en que esté prohibida la retroactividad), si la norma jurídica riñe con una disposición constitucional o –incluso y ya en boga– si la aplicación de la ley lesiona derechos que concede una convención internacional, etcétera.

Cuando finalmente se ha determinado que es una norma vigente y que no está en contravención de otras normas superiores o a las cuales debe jerárquicamente supeditarse, aparece un problema más: el interpretativo o hermenéutico. Todas las normas jurídicas aspiran al principio de la triple “C”: completitud, claridad y coherencia. Aquí está uno de los más grandes problemas: qué hacer si la norma es deficiente, oscura, ambigua o contiene una antinomia. La aplicación de las normas jurídicas guarda una muy estrecha relación con la interpretación de las mismas. Todavía se

discute si para aplicar una norma jurídica es necesario previamente interpretarla.

Asimismo, se sabe que las lagunas normativas, o mejor dicho de la legislación, como sostiene García Máynez,⁶ son también un problema bastante serio porque el juzgador se percató de que simplemente no tiene norma jurídica con la cual resolver, el legislador no previó una situación a la cual no le es aplicable ninguna otra de las normas del resto de los ordenamientos, ni siquiera por analogía. Los órganos jurisdiccionales regularmente proceden a buscar, en la jurisprudencia nacional, un criterio que les permita resolver la situación que se presenta para su análisis. Otras veces recurren a buscar en el resto de los ordenamientos alguna norma de aplicación analógica, y cuando no se tiene, buscan un principio general del derecho basándose en la norma general inclusiva prevista en el cuarto párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. También se estila suplir la deficiencia construyendo –mediante un análisis deductivo– un criterio supletorio atendiendo a un estudio exegético de la norma; y en un remoto caso, se fundan en la doctrina que producen los dogmáticos del derecho y de la tradición jurídica. Por supuesto, esto no aplica a la materia penal, en la cual se atiende a la exacta aplicación de la ley, cuestión que atenderemos en líneas posteriores; en tan-

5 García Máynez, Eduardo, “Aplicación de normas jurídicas”, *Lógica del raciocinio jurídico*. México, Distribuciones Fontamara, S. A. de C. V., 2007, p. 15.

6 *Ibidem*, p. 36.

to que en materia administrativa y fiscal sí aplica suplir deficiencias o lagunas en algunos casos.

No menos importante es la premisa menor, porque es la que expresa los hechos, de la misma forma que las proposiciones en lógica deben ser aquellas que tengan sentido, es decir, las proposiciones deben tener coherencia narrativa.⁷ De la premisa menor debe por lo menos estar demostrada su veracidad, comprobados los hechos, evento que indudablemente ocurrió en los términos en que se están expresando. De no estar comprobados los hechos tendríamos en el silogismo jurídico una premisa falsa, y con ello se corre el riesgo de que el silogismo jurídico se califique como formalmente correcto pero materialmente inválido.

La conclusión, por su parte, es un esquema de inferencia cuyo resultado se obtiene a través de un método deductivo. La teoría de la deducción intenta explicar la relación que existe entre dos proposiciones y su arribo a la solución. Es decir, mediante el elemento formal se busca la correlación entre dos enunciados y el proceso mental activo arroja un resultado que se obtiene mediante la inferencia; este puede ser calificado como verdadero o falso, válido o inválido. Regularmente podemos calificar

un acto silogístico como formalmente correcto si la conclusión es acorde a la fuerza categórica de las proposiciones; pero lo calificamos como materialmente inválido si alguna de las premisas es develada como falsa.⁸

III. La demostración del cuerpo del delito, elementos del tipo penal, hecho que la ley califica como delito

Diversas reformas⁹ al artículo 19 constitucional estuvieron marcadas por la misteriosa denominación del cuerpo del delito como se había conocido, hasta que la reforma del 3 de septiembre de 1993 en lo conducente decretó:

Artículo 19.– Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten *los elementos del tipo penal del delito* que se impute al detenido hagan probable la responsabilidad de éste.

[...]

7 Realizar una expresión como: ¿De qué color es el caballo blanco de Napoleón? O bien, “Si esta nublado entonces va a llover”; la primera es una proposición en la cual evidentemente se está dando la respuesta. La segunda no es una aseveración verdadera; podría serlo si se agrega que “posiblemente” llueva o existen las condiciones para que llueva.

8 Copi, Irving y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*. México, Editorial Limusa, S. A. de C. V., 1997, pp. 209-210.

9 Diario Oficial de la Federación del 03 de septiembre de 1993 (en línea). Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_129_03sep93_ima.pdf (consulta de 22 de junio de 2016).

Más tarde, una nueva reforma¹⁰ constitucional, de fecha 8 de marzo de 1999, hace que regrese de nuevo “el cuerpo del delito” en la redacción del citado numeral 19 de nuestra Carta Magna:

Artículo 19.— Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresaran: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar *el cuerpo del delito* y hacer probable la responsabilidad del indiciado.
[...]

Una última reforma¹¹ constitucional de la norma en comento –de fecha 8 de junio de 2008– elimina la denominación *cuerpo del delito*, quedando como sigue:

Artículo 19.— Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que

se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido *un hecho que la ley señale como delito* y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

[...]

Del mismo modo en que se han hecho reformas a la constitución con respecto a la forma en que habrá de enunciarse la hipótesis que describe la ley, y que considera como delito, también ocurrieron muchos cambios en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, posteriormente Código Federal de Procedimientos Penales. Un análisis interesante que realiza el jurista Enrique Díaz-Aranda en la obra intitulada –precisamente– *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*,¹² explica cómo, desde 1880, el artículo 121 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Territorios Federales decretaba:

Artículo 121. La base del procedimiento criminal es la comprobación de *un hecho o la de una omisión que la ley reputa como*

10 Diario Oficial de la Federación de 08 de marzo de 1999 [en línea]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_139_08mar99_ima.pdf, [consulta de 22 de junio de 2016]

11 Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008 [en línea]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08_ima.pdf, [consulta de 22 de junio de 2016]

12 Díaz-Aranda, Enrique, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009 [en línea]. Disponible en: bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2741/Pl2741.htm [consulta 19 de junio de 2016] pp. 19-31.

delito: sin ella no puede haber procedimiento ulterior.

El Código de Procedimientos Penales de 1894 dispuso:

Artículo 82. El agente de la policía judicial que practicare las primeras diligencias, y el juez que tome conocimiento del negocio, deberán ante todo procurar comprobar *el cuerpo del delito* como base de la averiguación.

Un poco después, la misma ley adjetiva de 1909 también expresó:

Artículo 107. *La existencia de un hecho u (sic) omisión que la ley repunte delito*, será la base del procedimiento penal. Luego que estén justificados los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo define la ley penal, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito.

En 1929 el código procedimental en materia penal dispuso:

Artículo 122. *El cuerpo del delito* que no tenga señalada una prueba especial, se justificará por la *comprobación de los elementos materiales* de la infracción.

El Código Procesal Penal de 1934, literalmente decretó:

Artículo 168. El funcionario de la policía judicial y el tribunal en su caso deberán procurar ante todo que se compruebe *el cuerpo del delito* como base del procedimiento penal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso según lo determine la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

En 1983 se conservó la redacción del artículo 168 en su primera parte, cambiando el segundo párrafo, que se concretó a establecer cuándo se tendrá por demostrado el cuerpo del delito:

Artículo 168. [...]

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determina la ley penal. Se entenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este código.
[...]

Luego, en 1993, el mismo numeral fue objeto de una nueva propuesta:

Artículo 168. *El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.*

[...]

Luego, una reforma de 1994 obligó a los estados de la federación a cambiar sus códigos procedimentales locales cambiando la denominación “cuerpo del delito” por “elementos del tipo penal”. Más tarde, la reforma de 01 de mayo de 1999 obligó de nuevo a que el Ministerio Público acreditara el cuerpo del delito:

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará *el cuerpo del delito* de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera.

Una nueva reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, en el año de 2005, deja atrás la disputa entre cuerpo

del delito y elementos del tipo penal –en cuanto a denominaciones–, y se concreta a establecer:

Artículo 122. El Ministerio Público acreditará *el cuerpo del delito* de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

Finalmente, hace su aparición el Código Nacional de Procedimientos Penales del 05 de marzo de 2014, de aplicación obligatoria, incluso, para todos los procedimientos penales que lleven a cabo en las entidades federativas. De la misma forma en que se sustenta en el artículo 19 de la Carta Magna, queda claro que debe acreditarse *un hecho que la ley señale como delito*. Esta última fue una reforma de 2008, como se mencionó anteriormente. La ley nacional dice:

Artículo 141. Citatorio, orden de comparecencia y aprehensión

Cuando se haya presentado denuncia o querrela de *un hecho que la ley señale como delito*, el Ministerio Público anuncie que

obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar:

I. [...]

II. [...]

III. [...]

En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente.

Sendas discusiones han existido con respecto de la demostración del “cuerpo del delito”, “los elementos del tipo penal” y, ahora, “hecho que la ley señale como delito”. Parece increíble que hasta hayan establecido una serie de reglas rígidas para la demostración de ciertos delitos. La preocupación por definir el cuerpo del delito fue tarea en la evolución constitucional y de los códigos federales y locales; sin embargo, ninguna disposición –ni siquiera las constitucionales– puede escapar al escrutinio del principio de legalidad jurídica previsto en el artículo 14 de la Carta Magna. Es de suma importancia saber que el contenido de esta disposición, más que

una garantía, resulta ser la base y sustento de todo el orden constitucional.

El principio de legalidad jurídica que establece el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para este tema, es el que se describe en el tercer párrafo:

Artículo 14.

[...]

[...]

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

[...]

El juez que resuelve sobre la demostración del hecho que la ley señala como delito invariablemente deberá ajustar su proceder al principio de legalidad, pero... ¿significa que debe aplicar literalmente la ley penal? La respuesta es que no. Con tristeza escribió Emilio Rabasa el momento en que le preguntó a Ignacio Vallarta qué había querido decir con el adverbio “exactamente”, el cual le contestó: “literalmente”. Los juristas de la época en 1956 ya conocían las complejidades de la aplicación de las normas y más las referentes al orden penal. Sabían perfectamente que las normas no podían ser aplicadas literalmente y de ahí su amargura. Realmente, en la gé-

nesis del artículo 14 constitucional, desde las disposiciones que dictaba Carlos III – rey de España, 1759-1788–, quien ordenaba que las penas se aplicaran correctamente, es obvio que es un aspecto deóntico de la norma jurídica. Aquí estriba la diferencia con el adverbio *exactamente*: este es de orden fáctico. Estas cuestiones se trataron en un diverso artículo de revisión.¹³

IV. Conclusión

El considerando que tiene o no por demostrado el hecho que la ley señala como delito, debe ser un silogismo jurídico formal o –al menos– lo más cercano a ello. Los jueces penales no motivan este considerando de estudio si se concretan únicamente a hacer alusión de la disposición legal y la contrastan con una narración de hechos presuntamente demostrados. Asimismo, no hay cumplimiento al principio de legalidad jurídica consagrado en el artículo 14 de la Carta Magna.

Para llegar al cumplimiento puntual de tal principio de legalidad jurídica es necesario que los órganos jurisdiccionales establezcan el silogismo jurídico más adecuado para su función. Los métodos lógicos como el bárbara I y bárbara II son los de uso tradicional en las resoluciones

judiciales. Sin el ánimo de poner una camisa de fuerza al silogismo judicial, se proponen cinco pasos para la aplicación correcta de la norma jurídica:

1. Debe expresarse en su redacción literal de la hipótesis normativa que prevé la conducta considerada o señalada como delito. Tomaremos como ejemplo el contenido del artículo 367 del Código Penal Federal:

Artículo 367.— Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

2. Por una cuestión de técnica, atentos a que la norma no es una proposición simple, ordenar por elementos, requisitos o los extremos que exige la norma jurídica; incluso, y por qué no, en la forma en que lo enseña la doctrina del derecho penal mexicano:
 - a) Una conducta consistente en un apoderamiento.
 - b) Que la conducta recaiga sobre una cosa mueble.
 - c) Que la cosa sobre la cual recae la conducta sea ajena.
 - d) Que el apoderamiento se realice sin derecho y sin consentimiento

¹³ Martínez Montoya, Jesús Abraham, “La exacta aplicación de la ley”. *Cultura Ciencia y Tecnológica*, número 43-44, 2011, México [en línea]. Disponible en: <http://openjournal.uacj.mx/ojs/index.php/culcyt/article/view/111>, también disponible en: erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/culcyt/article/viewFile/111/111 [consulta 29 de junio de 2016] pp. 75-91.

de quien puede disponer de la cosa mueble conforme a la ley.

3. Una vez que se tiene razón de los elementos, requisitos o extremos que constituyen la conducta prevista como delito, debe realizarse la tarea más difícil: la hermenéutica de la norma jurídica. Por ejemplo:

“El elemento precisado en el inciso a), consistente en una conducta de apoderamiento, el cual se entiende como la aprehensión de la cosa que coloca bajo su poder y control personal el activo, esto con fractura o quebrando de la posesión ajena del pasivo, el cual queda desapoderado de la cosa; es decir, el pasivo deja de tener poder y control de la cosa”.

Es muy importante realizar una interpretación correcta de cada elemento porque solo haciendo una interpretación correcta se alcanza una aplicación correcta de la ley.

4. La premisa que contiene el hecho fáctico debe estar demostrada. Esto significa que lo que está previsto por la norma jurídica –como la hipótesis de robo– debe cotejarse, corroborarse o –dicho de otra forma– contrastarse con los hechos probados mediante el cúmulo de material probatorio. Por orden se propone que cada elemento

de la hipótesis jurídica se demuestre atendiendo a la prueba o pruebas que existan para ello, no sin antes expresar el valor jurídico de la probanza.

5. Finalmente, narrar justificadamente la forma en que están demostrados los hechos conforme al valor probatorio que para cada dato o prueba –libremente– otorga el juzgador de conformidad con el artículo 265 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Acto seguido, el juez explica que, en relación al cuerpo del considerando, quedó agotada la hipótesis normativa prevista como delito.

V. Fuentes de consulta

Copi, Irving y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*. México, Editorial Limusa, 1997.

Diario Oficial de la Federación de 03 de septiembre de 1993 [en línea]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_129_03sep93_ima.pdf [consulta de 22 de junio de 2016]

Diario Oficial de la Federación de 08 de marzo de 1999 [en línea]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_139_08mar99_ima.pdf [consulta de 22 de junio de 2016]

Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008 [en línea]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08_ima.pdf [consulta de 22 de junio de 2016]

Díaz-Aranda, Enrique, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009 [en línea]. Disponible en: bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2741/Pl2741.htm [consulta 19 de junio de 2016]

Fernández López, Justo, “Locuciones latinas”. *Hispanoteca-lengua y cultura hispanas* [en línea]. Disponible en: <http://www.hispanoteca.eu/Vokabular/Locuciones%20latinas%20O-Z.htm> [consulta 20 de mayo de 2016]

García Máynez, Eduardo, *Aplicación de normas jurídicas. Lógica del raciocinio jurídico*. México, Distribuciones Fontamara, S.A. de C.V., 2007.

“Logos”. *Diccionario de Filosofía. Origen de la Filosofía-Presocráticos, Sofistas y Sócrates* [en línea]. Disponible en: <http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiagriega/Presocraticos/Logos.htm> [consulta 20 de mayo de 2016]

Martínez Montoya, Jesús Abraham, “La exacta aplicación de la ley”. *Cultura Científica y Tecnológica* número 43-44, 2011, México [en línea]. Disponible en: <http://openjournal.uacj.mx/ojs/index.php/culcyt/article/view/111>, también disponible en: erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/culcyt/article/viewFile/111/111 [consulta 29 de junio de 2016]

Schettino Maimone, Ernesto, “La teoría del logos”. *La teoría del conocimiento en Heráclito* [en línea]. Disponible en: [\[tal.uv.mx/bitstream/123456789/2552/1/196846P225.pdf\]\(http://tal.uv.mx/bitstream/123456789/2552/1/196846P225.pdf\), p. 228 \[consulta 20 de mayo de 2016\]](http://cdigi-</p></div><div data-bbox=)

POSMODERNIDAD E INSEGURIDAD CIUDADANA: EL SURGIMIENTO DEL NUEVO ENEMIGO

ALFREDO ARAYA VEGA¹

Pero cuando el delito sea una ofensa a un tercero, los jueces deberán ser mitad iguales al reo y mitad iguales al ofendido. Así, estando en equilibrio todo interés particular que involuntariamente modifica las apariencias de los objetos, no hablarán más que las leyes y la verdad.

Cesare Beccaria

Sumario. I. Introducción. II. Estado actual del Derecho Penal en temas de seguridad ciudadana. III. Respuesta estatal al fenómeno criminal. IV. El migrante: el “nuevo enemigo” en el derecho actual. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Resumen. El fenómeno de la delincuencia aqueja cada vez más a la sociedad costarricense. A través de los aparatos ideológicos de poder, se ha pretendido buscar una solución tanto formal (legislativa, ejecutiva, judicial, penitenciario) como informal (medios de comunicación, religión, etcétera). La respuesta actual a este fenómeno se ha potenciado a partir del discurso del derecho penal del enemigo, donde las concepciones tradicionales se han eliminado mediante una ruptura del orden establecido. La migración es un claro ejemplo de este cambio, por medio del recrudescimiento legislativo en la materia y la diferenciación entre los unos y los otros. Llegados a este punto, surge la siguiente pregunta: ¿qué hay fuera de esta ideología?

Palabras clave: Seguridad, ciudadano, enemigo, funcionalismo.

¹ Juez Superior Titular del Tribunal Penal de San José de la República de Costa Rica; Doctor en Derecho por la Escuela Libre de Derecho; Doctor Honoris Causa por la Universidad de Ciencias Jurídicas de México; Doctorando Estudios de la sociedad y la cultura de la Universidad de Costa Rica; Magister en Ciencias Penales. Correo electrónico: aarayav@poder-judicial.go.cr

Abstract. The phenomenon of crime increasingly afflicts Costa Rican society. Through the ideological apparatus of power, it has been sought to find a solution, both formal (legislative, executive, judicial, penitentiary) and informal (media, religion, etcetera). The current response to this phenomenon has been strengthened from the discourse of the criminal law of the enemy, where traditional conceptions have been eliminated through a rupture of the established order. Migration is a clear example of this change, through legislative tightening in the matter and the differentiation between the two. At this point, the following question arises: what is outside this ideology?

Keywords: Security, citizen, enemy, functionalism.

I. Introducción

Uno de los fantasmas que más ha violentado el sueño de los “filósofos reyes” –a quienes Platón² (“la planta más hermosa de la antigüedad”, en palabras de Nietzsche³) quería ver al mando de la sociedad, en su mundo idealizado de “castas”, “roles” y “funciones”–,⁴ es el desalentador y también maravilloso descubrimiento de que toda supuesta “verdad” comunicada o conservada para su comunicación –a través de algún medio de permanencia contra el tiempo y el olvido, ya sea mediante la tradición oral, de la escritura, de los símbolos, de las imágenes, de las normas o de nuestros modernos y sofisticados sistemas de almacenamiento electrónico–, sea simple o compleja –según lo elaborado de sus planteamientos–, lejos de brindar seguridad con respecto a la realidad de las cosas, resulta apenas una interpretación u observación particular, parcial, selectiva y sesgada, que por no ser una respuesta unívoca, evidencia todo un universo de preguntas y de enfoques que nunca se hicieron.

Esta es, precisamente, la ironía de todas ciencias, es decir, la certeza de que lo que se dice o se descubre como cierto –o sea, como algo objetivo– no es del todo “cierto” ni “objetivo”; y esta es, también, la utopía de todas las ciencias: empujar hacia una cima, levantada por los hados de la realidad, la pesada roca de nuestras “verdades” a medias –interpretaciones–, una y otra

2 Filósofo griego, cuyo verdadero nombre era Aristocles (h. 427-347 a.C.).

3 Friedrich Nietzsche, filósofo alemán (1844-1900)

4 *La república*, de Platón. Su república utópica se compone de tres estamentos sociales: la clase trabajadora y artesana, la militar y la dirigente (filósofos reyes). Cada una de estas clases posee una función social determinada; es decir, cada una ejecuta determinados roles, que realizan determinadas expectativas de la sociedad; nada más a propósito, para empezar a hablar sobre el funcionalismo jurídico.

vez, y aunque siempre se nos vuelva a caer en el abismo de nuestras limitaciones.

No es casualidad que en el ensayo *El mito de Sísifo*,⁵ del escritor francés Albert Camus (autor existencialista, 1913-1960), este entienda al ser humano como “el héroe del absurdo” porque, a pesar de que su tarea es imposible, continúa en el intento.

Así, pareciera que en este mundo humano en que vivimos, “la realidad” no existe como tal o no es posible –y por ello nos hemos inventado, en términos teórico-conceptuales, otra aprehensible–; y, como en el mito de la caverna,⁶ apenas percibimos algunas sombras de “lo real”, que adquieren vida cuando las observamos, comunicamos que las observamos o fabricamos conceptos a partir de ellas –como cuando se dice que el árbol que cayó en el bosque y nadie lo escuchó caer, en realidad nunca cayó.

5 Sísifo: personaje de la mitología griega, fundador y rey de Corinto e hijo de Eolo. Por su ambición y por retar a los dioses, Zeus lo condenó a transportar eternamente una pesada piedra a lo alto de una colina. Ángel Ma. Garibay K., *Mitología griega, dioses y héroes*, decimotercera edición, Editorial Porrúa, S. A., México, p. 219. “...Si este mito es trágico, lo es porque su protagonista tiene conciencia”. <http://www.lainsignia.org>

6 “...Supongamos, dice Platón, que a uno de los prisioneros, ‘de acuerdo con su naturaleza’ le liberásemos y obligásemos a levantarse, volver hacia la luz y mirar hacia el otro lado de la caverna. El prisionero sería incapaz de percibir las cosas cuyas sombras había visto antes. Se encontraría confuso y creería que las sombras que antes percibía son más verdaderas o reales que las cosas que ahora ve. Si se le forzara a mirar hacia la luz misma le dolerían los ojos y trataría de volver su mirada hacia los objetos antes percibidos”. Libro VII de *La república* (514^a-516d), Platón. <http://www.e-torredabel.com/Historia-de-la-filosofia/FilosofiaGriega/Platon/MitodelaCaverna.htm>.

Expuestas estas circunstancias, conviene reflexionar acerca de los fenómenos de la inseguridad ciudadana, de la delincuencia y de su relación con la población migrante, y plantearnos la siguientes preguntas: ¿Hay enemigos en la sociedad? ¿Quiénes son?

Esto guarda una estrecha relación con los conceptos “realidad” e “interpretación de la realidad”. Además, este planteamiento dual –simbiótico– entre lo que “es” y lo que “se piensa o comunica” ha sido, es y será un problema sustancial constante en la historia de las diversas formas en que el ser humano ha pretendido explicar su propia naturaleza y la de su entorno material, social y espiritual,⁷ donde no es raro que lleguen a confundirse con la realidad y generen modelos hiperreales, sin distinción entre lo real y lo imaginario (Baudrillard, 1994).

La realidad político-cultural constantemente somete al individuo a encasillamientos peligrosos, los cuales apartan a ciertos seres humanos de la sociedad considerán-

7 Así, de manera evidente o solapada, el legado de Platón subsiste, hasta nuestros días, en todos aquellos discursos teórico-científicos que parten de la diferenciación entre el mundo “real” –o sea, la materialidad social en sus múltiples manifestaciones– y el mundo “ideal” –es decir, todas aquellas construcciones conceptuales creadas por el ser humano a efectos de interpretar y comunicar una realidad de carácter interpretativo-virtual. Recuérdese que Platón sostuvo la existencia de dos mundos distintos: el de las ideas y el de las cosas, mundo inteligible y mundo sensible; para él, Dios –la divinidad– es el intermediario entre los dos mundos, y las cosas son representaciones imperfectas de las ideas.

dolos personas o no personas (criterios organicistas de G. Jakobs, como se verá).

Este ensayo pretende responder a las siguientes interrogantes: ¿En Costa Rica juzgamos a personas o a enemigos? ¿Se aplica en nuestro país un derecho penal del enemigo tratándose de migrantes? ¿El delincuente declarado judicialmente es un enemigo? ¿Cómo se aparta a los enemigos? ¿Qué relación existe entre la realidad y el imaginario popular (o mito) acerca de que el incremento cuantitativo de la criminalidad es producto de la migración? ¿Cómo se ha construido ese mito? ¿Qué formas adopta el mito? ¿Cómo afecta esa percepción el tema de la xenofobia hacia esos migrantes?

Para un segundo desarrollo del trabajo (segunda parte), se podría preguntar: ¿Cuáles segmentos de la sociedad costarricense son más proclives a asumir el mito? ¿Cuáles asideros en la realidad tiene la creencia de que los migrantes extranjeros han venido a “entrenar” a los delincuentes ticos, enseñándoles métodos más violentos que antes no se veían en nuestra sociedad? ¿Cuál percepción tienen los migrantes de esos países acerca de sus compatriotas que delinquen en Costa Rica?

Estas y otras interrogantes se plasman en el presente trabajo, el cual pretende un acercamiento al tema del derecho penal y el fenómeno criminal y migratorio.

II. Estado actual del derecho penal en temas de seguridad ciudadana

Instruido por los filósofos y los físicos, adquirí un exacto presentimiento de la verdad.

Anatole France

Todos los informes actuales⁸ determinan un problema de seguridad ciudadana, apuntando hacia un crecimiento desmedi-

8 “[...] La violencia y la criminalidad han alcanzado dimensiones de gran magnitud en el país, tal y como lo evidencia el aumento sostenido del número de delitos que se cometen, el crecimiento de las tasas de victimización y la elevada sensación de inseguridad en la población. Aunque la violencia social y delictiva es comparativamente baja frente a otros países de la América Latina, las tendencias hacia un marcado deterioro de nuestra situación nos obligan a actuar con prontitud y determinación. Así, por ejemplo, la tasa de robo (93 por diez mil habitantes en el 2006) es relativamente alta para los estándares internacionales y refleja el aumento especial alarmante que ha tenido la tasas de algunos delitos contra la propiedad en el país: entre 1990 y el año 2006, el robo creció en un 748 %, el hurto en un 54 %, el robo a vehículos un 37 % y el robo a casas un 20 % (Sistema de Indicadores de la Violencia (Sisvi) del Ministerio de Justicia). [...] Por otra parte, los delitos contra la vida también se han disparado. En las dos últimas décadas las tasas de homicidios y de asaltos con violencia se han más que duplicado (PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo 2005; Programa Estado de la Nación 2007). [...] Al analizar los datos de victimización, se observa que el porcentaje de hogares donde algún miembro ha sido víctima de un delito pasó de un 20 % en 1986 a un 38.7 % en el 2004 (PNUD 2005). [...] A la par de la tendencia hacia el crecimiento de los delitos y de la victimización, ha crecido también la alarma social ante la criminalidad. La mayoría de estudios y encuestas de opinión confirman que la seguridad ciudadana constituye una de las principales preocupaciones de los costarricenses. Dos recientes estudios así lo confirman: para 46 % de la población la inseguridad y las drogas son el principal problema del país (PNUD, Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana 2006); y cerca del 65 % de los costarricenses afirman que Costa Rica es un país nada o poco seguro (CID-Gallup, 2008)”.

do de los actos delincuenciales: informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), informes del Programa de Estado de la Nación, Sistema de Indicadores de Violencia del Ministerio de Seguridad (Sisvi), CID Gallup, Ilanud. Incluso, el reciente informe del Banco Mundial (Crimen y violencia 2010) y el del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010) confirman el incremento delincencial en Centroamérica y, sobre todo, asociado al problema de extranjeros.⁹ Por ello, las soluciones estatales van dirigidas en tal sentido.¹⁰

La política criminal contemporánea enfrenta los embates del populismo punitivo. El fenómeno de criminalización intensa, de falta de contención represiva y del abuso inflacionario del poder punitivo, constituido en razón de una psique social alterada por la neurosis y la paranoia colectivas, referente al problema de la inseguridad ciudadana, ha hecho del derecho penal material y del derecho penal práctico instrumentos dúctiles de respuesta sancionatoria, cada vez más poderosos y absolutos. La difícil situación que sufre la sociedad ante el delito, ha motivado que el

Estado le responda, sí..., pero no en la medida adecuada ni oportuna.

El paradigma actual de la respuesta ante el fenómeno criminal es de visión única, estricta y absoluta; y, precisamente, del incremento del poder punitivo del Estado. Así, el discurso que le otorga predilección a medidas reguladoras menos garantistas, como las contempladas en las normas de la actualidad, es, concretamente, el de monopolización de los criterios y factores “genéticos” de la inseguridad ciudadana.

Los motivos determinantes sobre la creación de leyes penales cada vez más intensas, del empoderamiento de los cuerpos policiales y de una consecuente reducción de prerrogativas innegociables del acusado, surgen siempre como correlatos de un discurso político que pretende otorgarle legitimidad con fundamento solo en sus calculadas intenciones y en la ignorancia de los lineamientos políticos del Estado.

En la inflación del derecho positivo, en materia penal, se ha olvidado la legitimación que imprime la sujeción a la identidad política del Estado en su discurso político legitimador, a las leyes que se formulan en su entorno; de toda suerte que las leyes ahora carecen de una justificación teórica y ética, pues parten, simplemente, de la funcionalización del poder represivo, y ya no de una comprobación previa de la compatibilidad del derecho con su fuente de poder y de legitimidad.

9 Colocando el problema migratorio como falta de contención: social, familiar, educacional, salud, entre otros, lo cual los hace proclives a la delincuencia.

10 Basta analizar el “Informe de política integral y sostenible de seguridad ciudadana y promoción de la paz social, 2010”.

El rigor punitivo desenfrenado no solo es causante de una crisis normativa, sino que también ha modificado la percepción del Estado ante el delito, forzándolo a ignorar factores criminógenos, como la falta de equilibrio de clases sociales, la incipiente oportunidad laboral, problemas de vivienda, de extrema pobreza, de la precaria situación del sistema educativo. También lo ha obligado a enfocarse, exclusivamente, en la represión como medida única para la “sistemática y metódica” atención al fenómeno delictivo, utilizando al imputado como objeto de los experimentos normativos pertenecientes al nuevo rumbo de la política criminal contemporánea, que ya no es un conjunto de métodos con que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal (Delmas, 1986), sino solamente el acrecimiento del poder represivo, como ya se dijo.

En efecto, el empleo de factores poco razonables para la atención al delito, la funcionalización amplia del poder represivo y la poca identidad política nacional, han degenerado la condición de los pilares demoliberales de un Estado de derecho, los cuales se nutrían de la simbiosis crítica y equilibrada entre los derechos y garantías fundamentales y la aplicación pertinente del *ius puniendi*, tomando como base las prerrogativas indisponibles (ergo, inviolables) del acusado e, incluso, de la víctima.

Actualmente, el intenso respaldo popular y mediático a políticas funcionalistas

del derecho penal –derecho penal del enemigo y, en especial, de migrantes–, genera inexorablemente una compatibilidad o una relación ideológica (calculada o no) con otros modelos de política criminal excluyentes del que domina en un Estado democrático de derecho (liberal), pues sus principios fundamentales son diversos y, muchas veces, disconformes entre sí.

Tal es el caso del derecho penal del enemigo (deshumanización de la respuesta punitiva y del sistema de catalogación de personas, según su peligrosidad social) o del derecho penal eficaz (consistente en la apuesta por un efectivismo yuxtapuesto a los derechos, garantías y principios fundamentales de los acusados, dividido entre efectos manifiestos y latentes –simbolismo y criptografía de sus efectos reales y pretensiones verdaderas–).

Nótese la falta de sujeción de la potestad reguladora del Estado y de su identificación conforme a sus lineamientos políticos elementales, es decir, la incongruencia entre las leyes y el modelo político adoptado por el Estado, toda vez que en un modelo democrático de política criminal no se busca “gobernar a través del delito” (Larrauri, p. 9) repotenciando los efectos sociales nocivos del poder punitivo, sino brindar atención efectiva a los fenómenos sociales sin ceder los principios fundamentales que le dan legitimidad; en otras palabras, se busca producir orden y no control.

La situación actual de la legislación y proliferación de derecho positivo en el campo del derecho penal, confunde el sentido dogmático de política criminal antes apuntado. Ante una visión de exclusiva solución (represión), ya no se buscan soluciones o atenciones integrales al problema social, sino que se mantiene como visión de túnel al poder represivo como único método de solución de delincuencia. Tal circunstancia provoca la vigencia absoluta del viejo aforismo “más de lo mismo”.

Ahora bien, en la actualidad pervive un sentimiento colectivo de inseguridad ante la delincuencia, igualmente promocionado por uno de los aparatos ideológicos de poder más influyentes: los medios de comunicación (Castro, 2000), reproductores de ideología (Kellner, s. a.). En los noticieros, en la difusión masiva de información y en los procesos de elección popular, se manifiesta regularmente el fenómeno de la inseguridad social hacia el delito y a sus más diversas manifestaciones, donde se promueven métodos institucionales violentos contra el “hampa” y la delincuencia organizada.

Tales movimientos sociales implican siempre una crítica de la estructura social establecida en el momento y en el territorio donde se presentan estas fenomenologías. Dicha oposición encuentra respaldo en la agrupación mediática, donde se fomenta la sensación de inseguridad con la propagación de los cruentos sucesos, de

los delitos y hechos violentos..., siempre con un claro interés alejado de la simple información.

La promoción mediática de los hechos sangrientos, la violencia y la delincuencia tecnológica, ha logrado forjar una concepción acrítica del delito en la colectividad, como un factor irremediable y execrable, que merece la respuesta más rigurosa del Estado, popularizando el discurso político de la intolerancia. Actualmente, la sociedad experimenta un período de insatisfacción por la “ineficacia” de la Administración de Justicia, pues muchos acusados no son condenados, lo cual, a su juicio, comporta impunidad.

La sociedad demanda protección y, con ello, inquiera una deslegitimación de las garantías procesales del sujeto acusado, en un proceso penal, para optimizar la depuración de delincuentes del conglomerado. Esta acepción popular es la nueva fuente del rumbo actual de las políticas criminales modernas, que oscila entre el desmejoramiento del ser humano, sujeto del proceso sancionatorio, y un protagonismo radical de las víctimas.

Hablar de personas indeseables, de delincuentes, de *extranjeros*, del hampa, contrastándolo con la inocencia de las víctimas de los hechos delictivos, inclinará la balanza social hacia el desprecio del ser humano que provocó la lesión. Esto generará un sentimiento generalizado de

inseguridad, de anomia, de injusticia y de temor.

Así lo definen los noticiarios cuando hablan de una era de inseguridad, y lo continúan los demagogos candidatos a la política cuando describen propuestas de “mano dura contra el hampa”, desplazando la concepción a una esfera más amplia de voluntades y de ejercicios políticos: la sociedad.¹¹

La sola mención de ciudadanos ya se percibe como una diferenciación entre estos (con las mejores etiquetas) y los *enemigos* –delincuentes, antisociales, hampones, *migrantes* o criminales–, que sufren la peyorativa atención social y el peor de los epítetos, y cuya extensión abarca toda esfera de interacción colectiva en el marco de la sociedad. En este ámbito, la máqui-

11 “[...] Es increíble lo que pasa en este país: parece que ni el Poder Judicial, ni los diputados, ni los políticos escuchan los gritos de alarma de los ciudadanos, ante la rampante inseguridad ciudadana en todo el país. [...] Con la excusa que tienen ‘domicilio fijo’ los tiran otra vez a la calle, sin importar la evidencia encontrada por la Policía cuando los atrapan [...] ¿Cómo no nos vamos a sentir inseguros?, ¿cómo no vamos a sentir que todas las autoridades de este país están traicionando la confianza del pueblo?, ¿a quién tenemos que clamar por justicia?, ¿por qué no entienden el Poder Judicial, la Fiscalía, los jueces, los diputados y los políticos que la gente ya no aguanta más la inseguridad? [...] Uno ya no se pregunta si me asaltarán o no, sino cuándo me tocará a mí: ¿qué están esperando, acaso millones de personas gritando por las calles?, ¿quién está fallando y a quién hay que reclamarle que los hampones tengan más derecho que los ciudadanos a vivir en paz?”. Este comentario, hecho por una directora de un programa televisivo importante de la cadena nacional, como Telenoticias, constituye un claro ejemplo de la resistencia mediática y de la coyuntura social que forja dentro de la psique colectiva.

na bárbara señalada por Deleuze¹² (Rojas, 1997) cobra vigencia, por ser un medio reproductor de ideología.

No es difícil notar la posición de los medios de comunicación por la situación delincencial que atraviesa el país. Valga decir, únicamente, que esa asunción (partidaria de la extrema represión) alcanza a la mayoría de la población, destinataria de las políticas criminales, y se contamina con influjos del llamado *terrorismo informativo* (Carranza, 1994). Este se encuentra claramente dirigido al migrante, etiquetado este como el “otro amenazante”, concepto construido por Sandoval (2008) al referirse a la construcción del imaginario costarricense sobre el extranjero, en especial el nicaragüense.

En ese predicado, los medios se han aprovechado de los sucesos y los han focalizado de manera tendenciosa, para inflar sus intereses y favorecer algunos de ellos que resultan políticos; con ello ejercen, de manera programática y metodológica, una manipulación de la voluntad colectiva, que con la información recibida presume la violación a las garantías fundamentales como algo necesario y virtuoso, para corregir el mal que el delito representa, aun

12 El autor refiere tres tipos de máquinas sociales: la salvaje (fundada sobre la tierra, sobre el cuerpo de la tierra); la bárbara, donde el Estado es la máquina despótica que organiza un sistema de producción y recodifica el lenguaje del despotismo estatal; y la capitalista, que es hacer la deuda infinita. El capitalismo no puede proporcionar un único código que abarque todo el campo social; al contrario, es deco-dificador.

a costa de garantías mínimas del acusado, que se *acusan* de ser fuente de impunidad.

La técnica para hacer trascender dicha información hacia la cognición colectiva, consiste en acompañar tales argumentos de una selecta información estadística sobre la creciente sensación de inseguridad, y publicarla como un fenómeno de proporciones endémicas, corrosivo del orden social y normativo, casi pragmático.¹³

La problemática de la falta de identificación de los problemas sociales generadores del delito, hace incontrolable el miedo a este, e igualmente imposibilita cualquier capacidad de introspección para descubrir la fuente de la conflictividad. Por tanto, se recurre a una única vía (sancionatoria) que ha mostrado cierta efectividad, consistente en la prisión desmedida (preventiva o definitiva), sin que ello implique una óptima solución.

13 “Exigimos mano firme, exigimos cero tolerancia, exigimos respeto a la vida de todos, exigimos diputados comprometidos con el deseo del pueblo de devolver la paz a nuestras carreteras, exigimos que los gobernantes nos oigan y no permitan que algunos diputados se salgan con la suya de dejarnos un mamarracho de ley que no frenará a los irresponsables”. La referencia publicada, nuevamente, por parte de la cadena televisora periodística nacional, coadyuvante de la tendencia de “mano dura” como política criminal de la intolerancia, expresa un mensaje atractivo, sencillo, de una dialéctica confortable y cómoda que satisface la paranoia social: se evoca la represión, como remedio aliviador de la afección”. En la referencia periodística, se trata de una aplicación expansionista del derecho penal, cuya lógica se sostiene por la parábola de la violencia institucional a nivel del *ius puniendi*; es decir, el Estado reacciona con violencia frente a la violencia del ciudadano disidente o infractor de sus expectativas.

La impresión social sobre el aumento de la criminalidad hace exigible una participación reactiva del Estado a través del recrudecimiento de medios de coerción superlativos, y donde se demanda control por encima del orden. Esto ocasiona la crisis del modelo liberal del derecho penal, al ceder ante las gestiones incansables de los grupos de poder que luchan por una mayor represión.

Se construye un gobierno regido por las expectativas de los tipos penales como guías de vida. Esto es, se plantean y se visualizan los tipos penales (manifestación normativa y descriptiva de los comportamientos prohibidos) como un modelo de existir pacíficamente en sociedad, limitando la libre determinación del particular al subordinársele a tal manual de comportamientos, gobernando a través del delito y la minimización de los procedimientos amparados por la Constitución Política y su filosofía fundacional.

III. Respuesta estatal al fenómeno criminal

*Nada más desagradable
que disputar sobre palabras.*

M. Addisson

Uno de los eventos de mayor trascendencia en la historia del pensamiento es, precisamente, el haber dotado de “existencia” a lo inmaterial,¹⁴ es decir, el reconocer la

14 Como diría nuestro poeta nacional –turrialbeño a mucho orgullo, ensalzando el criticado concepto de

realidad de estructuras virtuales de comunicación que interactúan entre sí y con el entorno y que conforman un universo de sistemas independientes, que reinterpretan la realidad y las circunstancias de cada fenómeno observado.

A todas estas formas virtuales de interpretación, en la mayoría de los casos, les asiste un común denominador: la idea de un “orden inteligente de carácter determinista” –basado en parámetros o leyes (normas) infranqueables y previamente establecidas–, que posteriormente se traslada al concepto de sistema.

Esta idea de “orden” responde a la necesidad del ser humano de tener alguna certeza –aunque sea virtual– de que su propia vida y el entorno que lo rodea se encuentran regulados por ciertas leyes, fines, funciones o patrones de desarrollo. Esta certeza implica la seguridad y la tranquilidad emocional de que las cosas suceden por algún motivo y que nada está en manos de los demonios del azar –situación que nos hace reflexionar sobre el origen utilitario de las múltiples explicaciones que la humanidad ha elaborado para legitimar su propia existencia y las formas en que se ha organizado,¹⁵ es decir, el mie-

do al “caos” que se esconde detrás de cada planteamiento intuitivo o racionalista con respecto a la existencia–.

A este orden lo llamamos derecho, y tratándose de hechos criminales, está contenido en el derecho penal.

Al llegar a este punto, debemos cuestionarnos acerca de la visión del derecho en el Estado y la forma de reacción estatal en una democracia. Así, tendríamos la visión humanista (el ser humano es el centro y, sobre él, el Estado regula su comportamiento –bastante cercano a la concepción modernista–) o la visión totalizadora (en la cual el sujeto debe ser controlado por el Estado a través de sus aparatos de poder, pues el Estado tiene la obligación de dar seguridad y, sobre esa base, protege y controla –pensamiento cercano a los criterios de Althusser, de aparatos organizados de poder, y la concepción posmodernista donde existe un desenfoque del sujeto–).

En los tiempos actuales existe una pugna fuerte acerca del modelo de derecho penal que nos debe regular: un derecho penal “clásico”¹⁶ –escuela alemana de Winfried Hassemer– o un derecho penal “moderno”,¹⁷ es decir, un derecho penal deno-

arriba –en el macrocosmos universal– está también abajo –en el microcosmos social–.

15 Recuérdese cómo, en la antigüedad, el ser humano, al encontrar un orden en los movimientos y los ciclos de los cuerpos celestes, interpretaba que su propia existencia y su convivencia en sociedad también eran una expresión del macrocosmos. Esta transposición cósmica se reducía al principio legitimador del orden –o sea, del Estado– de que “lo que está

16 Donde el sujeto es el centro de acción, es decir, se priva el ejercicio de las garantías y derechos humanos, y la regulación criminal estatal es reducida, ponderando el llamado consenso social (propio de la época de la Ilustración –1789–) y con autores como Beccaria –“De los delitos y las penas”–, concepciones cercanas a la época de la Modernidad.

17 En donde el Estado controla los comportamientos sociales, existe una sociedad cargada de riesgos y

minado del enemigo –escuela alemana de Gunter Jakobs–, referido a aquellos que lesionan continuamente el ordenamiento jurídico y, en tal condición, deben ser separados de la sociedad. Existe una tercera escuela que sería un intermedio de ambas escuelas: la propugnada por Claus Roxin, en la cual es conveniente que el derecho penal alcance conductas peligrosas, pero la reacción estatal es diversa a la tradicional (clásica).

A los seguidores de la escuela de Hassemer se los tilda de garantistas y se les critica la despreocupación del derecho penal acerca de conductas que lesionan bienes jurídicos de carácter colectivo (es decir, los que lesionan a la mayoría de las personas). A los seguidores de la escuela de Jakobs se los califica de expansionistas del derecho penal, pues han perdido la noción de derecho penal nuclear (última *ratio* del derecho penal), pues crean conductas que no lesionan bienes jurídicos de forma determinada, sino que lo importante es el adelantamiento de la punibilidad por el “peligro” que conlleva la ejecución del comportamiento humano.

peligros y, por ello, el derecho penal debe controlar esos comportamientos “nuevos” –delitos ambientales, drogas, internacionales (trata de personas, terrorismo), tributarios, informáticos, aduaneros, financieros, bursátiles, etcétera– y lo realiza con criterios diferentes a los tradicionales (ampliando el catálogo delictivo, rebosamiento del concepto de autor –criminalidad empresarial–, adelantamiento de la punibilidad a etapas previas al delito –actos preparatorios–), concepciones cercanas a la época de la posmodernidad, con el desenfoque del ser humano.

Aclarado el panorama del derecho penal en la actualidad penal alemana (la cual en gran medida es la seguida en nuestro país y en muchas naciones de Latinoamérica), conviene preguntarse: ¿Cómo surge y de dónde el concepto de enemigo en el derecho penal?

El derecho penal del enemigo se caracteriza por ser disyuntivo y completamente antagónico del modelo democrático de política criminal. En este, el Estado divide al conglomerado en dos grandes subgrupos: el primero, el de los ciudadanos; y el segundo, el de las no personas, enemigos, peligros o riesgos.

La concepción de enemigo¹⁸ proviene de G. Jakobs. Es atraída al derecho penal a partir del concepto de sociedad del sociólogo alemán Niklas Luhmann, quien responde a un planteamiento de tipo organicista e incorpora a sus trabajos la idea de “autopoiesis”,¹⁹ desarrollada por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela en la obra “El árbol del conocimiento”.²⁰

18 Que, como veremos más adelante, es dirigida en nuestro país hacia los extranjeros como transgresores del ordenamiento, lo cual crea una concepción en el imaginario colectivo de “otros”.

19 Sea, autoorganización interna a partir de su distinción con respecto al entorno, manifestada en procesos de acoplamiento estructural frente al entorno, para efectos de aumentar o reducir complejidad y, a su vez, generar nueva complejidad.

20 “Las bases biológicas del entendimiento humano. Tendemos a vivir un mundo de certidumbre, de solidez perceptual indisputada, donde nuestras convicciones prueban que las cosas sólo son de la manera que las vemos, y lo que nos parece cierto no puede tener otra alternativa”. Este libro puede ser visto como una invitación a suspender nuestro

Luhman, en un mundo dominado por aparatos y fundado en la comunicación masiva y sistemática de información –material, visual y electrónica–, intenta desarrollar de manera original un nuevo pensamiento vinculado a la cibernética y a la elaboración de una teoría “científica” de la sociedad, al mismo tiempo que otros pensadores asociados al posmodernismo, también coqueteaban con la idea de inventar nuevas formas para conocer o desconocer lo que existe y que entendemos comúnmente como “real”; por ejemplo Derrida (1968),²¹ con sus concepciones acerca del lenguaje y sus planteamientos virales con-

hábito de caer en la tentación de la certidumbre. Al recorrer sus páginas, nos mostrará de qué manera nuestra experiencia está amarrada de una forma indisoluble a nuestra estructura. No vemos el “espacio” del mundo; vivimos nuestro campo visual. No vemos los “colores” del mundo; vivimos nuestro espacio cromático. Sin lugar a dudas, estamos en un mundo, pero cuando examinemos más de cerca cómo lo llegamos a conocer, siempre nos encontraremos con que no podemos separar nuestra historia de acciones –biológicas y sociales–, de cómo nos aparece ese mundo. Es tan obvio y cercano, que es lo más difícil de ver. Humberto Maturana R. y Francisco Varela G. Editorial Universitaria, 1984. *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*. <http://www.matriztica.org/555/article-1533.html>.

21 Derrida busca ir más allá de la tradición occidental. Casi todos sus escritos son lecturas de los textos de filósofos y escritores tradicionales. Su estilo, complejo y tortuoso, ha ido complicándose con el tiempo. A sabiendas de que sus escritos son tachados de “ilegibles”, Derrida se justifica en los siguientes términos: “Un trabajo de este tipo, que es aquél en el que estoy más comprometido, está calculado *lo más posible* para escapar a la consciencia cursiva y discursiva del lector plasmado por la escuela”. Amalia Quevedo, en *De Foucault a Derrida. Pasando fugazmente por Deleuze y Guattari, Lyotard, Braudrillard*. Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 2001. <http://personales.ciudad.com.ar /Derrida/quevedo.htm>

tra todo lo establecido, o Foucault,²² con sus posturas con respecto al poder.

Aquí, resulta obligatorio indicar que, aun cuando el pensamiento de Luhman reproduce los planteamientos organicistas, sus reflexiones sobre conceptos como “ciencia”, “sociedad”, “realidad” y “verdad”, realmente se desprenden de los esquemas dentro de los cuales se ha movido la ciencia durante siglos de “modernismo” –de

22 “En realidad la riqueza del pensamiento de Foucault reside en el hecho de combinar algunos temas ya clásicos de la filosofía –como el problema del poder, la historia o la ética– con algunas otras cuestiones absolutamente nuevas y originales –como el problema de la sexualidad, la locura y el encierro–. Es posible enhebrar todas estas cuestiones a partir de una posición fundamental: en esencia la filosofía es, para Foucault, una ontología del presente. Sin embargo el planteo del presente ha implicado para Foucault la necesidad de considerar el modo de constitución de la sociedad y del régimen de verdad también presentes. Siguiendo la línea trazada por Nietzsche, Foucault afirma que la verdad no queda ajena a la cuestión del poder; la verdad se produce de acuerdo a múltiples relaciones y luchas por el poder, a disputas, a agonísticas constantes que conllevan efectos en los individuos, en las instituciones, y por supuesto en el amplio dominio del saber. Cada sociedad construye su régimen de verdad, su ‘política general de la verdad’; lo que equivale a decir que cada sociedad produce históricamente los rituales y mecanismos que permiten aceptar lo verdadero y rechazar lo falso. La verdad, por lo tanto, no se encuentra fuera del poder ni carece de efectos de poder. De este modo el planteamiento de la verdad conduce a la política. Como el mismo Foucault lo expresa, ‘el problema político esencial para el intelectual no es criticar los contenidos ideológicos que estarían ligados a la ciencia, o de hacer de tal suerte que su práctica científica esté acompañada de una ideología justa. Es saber si es posible constituir una nueva política de la verdad. El problema no es cambiar la consciencia de las gentes o lo que tienen en la cabeza, sino el régimen político, económico, institucional de la producción de la verdad’”. *Michel Foucault: Aportes para una nueva filosofía política*. Prof. Flavio Gigli, Universidad Nacional del Comahue. <http://www.geocities.com/Athens/Olympus/9234/fouc.htm>

ahí que se sostenga que se trata de un pensador posmodernista—.

Los planteamientos de Luhman se basan en una nueva forma de ciencia que rechaza el concepto de “sujeto de conocimiento” y la idea de que el conocimiento científico se pueda vincular al individuo o a la conciencia individual, planteamientos con los cuales venía trabajando la tradición filosófica-científica occidental fundamentada en las ideas de Descartes y Locke²³ —ya sea como sujeto empírico (sujeto individual de carne y hueso) o como sujeto trascendental (el espíritu, la razón universal, etcétera). En lugar de lo anterior, Luhman utiliza el concepto cibernético de “observador” y la distinción entre “observación de primer orden” y “observación de segundo orden”.

23 “John Locke encuentra como basamento para su reflexión filosófica sobre el conocimiento al cartesianismo sea para retomarlo o para distanciarse de él. Retoma de Descartes la necesidad de fundamentar al conocimiento en el pensamiento, particularmente en la noción de Idea. La palabra latina ‘Cogitatio’ significa para Descartes toda aquella manifestación del pensamiento, toda vivencia del alma o espíritu humano ya sea una sensación, una proposición o afirmación de la voluntad. Locke traduce Cogitatio como ‘Idea’ y funda a partir de ella toda su Teoría del Conocimiento”. Antonio Berthier, “El problema del conocimiento. Primera parte: Solución empirista”. http://www.conocimientoy sociedad.com/problema_epistemologico.html. “Descartes y Locke recurrieron al principio de causalidad para demostrar que Dios existe. Pero Hume considera inválidos sus argumentos porque pretenden dar el salto de impresiones particulares a Dios, del que no tenemos impresión alguna. Para Hume es imposible averiguar si existe Dios o un mundo más allá de nuestras impresiones: nuestras nociones de Dios y de mundo exterior son un misterio, constituyen la frontera y el límite de nuestro conocimiento”. <http://www.educa.rcanaria.es/usr/ibjoa/Filos /tema6.html>

De esta manera, el derecho penal tiene dos vertientes. Se crean leyes generales respecto del primer grupo, donde se encuentran los ciudadanos, quienes sí ostentan el atributo de personas y se les reconocen todas las aptitudes, derechos y garantías que el ordenamiento jurídico *ordinario* atribuye a sus destinatarios. Ahora, respecto de la segunda vertiente, el ordenamiento jurídico establece normas sistémicas y de excepción para el tratamiento de los seres que, siendo humanos, no son personas desde la visión jurídico-conceptual de sujetos que vivifican las expectativas de la colectividad.

Los antecedentes de la tendencia estudiada datan desde 1985, cuando el profesor alemán Günther Jakobs formuló la concepción peyorativa del ser humano desde la óptica y funcionalidad del derecho penal. Fundamenta Jakobs, en su obra *Derecho penal del enemigo* (Jakobs y Meliá, 2006), que la legitimación del derecho penal del enemigo se sostiene en razón de que, para mantener la vigencia de la norma como elemento componedor insoslayable de la función estatal y de su existencia, debe producirse un control de la contradicción humana entre ley y hecho. Es decir, la materialidad o la practicidad del derecho positivo es, en definitiva, un fin tutelado a través del derecho penal.

La despersonalización presupone, en primera instancia, una deslegitimación de su condición de sujeto de derechos y deberes,

pues lleva, por convicción, una vida de delincuencia. Teóricamente lo define como “estado natural”, una condición de anomia, o de falta de reconocimiento de esta. Esto supone que el sujeto se gobierna a su arbitrio, en una “autonomía de la voluntad” sin limitación regulativa, sino ajustada a máximas humanas de conveniencia e imperfección; así, propende a sus personalísimos deseos de manera irrestricta, al margen del Estado organizado, lo cual produce un quebranto de las normas y expectativas sociales.

Este rechazo por principio del mandato normativo, constituye una pérdida de confianza social en la primacía de la norma, por cuanto no existe una garantía cognitiva de que su contenido esté siendo respetado por la ciudadanía. Este estado no admite suposición de organización concreta, sino una condición primitiva, arcaica, de supremacía rupestre.

Tal y como se ha explicado, si el Estado no detecta una garantía cognitiva de la vigencia de la ley (practicidad real) en las actitudes de los administrados, es decir, de que, conociendo estos el mandato legal, conducirán su vida en estricto apego a él y guardarán fidelidad a sus objetivos, actuando con lealtad dentro del ordenamiento jurídico, por ser una expectativa estatal, el Estado moderno los tendrá como enemigos que amenazan la sostenibilidad del derecho. “Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma

se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida” (Jakobs y Meliá, 2006, p. 38).

Presupone Jakobs que quien no garantice la prevalencia de la norma como manual del comportamiento ideal del ser humano, debe ser tratado como otra cosa distinta, socavando su humanidad. Entonces, quien rechace o desacredite la legitimidad y preeminencia del ordenamiento jurídico y atente contra él, incurrirá en una disidencia manifiestamente tendenciosa.

En igual sentido, se cataloga como enemigo a aquel que, habiendo sido condenado como ciudadano, irrumpe de nuevo en el sistema penal y, por ende, desmerece la vigencia de las normas. De esta manera, se recataloga y se le endosa la calidad de indeseable o no persona, y se lo priva de todas las garantías por considerarse que no las merece, por actuar en manifiesta contradicción con el normativismo.

Precisamente sobre este aspecto, Horkheimer y Adorno hablan de la *falsa identidad*, que busca la alineación de la sociedad para lograr la conquista del poder sobre esta, es decir, la construcción de los unos y los otros, donde esos “otros” son los amenazantes (Sandoval, 2008), los enemigos (G. Jakobs), o sea, a quienes debe “conquistarse” a través del control ideológico –Castro Gómez analizando a Althusser– (Castro, 2000) de los aparatos de poder. Sin embargo, ese concepto de ideología es equipara-

do por Marx a la *falsa conciencia*, esto es, la imagen distorsionada que un grupo social en particular hace de la realidad en un momento histórico determinado.

En el contexto del derecho penal del enemigo, tomará importancia la diferenciación del hombre en cuanto ser antropológico con su esencia, que le permite distinguirse del mundo donde existe, en el cual se derivan consecuencias jurídicas. El derecho penal del enemigo abandona el fundamento de la dignidad y la libertad humanas, es decir, al hombre como persona. No obstante, las nuevas tendencias adhieren al ser humano a una conceptualización política que, si bien tiende a observarlo dentro de una estructura social, se permite arrebatarle las garantías de las que debería gozar, inclinando la balanza a los intereses sociales por encima de los derechos fundamentales de este.

Tal y como lo menciona Luis Gracia Marín (2005), la sola mención de “enemigo” conlleva una carga ideológica y emocional; es una forma de etiquetar a los disidentes y discrepantes.

El concepto de persona no se puede ver aislado de la noción de política criminal que se aplique. La política criminal debe verse en un sentido amplio, donde interesa la reacción del Estado frente a una situación determinada. ¿Cómo reaccionará el Estado frente a la criminalidad: acaso para prevenirla o para reprimirla? Lo importante del cuestionamiento es que

el tratar de encontrar una respuesta, conduce a la aplicación del derecho penal del enemigo adoptado por muchos estados. ¿Será Costa Rica uno más de los países que, dentro de un Estado de derecho, enfoque a la persona como enemigo?

El cuestionamiento de quién es el ciudadano y quién es el enemigo, es fundamental dentro del derecho penal del enemigo, pues a partir de esa definición se ha suscitado la polémica que nos ocupa en el presente trabajo.

Por una parte, el ser humano es persona y la persona es ciudadano, pero la no persona es enemigo. Entonces, este último se va a contraponer al sistema. Quien por definición se mantendrá vinculado al derecho será el ciudadano. Para Jakobs, sí hay individuos que deben diferenciarse como enemigos, y esta diferencia se establece con respecto a los ciudadanos. Entonces, se contraponen un derecho penal del enemigo y un derecho penal del ciudadano. “El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra” (Jakobs y Meliá, 2006, p. 33).

El derecho, entonces, se vinculará con la persona como portadora de derechos y deberes, mientras que el enemigo se determinará por la coacción.

El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado (Jakobs y Meliá, 2006, p. 47).

Del planteamiento anterior se extrae que las “no personas enemigos” serán aquellas que no se las excluye de un modo absoluto, no se las aparta de las garantías del Estado y se les mantiene su estatus de personas. A pesar de que se trata de dar una sutil definición al tratamiento de los ciudadanos y de los enemigos, “en la práctica política la calificación del contrario como ‘enemigo’ sirve para justificar cualquier forma de medidas represivas, desde sanciones económicas hasta la guerra interna o externa” (Meliá y Gómez, 2006, p. 127).

Por más que se trate de acomodar la denominación de enemigo, es innegable que implicará la *exclusión* y, por ende, se podría llegar a la radical consideración de tratar al enemigo como no persona.

IV. El migrante: el “nuevo enemigo” en el derecho actual

Es curioso el observar la forma airada y vehemente con que los apologetas del derecho defienden la función del mismo y el papel relevante del jurista. Es interesante leer los argumentos que dan para legitimar su “rol” en las sociedades.

Jorge Enrique Romero Pérez

El Estado está obligado a brindar condiciones políticas sociales en beneficio de los administrados, dentro de los límites socialistas de un Estado democrático, y dirigir las al mejoramiento de la calidad de vida de aquellos durante la administración y supervisión de entidades públicas. Las soluciones y las respuestas a las exigencias sociales deberán guardar apego, entonces, a los límites planteados por su propia estructura política, es decir, a la naturaleza de la identidad política, elegida por la nación, entendida esta como la agrupación colectiva unida por un contrato social.

Las respuestas precisas que busca la población requieren, en la mayoría de los casos, un manejo integral del problema, con planteamientos concretos y específicos que aborden el tema proponiendo soluciones o alternativas ciertas de atención, considerando que, en tales situaciones, se imponen necesidades sociales de múltiple naturaleza, relacionadas con las más diversas políticas públicas, y que también deben analizarse. En ese orden lógico exis-

te, como parte de las atenciones sociales del Estado, la política criminal ya referida en apartados anteriores.

Sin embargo, las respuestas del Estado en los últimos años se han nutrido de normas en las cuales existe un claro debilitamiento constitucional de la democracia (como se analizó en el punto I). Como lo señala Stuart (1998), en esa estructura de dominación,²⁴ a través del discurso ideológico se deconstruye el concepto de sujeto²⁵ (por medio de la distinción grosera de ciudadano y no ciudadano –propia del derecho penal del enemigo–), lo cual hace que no exista posibilidad de conocer el significado, sino una cadena interminable de significantes, para la justificación de la reacción estatal hacia un grupo determinado.

Las leyes penales recientes son una clara muestra de ese derecho penal del enemigo. La Ley de Migración y Extranjería y la Ley contra el Crimen Organizado reformulan la condición de ese sujeto en sociedad e introducen limitaciones para los extranjeros. Así, al inmigrante se lo reconoce como a “un extraño”, respecto del cual el ordenamiento jurídico opera de manera diferenciada, restringiendo derechos y garantías al contacto con el orden normativo: exclusión en ingresos y egresos del país; en materia procesal carecen de arraigo, lo que los cataloga como peligrosos y ries-

gos (cuya consecuencia sería la prisión preventiva: la “única” solución).

Se crea en la población un nuevo enemigo. “La población tiene nuevos candidatos a *enemigos*, que son los *inmigrantes* que compiten por los mismos espacios de vivienda, servicios sanitarios, de transporte, de asistencia social y educativos, que usan las capas inferiores de la población establecida” (Zaffaroni, 2006, p. 65).

La sociedad ha cambiado, y con él, los riesgos y peligros existentes. Eso debería ser incontrovertible. La existencia de armamento capaz de exterminar al propio individuo es una muestra eficiente de esta consideración.

En cuanto al paso del tiempo en la sociedad, de la premodernidad, modernidad y posmodernidad, si bien el prefijo determina cierta colocación, no menos cierto es que no es posible ubicarlas de manera definitiva y única en algún período de tiempo (Habbermas, 1989; Kellner y Follari, 2000; Bell, 1997; Lyon, 2000; Foucault, 1996, y hasta el propio Lash, 2000, así lo deteminan).²⁶

En la posmodernidad²⁷ se han hecho latentes los nuevos peligros y riesgos, así como la comisión de nuevos delitos (informáticos, financieros, de terrorismo, etcétera), que han generado que el derecho

24 Llamada Estado, que a través de la institucionalidad controla la actuación de las personas.

25 Sobre la deconstrucción a partir del lenguaje, ver Derrida.

26 Sin embargo, para efectos de este trabajo, ubicaremos la modernidad en los siglos XVII y XVIII y la posmodernidad luego de la Segunda Guerra Mundial (1945).

27 Conforme a la concepción antes señalada, en la segunda mitad del siglo XX.

reacción (conforme a la superestructura de Marx y también señalada por Stuart analizando a Althusser) mediante la regulación normativa de esas conductas.

La respuesta actual se ha dado mediante el derecho penal, y propiamente a la luz de un derecho penal del enemigo. Se han creado nuevos tipos penales, con las siguientes características: penas altas, delitos de peligro abstracto, constitución de tipos penales abiertos, ausencia de bienes jurídicos determinados, adelantamiento de la punibilidad, selectivo, con disminución de derechos y garantías, entre muchos otros.

Esa decisión ha contado con los mismos factores presentados por Mattelard al referirse al poder: ideología,²⁸ hegemonía y resistencia²⁹ (Mattelard, 2004). Para el afianzamiento de los cambios normativos, se ha considerado el concepto de mito de Barthes (1957), entendido este como el sistema de comunicación de un mensaje determinado por la forma en que se profiere, donde el nuevo mito sería la valoración negativa de delincuente mediante el

esquema tridimensional: significante, significado y signo.

Esa clasificación parte de la distinción de significante (forma), significado (concepto) y significación (que crea el mito) (Barthes, 1957). A través de la concepción del mito se da la tergiversación del lenguaje, pues el discurso hace recorrer el contenido de significante en significante, ya sea sin el cuestionamiento de fondo del concepto, sea quien sea ese “otro” (etiquetado como delincuente, migrante, amenaza, peligroso, etcétera).

En una democracia, el ejercicio del poder está limitado a los derechos humanos.³⁰ Por ello, el juzgamiento por comisión delictiva debe hacerse bajo el criterio humanista, teniendo como esencia al ser humano.

Con respecto a la pregunta: ¿En Costa Rica juzgamos a ciudadanos o a enemigos? La respuesta única sería que se juzga a ciudadanos, como lo mandan la Constitución y los tratados internacionales, en especial el de los derechos humanos.

Sin embargo, en cuanto a la pregunta: ¿Se aplica en nuestro país un derecho penal del enemigo tratándose de migrantes?, la respuesta es afirmativa, pues, al momento de la constitución de las normas por parte de la Asamblea Legislativa,

28 Donde ese control ideológico confluye con el seudocriterio hegemónico, en el cual estos serán los “unos” y todos aquellos que se opongan, “resistentes”, serán los otros.

29 Donde, ante cualquier contradicción con el discurso imperante, se toma al sujeto como agresor/homosexual (temas de género), terrorista (temas de crimen organizado o migración), narcotraficante (temas de drogas), etcétera. Es decir, ante cualquier cuestionamiento que se haga a temas sensibles de delitos no convencionales, la reacción hacia ese sujeto es separarlo del uno y ubicarlo en el otro, etiqueta de por sí delictiva.

30 Los límites al *ius puniendi* –derecho del castigo– los establece el artículo 1º. constitucional, que ha conformado la democracia como modo de gobierno; y el 39 de ese mismo cuerpo legal, referido al principio de legalidad –solo se puede hacer lo que la ley permita–.

se ha creado un movimiento tendiente a la diferenciación grosera de seres humanos, visualizando a los extranjeros como delincuentes³¹ y, por ello, merecedores de una separación de la sociedad –como enemigos–. A partir de esa concepción, se fomenta en el imaginario popular (o mito) que existe un incremento cuantitativo de la criminalidad y que este es producto de la migración. Este mito se conforma desde la normatividad selectiva y se genera en el colectivo social un repudio a los extranjeros, los cuales son vistos como “otros”. Como se verá en la segunda parte del trabajo, tal concepción no corresponde a la realidad, por cuanto todos los estudios científicos y estadísticos la desacreditan.

V. Conclusiones

El derecho penal del enemigo ha venido tomando auge, pues se considera que aquel derecho penal clásico de la Ilustración, asentado en los principios de intervención mínima y legalidad y que representaba una imagen del delito como delito de lesión a un bien jurídico, en la actualidad no se encuentra en condiciones de dar respuesta a las modernas exigencias sociales, y llega a considerarlo como contraproducente y anacrónico. El nuevo derecho penal, como dice Jakobs, conduce a la dialéctica de lo

moderno,³² que ha transformado el derecho penal en un instrumento de control de conflictos sociales, que no se diferencia de otros instrumentos de solución social.

Este moderno derecho penal, que implica costos importantes traducidos en la vulneración de aquellas reconocidas garantías constitucionales, ha estado en franca evolución hasta llegar a conformar el denominado derecho penal del enemigo, el cual ha venido tomando auge en los últimos tiempos, debido a los peligros de la nueva sociedad de riesgos.

Este derecho penal del enemigo tiene su fundamento filosófico en argumentos del derecho natural. Rousseau concibe al delincuente como enemigo, ya que cualquier individuo que ataque al sistema social deja de ser miembro del Estado, porque se encuentra en guerra con este, y uno de los dos debe perecer.

Esta posición ha sido retomada por Jakobs. Según este autor, el “enemigo” es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta. Por ello,

31 Violentando todas los derechos y garantías, en especial *pro hominen* e igualdad.

32 Refiriéndose a un derecho penal diferente. Sin embargo, debería ubicarse en el posmodernismo, por el desenfoque del sujeto, el cual está sometido a los aparatos ideológicos de poder por quienes lo controlan y determinan.

estaríamos ante un derecho de emergencia, que, en relación con la política criminal, ha originado cambios en la legislación migratoria, de la legislación jurídico-penal al cambio de la legislación de lucha.

Se da, por parte de la mayor parte de la doctrina, un consenso general respecto al fenómeno que ocurre en las transformaciones que se están operando en la política criminal. Vemos que cada vez más legislaciones, tanto en el ámbito latinoamericano como en el europeo, han efectuado cambios para afrontar el nuevo tipo de criminalidad que se está desarrollando.

En este nuevo modelo de legislación, se observa una flexibilización del modelo de imputación clásico y de las garantías adquiridas desde el período de la Ilustración; esto bajo una nueva consideración del objeto de juzgamiento, es decir, una deconstrucción del sujeto a partir de un lenguaje diferenciador de ciudadano y no ciudadano, el cual es procurado por las instituciones como aparatos ideológicos. En estas se produce un paso de significativo en significativo, sin detenerse en el significado; dicho de otro modo, sobre la consideración base de tratamiento diferenciado y consecuencias jurídicas diversas por tal construcción.

En Latinoamérica, y Costa Rica no ha sido la excepción, han operado cambios normativos tratándose de migrantes. Tal es el caso de El Salvador, Honduras y Guatemala, con su Ley de Maras, de cuyo conte-

nido se puede inferir que es una normativa dirigida contra individuos peligrosos, que es propia del derecho penal del enemigo.

Lo mismo ha ocurrido en la legislación de los Estados Unidos a consecuencia de los atentados terroristas sufridos recientemente. Se aprecian figuras dirigidas a luchar contra organizaciones criminales, principalmente terroristas y de narcotráfico. Señalan, con claridad, que su función principal es luchar contra estas organizaciones conformadas por individuos que ellos denominan “enemigos de la sociedad”.

En nuestro país, las legislaciones de crimen organizado, trata de personas y migración se encuentran cubiertas bajo esta ideología. El tratamiento del delito internacional o el cometido por extranjeros conlleva un tratamiento diferenciado y más severo, como por ejemplo una duplicidad de penas o una mayor severidad en medidas cautelares por ser cometidas por extranjeros de manera organizada.

De lo expuesto podemos afirmar que no hay duda de la existencia de un derecho penal del enemigo, o bien, de regulaciones que solapadamente, aparentando legitimidad constitucional, utilizan tales normas para combatir esta nueva forma de criminalidad.

VI. Bibliografía

Ballina, Francisco (enero-marzo, 2006). “Diferencias en la administración premoderna, moderna y posmoderna: propues-

- ta para un debate en Latinoamérica”. *Revista Latinoamericana de Economía*. Vol. 37, núm. 144. Recuperado de <http://www.ejournal.unam.mx/pde/pde144/PDE14409.pdf>.
- Barthes, Roland (1957). *Mitologías*. Capítulo II: El mito hoy. Francia.
- Batista, María & Ortega, Darina (noviembre, 2009). Hacia un juicio oral más humanista. *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*, número 54. Recuperado de <http://ar.vlex.com/vid/hacia-juicio-oral-humanista-77992518#ixzz1JbmtM4uK>.
- Baudrillard, Jean (1994). *Simulacra and simulation*. Michigan: University of Michigan Press.
- Bell, Daniel (1997). *Las contradicciones del capitalismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Benavides, Farid (2000). *La crisis de la modernidad y los fundamentos del derecho penal*. Derecho Penal Online. Recuperado de <http://www.derechopenalonline.com/>.
- Benjamin, Walter (1989). Discursos interrumpidos I. *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*. Buenos Aires: Taurus. Recuperado de <http://diegolevis.com.ar/secciones/Infoteca/benjamin.pdf>.
- Castro-Gómez, Santiago (2000). *Althusser, los estudios culturales y el concepto de ideología*. Recuperado de <http://www.oei.es/salactsi/castro3.htm>.
- Derrida, Jacques (1968). *La diferencia/ La différence*. Escuela de Filosofía, Universidad ARCIS. Recuperado de <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/667.pdf>.
- Follari, Roberto A. (2000). Estudios sobre postmodernidad y estudios culturales: ¿sinónimos? *Revista Latina de Comunicación Social*, 35 / Extra Argentina. Recuperado de <http://www.ull.es/publicaciones/latina/Argentina2000/15follari.htm>.
- Foucault, Michel (1966). *Las palabras y las cosas*. Argentina: Siglo Veintiuno Editores.
- Giddens, Anthony (1993). *Las consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Habermas, Jürgen (1989). *Modernidad: un proyecto incompleto*. Buenos Aires. Recuperado de https://www.u-cursos.cl/filosofia/2007/2/FH472A027/3/material_docente/objeto/99.
- Hall, Stuart (1998). *Significado, representación e ideología: Althusser y los debates postestructuralistas*.
- Hinlelarmmert, Franz (2005). *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*. San José: EUNA.
- Horkheimer, M. & Adorno, T. (1988). *La industria cultural. Iluminismo como mistificación de masas*. Buenos Aires. Recuperado de http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/adorno_horkheimer.pdf.
- Kellner, Douglas (s. a.). *Media Culture and the triumph of spectacle*. Recuperado de <http://gseis.ucla.edu/faculty/kellner/essays/mediaculturetriumphspectacle.pdf>.
- Kellner, Douglas (s.a.). *The Frankfurt School The Frankfurt School and British Cultural Studies: The Missed Articulation*. Recuperado

- de <http://www.gseis.ucla.edu/faculty/kellner/Illumina%20Folder/kell16.htm>.
- Lash, Scott (2002). *Sociología del posmodernismo*. Buenos Aires: Amorrurtu.
- Lyon, David (2000). *Posmodernidad*. Madrid: Alianza Editorial. Recuperado de <http://www.antroposmoderno.com/textos/>.
- Marcuse, Herbert (1964). *El hombre unidimensional*. Ariel.
- Marx, Karl (edición 1: 1946, edición 2: 1959, reimpresión 25: 1995). *El capital: crítica de la economía política, Tomo 1*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Mattelard, Armand (2004). Introducción a los estudios culturales. *Los años Birmingham (1964-1980): la primavera de los estudios culturales*. Buenos Aires: Paidós.
- Mora, Luis Paulino (segundo semestre de 2010). *Tius: una herramienta vital para la Justicia*. XV Cumbre Judicial Iberoamericana, revista número 11.
- Quirós, Randall (2002). *Un nuevo modelo de organización de justicia*. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
- Ramírez, Rafael (segundo semestre de 2010). *Factores estratégicos para impulsar la modernización de la administración de justicia utilizando las tecnologías*. XV Cumbre Judicial Iberoamericana, revista número 11.
- Ríos, Alicia (2002). Los estudios culturales y el estudio de la cultura en América Latina. En: Daniel Mato (coord.): *Estudios y otras prácticas intelectuales latinoamericanas en cultura y poder*. Caracas: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso) y CEAP, FACES, Universidad Central de Venezuela.
- Rojas, Carlos (1997). *Gilles Deleuze: La máquina social*. Recuperado de <http://cuhwww.upr.clu.edu/~huma/libromania/maquinas/>.
- Schmidt, Bettina (2002-2003). *Teorías culturales posmodernas de Latinoamérica y su importancia para la etnología*. Recuperado de http://www.iai.spk-berlin.de/fileadmin/dokumentenbibliothek/Indiana/Indiana_19_20/02schmidt.pdf.

Bibliografía adicional

- Arroyo, José Manuel (1995). *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*. San José, Costa Rica: Colegio de Abogados de Costa Rica.
- Bergalli, Roberto (1993). *Criminología y derecho penal*. Guayaquil, Ecuador: Editorial Edino.
- Bergalli, Roberto (1981). *La ideología del control social tradicional*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Binder, Alberto (1999). *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Primera edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídico Intercontinental.
- Cancio Meliá y Gómez Jara Díez (2006). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Tomos I y II. Montevideo, Buenos Aires: Editorial Edisofer.
- Cancio Meliá, Manuel (2003). *¿Derecho penal del enemigo?* Primera edición. Civitas Ediciones S. L.

- Carranza Lucero, Elías (1994). *Criminalidad: ¿prevención o promoción?* San José, Costa Rica: Euned.
- Chirino Sánchez, Erick Alfredo y otros (2007). *Humanismo y derecho penal*. Primera edición. Homenaje al Profesor Henry Issa El Khoury Jacob. Editorial Jurídica Continental.
- Delmas Marty, Mireille (1986). *Modelos actuales de política criminal*. Madrid: Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia.
- Foucault, Michel (1989). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Decimosexta edición. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Gabaldón, Luis Gerardo (1987). *Control social y criminología*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Gracia Marín, Luis (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Zaragoza, España.
- Houed, Mario (1998). *Proceso penal y derechos fundamentales*. Editorial IJSA. Normas Básicas de Derecho Público. Constitución Política.
- Jakobs, Günther (2003). *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Primera edición. Civitas Ediciones.
- Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel (2006). *Derecho penal del enemigo*. Segunda edición. Editorial Civitas.
- Larrauri, Elena. Populismo punitivo... y cómo resistirlo. *Revista Asociación de Ciencias Penales*, año 18, n.º 24, página 9.
- Llobet Rodríguez, Javier (2005). *Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy*. Segunda edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Muñoz Conde, Francisco (2004). *El derecho penal y control social*. Monografías jurídicas. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Reyes Echandia, Alfonso (1987). *Criminología*. Octava edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Sánchez, Ángel (1987). *Sociología del derecho*. Segunda edición. Barcelona: Editorial Tecnos.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1991). *Manual de derecho penal. Parte general*. México: Editorial Cárdenas.

Revistas electrónicas

- Gracia Martín, Luis (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Zaragoza, España.
- Díez Repollés, José Luis (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC06-03.
- Díez Repollés, José Luis (2004). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un

debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC07-01.

Silva Sánchez, Jesús María (2007). Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC09-01.

Yacobucci, Guillermo Jorge (2005). *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*. Perú: ARA editores E.I.R.L.

Consultas en internet

<http://criminet.ugr.es>

<http://www.lainsignia.org>

<http://www.e-torredbabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiagriega/Platon/MitodelaCaverna.htm>.

<http://www.matriztica.org/555/article-1533.html>.

<http://personales.ciudad.com.ar/Derrida/quedado.htm>

<http://www.geocities.com/Athens/Olympus/9234/fouc.htm> http://www.conocimientoysociedad.com/problema_epistemologico.html

<http://www.educa.rcanaria.es/usr/ibjoa/Filos/tema6.html>

Artículo inédito

Chirino Sánchez, Alfredo. Libro homenaje al Prof. Dr. Francisco Castillo González. *El*

retorno a los delitos de peligro. ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?

Leyes

Constitución Política de Costa Rica

Código Penal de la República de Costa Rica

Ley de Migración y Extranjería

Propuesta de reforma a la Ley de Migración y Extranjería, expediente n.º 14269

RESEÑA DEL LIBRO *LOS ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS Y SU VALOR JUDICIAL*, DE JAVIER IGNACIO CAMARGO NASSAR¹

JORGE ALBERTO SILVA²

Comienzo con la estructura textual discursiva. Se trata de un texto con un constructo flexible, agradable, que muestra una secuencia consistente entre las partes que lo componen; de hecho, no encuentro lagunas, pero sí puntos sugerentes que estimulen nuevos estudios e investigaciones.

Corresponde a un discurso organizado, caracterizado por la distribución de los contenidos en 8 capítulos, separados unos de los otros pero concatenados en forma lógica entre sí y complementados con dos apéndices.

El tono del discurso es expresivo, no meramente formal ni rebuscado; más bien, es más argumentativo sobre planos prácticos, pues no corresponde a una simple opinión, sino a razonada respuesta. Se advierte en el autor una preocupación por ciertos elementos semánticos, dado que procura encontrar definiciones, recurriendo hasta raíces etimológicas. En general, advierto una eficacia comunicativa y, en gran medida, responde a una filosofía analítica.

El contenido es prácticamente único en su género, difícil de encontrar en la literatura jurídica propia de la dogmática jurídica. Presenta enfoques reflexivos y agudos, con presentación de hipótesis prácticas, enfocadas a problemas reales. Resaltan las destrezas y experiencias del autor en su actividad como notario. No es una obra especulativa, ni retórica, sino inteligente, problemática, con respuestas reflexivas y habilidosas.

¹ Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México, 2016, 248 pp.

² Profesor de Derecho de los Conflictos, presidente de la Asociación Mexicana de Profesores de Derecho Internacional Privado, investigador nacional CONACyT, nivel III.

Es el resultado de una investigación empírica, aunque no experimental. Muestra respuestas y resultados ponderados, prudentes, razonables y sensatos, todos derivados de razonamientos personales.

Permítanme ahora presentar, a manera de epítome, el contenido de la obra (la columna vertebral). Esta se inicia afirmando que las necesidades sociales condicionan al derecho. Esto es, que la aparición de la internet, el teléfono y diversos medios electrónicos son un ejemplo que llama la atención al derecho y cuestiona al jurista. A partir de este breve enunciado del problema, Javier Camargo inicia su trabajo de investigación diciéndonos que lo que presenta debe entenderse como un *instrumento que sirva de base para el estudio de estos problemas*. En realidad, no es un simple instrumento para comenzar el estudio, es el resultado de toda una investigación.

Su investigación toma como objeto de conocimiento e investigación a los actos jurídicos celebrados por medios electrónicos, incluido su valor judicial.

1. Comienza con la influencia de las llamadas tecnologías de la información y de la comunicación. Se trata de una problemática social, indispensable para conocer la base sobre la cual el derecho debe preocuparse.

Recuerda las diversas reuniones internacionales sobre la temática, como fue el caso de una reunión en Ginebra y otra

en Túnez; esta última tan importante que sus conclusiones fueron adoptadas por la ONU en 2006. De igual forma, destaca las leyes modelo sobre comercio electrónico (1996) y la propia de la firma electrónica de Uncitral (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional) (2001).

Javier analiza diversas leyes, pero me llama la atención una iniciativa de ley denominada *Ley Federal para el Desarrollo de la Sociedad de la Información en México*, iniciativa que fue aprobada por la Cámara de Diputados en 2009, pero que a la fecha continúa en el Congreso sin darle trámite y seguimiento a la misma. ¿Cuál será la razón por la que inexplicablemente ese proyecto permanece como Blanca Nieves durmiendo un sueño? No lo sé. Busqué en la página internet de la Cámara y no se dice nada. Por desgracia, y a juzgar por los años transcurridos, ahí se quedará soñando.

2. Le sigue con una explicación proporcionada por la *teoría del acto jurídico*, tratando de trasladar la explicación habida sobre actos jurídicos tradicionales que le permita explicar los nuevos actos generados por las tecnologías de la información.

El autor resume lo habido en el derecho positivo mexicano y toma en cuenta cierta legislación extranjera. El punto central sobre el que gira la temática

principal es el consentimiento y la forma del acto constituido por medio de medios electrónicos. Elementos sobre los que insiste capítulos más adelante. A partir de su reformulación, define al acto jurídico basado en medios electrónicos como:

...la manifestación exterior de voluntad realizada mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, que tiene por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, a la que el derecho atribuye los efectos deseados por el autor de la expresión de voluntad (p. 37).

Al momento de ir sentando las premisas de su tesis, afirma la posibilidad de que ciertos actos solemnes pueden celebrarse por medios electrónicos, pero me llama la atención que excluye al testamento y al matrimonio. No dice por qué. Seguramente por las prescripciones positivadas, pero que yo no le vería inconveniente con una buena legislación (p. 42). No recuerdo, pero no hace mucho tiempo leí la posibilidad de matrimonios a distancia, así como de testamentos *online*, creo que en Australia. Javier destaca que la forma de expresar la voluntad para constituir un acto jurídico por medios electrónicos requiere de una regulación especial, pues no

necesariamente se ha de seguir la tradicional, ni siquiera “estipulación previa entre los contratantes” (p. 51) y que, además, no hay plazo para la aceptación; la voluntad debe producirse de inmediato.

A los lectores de este libro seguramente les llamará la atención el llamado “principio de equivalencia funcional”, acogido ampliamente en el derecho internacional. Acorde a este, no es necesario que todos los elementos de un acto se cumplan literal o semánticamente; basta una “equivalencia funcional”, acogiendo con ello un argumento consecuencialista y, sobre todo, ampliamente validado en el derecho internacional. Aligera el exagerado formalismo.

3. Adelante, ahonda con una explicación sobre lo que ha de entenderse como “el mensaje de datos y el documento electrónico”, lo que le permite explayarse sobre su función.

Por mensaje de datos entiende las acciones consistentes en generar, enviar, recibir o archivar información, aunque no en forma limitativa. En este apartado diferencia lo que es un documento tradicional (el que se encuentra sobre papel) y un documento electrónico.

4. Arriba al contrato propiamente dicho: en especial, le preocupa su perfección. En este apartado se aborda el tema del consentimiento y la forma.

Atiende al sistema de recepción, esto es, tradicionalmente un acto se perfecciona con el consentimiento, pero no solo al momento de expresarse la oferta, sino hasta que, tras de ser aceptada, el oferente recibe la aceptación. Mientras tanto, el oferente debe mantener su ofrecimiento dentro de un plazo prudente establecido en la ley.

Abre un apartado para analizar la ley aplicable a los contratos celebrados por medios electrónicos, tema propio del Derecho Internacional Privado, así como del interestatal. Aquí, aprovecha y presenta una síntesis de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (la Convención de México, como se le conoce), que, por desgracia, no ha sido ratificada por EUA.

Llama la atención al lector del hecho de que nuestros legisladores no definen qué ha de entenderse por “medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología”. Por lo que el autor se da a la tarea de encontrar una definición (p. 104). Aquí me hubiera gustado una aportación más personalizada por parte del autor.

5. Avanzada su explicación, se introduce en torno a la firma electrónica a partir de sus diversas modalidades (firma simple y avanzada), destacando los diversos elementos que requiere esta firma, como la encriptación, la función

hash, la llave pública y la privada. Todo, con la finalidad de destacar sobremedida la seguridad informática que le otorgue certeza al acto electrónico.

Supone el manejo de los elementos propios de la teoría de la comunicación, en la que aparecen el mensaje, su codificación, su transmisión, su decodificación, etcétera. Claro está, en un nivel práctico y complejo que asegure una planeada codificación (encriptar, le llama el autor) y una decodificación, siguiendo un algoritmo estructurado. El autor se introduce en una explicación técnica y especializada, propia de la interdisciplinariedad, para lograr su cometido, esto es, la diversidad de pasos complejos a seguir.

Destaco la definición que proporciona sobre la firma electrónica, que aparece en la página 111, que, aunque larga, resulta de la autoría de Javier Camargo. En investigación, este tipo de expresiones es sumamente apreciada. Se trata de una proposición reconocida en la doctrina y el metalenguaje jurídico. Expresión que supone creación teórica y doctrinaria y no simple dogmática legalista o exegética.

6. Pasadas estas ricas y preliminares exposiciones, se adentra con la actividad del notario público, adicionando a su discurso el valor judicial que pueda otorgársele al acto electrónico. En este apartado, el autor resalta la actividad

y senderos del fedatario, que debe ser tal, que permita que a ese acto se le otorgue un cierto valor judicial, que yo ampliaría a todas las esferas.

El autor sugiere algunas alternativas al fedatario; algunas simples, como recurrir a la cámara web, recibir previamente instrucciones por escrito o acatar algún convenio previo entre los contratantes. Pero más recomendable, dice, es recurrir al empleo de una firma digital.

Desarrolla esta parte de su propuesta sugiriendo salidas, pero especialmente, proporcionando diversos fundamentos legales, incluso de leyes, así como gráficas de flujo que hacen más explícito su discurso.

Hasta aquí, el trabajo de investigación es satisfactorio; concreta un problema de investigación, pero el autor agrega otro problema. Lo expuesto hasta aquí es lo mejor de toda la obra. Califica más en la actividad investigadora que en la exposición.

7. Para vincular la actividad del fedatario con la validez de sus actos, el autor ahonda, adicionalmente, en una explicación relacionada con el *valor judicial de la prueba*.

Aquí, se muestra preocupado por la certeza jurídica. Se pregunta, ¿cómo probar la celebración de un acto jurídico como el que viene explicando? Para responder, lista una serie de “princi-

pios reguladores” de la prueba, explicándose en torno a las prácticas de un proceso judicial.

Se detiene en algunas disposiciones del CCom (Código de Comercio), especialmente sus artículos 89 bis y 93 (p. 166). A partir de aquí, infiere conclusiones especiales para obtener el valor probatorio. Se auxilia de la *Guía para su incorporación en el derecho interno* de la *Ley modelo* de Uncitral, así como de un enfoque analógico que deriva de un precedente judicial relacionado con algunas cuestiones fiscales (p. 169).

Refuerza su tesis a partir de otras disposiciones del CCFed (Código Civil Federal, artículos 1834 y 1834 bis), que admiten el reconocimiento de dichos medios electrónicos.

8. Adiciona una explicación sobre los llamados *prestadores de servicio de certificación*, esto es, las entidades que emiten los certificados digitales, sin dejar de abordar la llamada clave, “llave pública” o *key*.

Escarba en torno a los terceros de confianza que garanticen la confiabilidad del dato transmitido, esto es, una autoridad certificadora. Aquí –dice– debe tenerse cuidado porque el documento tiene un plazo para ser ejercido: el plazo de vigencia del certificado.

Cierra el desarrollo capitular con temas relacionados con la regulación jurídica de la autoridad certificadora.

9. Para aterrizar lo que viene diciendo presenta, como apéndices, una especie de modelo de escritura pública, en el que resalta el consentimiento de los interesados, así como un estudio relacionado con la inscripción de un acto como el mencionado en el Registro Público.

El modelo de escritura me impactó. Pensé que podría ser más complicado, pero el modelo presenta de manera muy sencilla lo que es más complejo. Antecedentes, declaraciones y clausulado conforman un modelo demasiado interesante, en el que incluye una cláusula de sometimiento a la ley y tribunales de un específico lugar. Concluye el modelo con la llamada fe notarial, donde me parecen destacables algunos apartados: a) la expresión personal del notario de que no conoce a los comparecientes, aunque expresa que se ha cerciorado de la identidad mediante los datos que anota; b) los mensajes de datos que agrega a su instrumento y su conservación; c) la firma que calza el mensaje de datos a que se refiere la escritura mediante una firma digital.

Me parece una obra de impacto, gran contenido y que merece ser leída y estudiada. Espero, a la vez, que algún legislador tome en cuenta las diversas sugerencias que el autor va haciendo a lo largo de su discurso.