

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Lidia Teresa Juárez Barato*

INTRODUCCIÓN

De la manera que ha evolucionado la sociedad, así ha evolucionado el Derecho, tratando de acomodar la normativa a la realidad social, sin embargo cada doctrina que surge tiene su lado positivo y negativo, los que la avalan y los que están en contra, asimismo, en esta evolución de la humanidad, en la que se ha conseguido grandes conquistas, como todo lo que respecta a Derechos Humanos y garantías individuales, plasmadas en Constituciones Políticas de cada Estado, a nivel de derecho interno, y en instrumentos bilaterales, regionales o mundiales, a nivel internacional.

En estos tiempos no ha sido la excepción, y surge como una postura teórica en la dogmática penal, el Derecho Penal del Enemigo, mediante el cual, el Estado ya no dialoga con los ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate peligros. La pena se dirige al aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Uno de sus mayores exponentes, es el pensador alemán Günther Jakobs, quien sostiene que en toda sociedad existen dos clases de individuos, el ciudadano y el enemigo. El primero a quien se reconocen sus derechos fundamentales y al segundo, quien por haberse apartado gravemente del derecho -no de forma incidental sino duradera-, por tratarse de un individuo especialmente peligroso, no merece ninguna contemplación por parte del Estado. No puede ser tratado como persona. Debe ser apartado de la sociedad, se debe procurar su inoquización.

Y por otro lado, los críticos a esta teoría quienes manifiestan, que es un retroceso a los logros en materia de Derechos Humanos y del mismo Derecho Penal, ya que se trata de un derecho penal y procesal penal sin garantías individuales.

Por lo que en el presente resumen se trata de dar un bosquejo de esta teoría -Derecho Penal del Enemigo- sus características, fundamento histórico-filosófico, su fundamentación y su justificación, para tener conocimiento de la nueva concepción del Derecho Penal y Procesal Penal.

I. GÜNTHER JAKOBS

Günther Jakobs es catedrático de la Universidad de Bonn. Experto en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, y una de las máximas autoridades mundiales en la materia, es el heredero de la cátedra de Hans Welzel (padre del finalismo penal), quien

fuera su maestro, aunque a la postre Jakobs se ha separado radicalmente de esa escuela y ha fundado la suya propia. Jakobs ha construido un sistema de derecho penal sobre la base del funcionalismo sistémico de Niklas Luhman. El suyo constituye quizás el último gran sistema de

Jakobs ha construido un sistema de derecho penal sobre la base del funcionalismo sistémico de Niklas Luhman

Derecho Penal que se ha elaborado en la doctrina alemana, de manera consistente y completa. Por su gran coherencia interna se hace muy difícil criticarlo internamente, pero sus planteos han movilizadísimo la discusión penal de los últimos años en Alemania, España, Italia e Hispanoamérica.

Para él, frente a ciertos delitos y frente a ciertas penas particularmente altas, ya no se puede hablar de la pena como una confirmación de la vigencia de la norma vulnerada por el delito, sino simplemente de la neutralización de riesgos frente a sujetos que se han autoexcluido del estado de derecho, y por ello no le caben enteramente las garantías que éste proporciona.

Para Günther Jakobs, como defensor del Derecho del Enemigo, el poder penal del Estado frente a determinadas manifestaciones de la criminalidad ya no puede ser entendido desde la lógica tradicional de la pena como respuesta a la culpabilidad y como reafirmación de la vigencia de la norma, sino más bien desde la pura gestión contra fáctica de los peligros. En algún sentido, considera, ya no se trata a ciertos delincuentes como personas, sino como enemigos.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

En los últimos años, la doctrina del Derecho Penal dirige su mirada a ciertas regulaciones del Derecho Positivo que parecen diferenciarse del Derecho Penal General en virtud de determinadas características peculiares, las cuales motivarían o podrían motivar su agrupamiento e individualización como un particular *corpus* punitivo que podría identificarse con la denominación "Derecho Penal del Enemigo". Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal *moderno*, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho Penal que, en general, da lugar, formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho.¹

El Derecho Penal del Enemigo surge como una postura teórica en la dogmática penal que justifica la existencia de un Derecho Penal y Procesal Penal sin las garantías individuales.

Para Jakobs sí habría individuos que tendrían que ser diferenciados como enemigos, y esa diferencia se establecería con respecto a los *ciudadanos*. Por esta razón individualiza y distingue a un Derecho penal del enemigo y lo contrapone al Derecho Penal del ciudadano, si bien últimamente quiere relativizar dicha contraposición mediante una presentación del uno y del otro como "tipos ideales" que difícilmente aparecen en la realidad en estado puro, pues, según él, en el Derecho penal del ciudadano existirían elementos del Derecho Penal del enemigo y, viceversa, en éste último también habría elementos del primero.

El Derecho Penal del ciudadano define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso por lo mismo de las relaciones sociales en que participan desde su status de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculados por el Derecho. El delito de un ciudadano "no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable", concluye Jakobs, "el Estado moderno ve en el autor de un hecho *normal*, no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado a equilibrar el daño en la vigencia de la norma". Esto es así cuando el autor, a pesar de su hecho, ofrece garantías de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, "como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico". Por ello, en principio, "un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal", pues éste, por un lado, "tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano", y por otro lado, "tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad"².

Diferentes de los ciudadanos que han cometido un hecho delictivo son los enemigos. Estos son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran este déficit por medio de su comportamiento. Las actividades y la ocupación profesional de tales individuos no tienen lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son más bien la expresión y el exponente de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del Derecho y que está dedicada a actividades inequívocamente "delictivas". Este es el caso, por ejemplo, de los individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc. y, en general, de quienes llevan a cabo actividades típicas de la llamada criminalidad organizada.

Como aclara Silva Sánchez, "el tránsito del

1. Luis Gracia Martín
Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
2005, núm. 07-02, p. 02:1

2. Jakobs, Günther; La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, Revista Peruana de Ciencias Penales.

‘ciudadano’ al ‘enemigo’ se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas” y “en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo”.³

En definitiva, pues, los enemigos son individuos que se caracterizan, primero, por que rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, y, segundo, a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, es decir, su comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad. Dicho de otro modo: “si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal — determinado por derechos y deberes —, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, del enemigo.”⁴

Puesto que la existencia de enemigos en el sentido descrito es un hecho real, y puesto que la falta de seguridad cognitiva existente con respecto a ellos — esto es, el peligro que los mismos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico — es un problema que no puede ser resuelto con el Derecho penal ordinario (del ciudadano) ni tampoco con medios policiales, de ahí resulta la necesidad — que no tiene ninguna alternativa posible — de configurar un Derecho penal del enemigo diferenciado en sus principios y en sus reglas. Jakobs considera necesaria esta diferenciación de un Derecho penal del enemigo precisamente para poder mantener la vinculación del Derecho Penal general a la noción del Estado de Derecho. “Quien no quiere privar al Derecho Penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho” — dice — “debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refulada”. Y ya que “no todo delincuente es un

adversario por principio del ordenamiento jurídico”, entonces “la introducción de un cúmulo — prácticamente inabarcable ya — de líneas y fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho”. Por todo ello, y para poder seguir manteniendo un tratamiento del delincuente como persona con arreglo al Derecho penal del ciudadano, la tarea — apenas comenzada — que compete aquí a la ciencia es la de identificar las reglas del Derecho penal del enemigo y separarlas del Derecho penal del ciudadano.⁵

El fin principal del Derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva.

En realidad, este llamado Derecho penal del enemigo sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho penal, es decir, de la reafirmación del ordenamiento jurídico o de la norma infringida conforme a la ideología de la llamada actualmente prevención general positiva, de la prevención general de intimidación y de la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social. Se trataría más bien de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión e inocuización.⁶

El fin principal del Derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva. En él no se trata ya — como sucede en el Derecho penal general — de la conservación o mantenimiento del orden, sino de la producción en el entorno de condiciones soportables por medio de las cuales sean *eliminados* todos aquellos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas. El Derecho Penal del enemigo es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en cuanto éstos son actualmente no-personas, y conceptualmente hace pensar en una *guerra* cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos. “El Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, [mientras que] el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”.

3. Silva Sánchez; La expansión del derecho penal, pág. 164

4. Jakobs, Günther; La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, Revista Peruana de Ciencias Penales.

5. Jakobs, Günther; La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, Revista Peruana de Ciencias Penales

6. Silva Sánchez; La expansión del derecho penal, pág. 164

III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Mediante el Derecho Penal del enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros, y, por ello, en él “la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”⁷. La particular y distinta finalidad del Derecho Penal del enemigo tiene que dar lugar también, por fuerza, a una diferencia en sus principios constitutivos y en sus reglas operativas con respecto al Derecho penal del ciudadano. En concreto, en el Derecho penal del enemigo se renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho Penal de la normalidad.

A manera de síntesis, se pueden enumerar como características del Derecho Penal del enemigo las siguientes:

- Tipos penales que anticipan la punibilidad a actos preparatorios de hechos futuros. Estos tipos toman como base los datos específicos de abandono permanente del Derecho y de amenaza permanente a los principios básicos de la sociedad y su contenido ya no es la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta informada y motivada por la pertenencia a la organización que opera fuera del Derecho. Mediante tales tipos se criminalizan conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo o de conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y alimentan su subsistencia y permanencia. Y así se criminalizan, por ejemplo, comportamientos de mera colaboración con bandas u organizaciones terroristas e incluso la apología de las infracciones de terrorismo o de sus autores.

- Desproporcionalidad de las penas, la cual tendría una doble manifestación. Por una parte, la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo. Por otra parte, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones considerables y, en principio, desproporcionadas de las penas correspondientes a los hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su

actividad habitual o profesional al servicio de la organización.

- Restricción de garantías y derechos procesales de los imputados. Se pone en cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se prescinde del — o se reinterpreta restrictivamente el — principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o, por citar sólo un exponente más, se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de “fines investigadores”, así como los de prisión preventiva, y en el plano teórico se reivindica incluso la licitud de la tortura.

- Recrudescimiento de condiciones penitenciarias para los condenados. Entre ellas, cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional.

IV. FUNDAMENTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El Derecho Penal del enemigo parece tener el aval de una sólida tradición filosófica, la cual es invocada como garantía antecedente de los fundamentos legitimadores actuales del Derecho Penal del enemigo. De los precedentes históricos iusfilosóficos y de filosofía política invocados se pueden derivar las ideas legitimadoras que quieren extraer los defensores del Derecho penal del enemigo, se expone aquí un esbozo de dichos precedentes:

Teoría del pacto social de la sofística griega. Siglo V, a.C.

La consideración del delincuente como un enemigo — o más concretamente, lo que viene a ser lo mismo: como un “*tumor canceroso* que debe ser *eliminado* del cuerpo político” — se puede entender presente ya en la teoría del pacto social de la sofística griega del siglo V a. C. En el mito de Prometeo, Zeus ordena “*que al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad*”. En relación con ello, Protágoras rechaza en principio cualquier sentido retributivo del castigo y asigna a éste únicamente finalidades disuasorias y pedagógicas

7. Jakobs, Günther; La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, Revista Peruana de Ciencias Penales

No obstante, para quien no obedezca aun a pesar de haber sido castigado y enseñado (delincuente habitual), propone que se le expulse de la ciudad o que se le dé muerte como si se tratase de un incurable. Es decir, para este caso, Protágoras propone que el castigo se aparte de sus fines ordinarios de disuasión y educación, y que — como en el caso de los postulados actuales del Derecho Penal del enemigo — el mismo se oriente sólo a la neutralización o inocuización del delincuente

La visión del que demuestra con sus hechos que no es capaz de regirse por el Derecho, como un individuo que, por ello mismo, tiene que ser expulsado de la sociedad, aparece constantemente, y ya con un perfil más definido, en la filosofía ética y política premoderna y moderna. En particular, se trata de la idea de que el delincuente, o por lo menos determinados delincuentes, no tienen el *status* de ciudadano o la condición de persona.

Rousseau

En principio, parece reconocer como “enemigos”, negándoles la condición de personas o de ciudadanos, por lo menos a determinados delincuentes.

“Todo malhechor” — dice Rousseau —, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y, por consiguiente, de que ya no es miembro del Estado. Ahora bien, como él se ha reconocido como tal, al menos por su residencia, debe ser separado de aquél mediante el destierro, como infractor del pacto, o mediante la muerte, como enemigo público; porque un enemigo así no es una persona moral, es un hombre, y entonces el derecho de guerra consiste en matar al vencido”.⁸

Kant

Kant, hace afirmaciones que apuntan a considerar a algunos individuos como enemigos. Kant contraponen el estado de naturaleza (*status naturalis*) al estado de paz entre hombres que viven juntos o entre pueblos o

Estados que se relacionan con otros. El estado de naturaleza es un estado de guerra en el cual existe una constante amenaza aun cuando no se hayan declarado las hostilidades. Un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de la necesaria seguridad, y con esto “*me está lesionando ya*, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (*facto*) ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado (*statu iniusto*), que es una constante amenaza para mí”. Entonces, “si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado *legal*), cada uno puede considerar como *enemigo* a quien le haya exigido esa seguridad”, y por ello “yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o a apartarse de mi lado”. Según Kant, la mera circunstancia de encontrarse un hombre en estado de naturaleza le convierte en enemigo, y ello es suficiente para legitimar la *hostilidad* contra él aun cuando no haya realizado una lesión de hecho, pues “la [mera] omisión de hostilidades [por él] no es todavía garantía de paz”.⁹

Hobbes

En Hobbes encontramos ya la mayor parte de las reglas concretas que deben configurar al Derecho Penal del enemigo y que, desarrolladas actualmente por los defensores de tal Derecho, parecen encontrar una plasmación positiva en determinadas regulaciones legales de nuestro tiempo. Hobbes contabiliza entre los crímenes de lesa majestad que caen en el ámbito del derecho de guerra contra los enemigos a hechos que suponen un claro adelantamiento de la punibilidad al estadio previo, es decir, hechos que sólo tienen el carácter de actos preparatorios. En efecto, como crímenes de lesa majestad, Hobbes menciona no sólo a los actos contrarios a una ley fundamental, sino también a los consistentes en “hacer planes”, y a actos que muestran claramente los caracteres típicos de la provocación para la efectiva desobediencia al soberano. Por otro lado, mientras que un exceso de pena no puede ser considerado ya como castigo cuando se aplica a un ciudadano, sino que es más bien un acto de hostilidad, en el caso de los enemigos está justificado el daño desproporcionado, ya que el mismo no es infligido por vía de castigo, sino por derecho de guerra. El castigo de ciudadanos inocentes es contrario a la ley de la naturaleza, pero no lo es en el caso del enemigo inocente, pues “en la guerra, la espada no hace distingos, ni tampoco los hace el vencedor entre culpables e inocentes”; por ello, la venganza no sólo debe aplicarse al rebelde, sino que

8. Rousseau, El contrato social o Principios de derecho político, Libro Segundo, V, citado según la edición, con estudio preliminar, y traducción, de María José Villaverde, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, reimpresión de 2000, Lib. II, cap. V, pp. 34.

9. Kant, Sobre la paz perpetua p. 14.

también “a los padres [y] a la tercera y cuarta generación de descendientes suyos que aún no han nacido y que, en consecuencia, son inocentes del hecho por el que tienen que padecer”. Hobbes define a lo largo de su obra determinadas garantías procesales, como la inexistencia de un deber de acusarse a sí mismo, al padre, a la esposa o al benefactor, la invalidez de la confesión obtenida mediante tortura, y, en cierto modo, la presunción de inocencia, al entender contrario a la ley de naturaleza el castigo de un inocente.¹⁰ En Hobbes, no hay ninguna referencia explícita a la disminución de garantías procesales para los enemigos, pero ello tiene que ser una consecuencia necesaria si tenemos en cuenta que ésa es tal vez la característica más pronunciada del Derecho Penal del enemigo en las concepciones actuales. En efecto, como observa Pérez del Valle, ello parece ser una consecuencia necesaria, pues el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una pena, sino la venganza, y sería discutible que para una venganza en estado de guerra fueran necesarias garantías.¹¹

Von Liszt

Los enemigos son los reincidentes, los habituales, los delincuentes por tendencia, los vagabundos, prostituidos de ambos sexos, para los cuales propuso la prisión perpetua o la prisión con duración indeterminada, incluso la pena de azotes como pena disciplinaria y, en todo caso, la pérdida obligatoria y duradera de los derechos civiles y políticos.

Jakobs

Parece incuestionable que en la sociedad moderna existen formas de criminalidad diferenciadas de las que, con Jakobs, podríamos denominar como “normales”, no solo por su alto potencial de lesividad social sino también por las características específicas de los autores desde el punto de vista o desde la perspectiva criminológica. Así por ejemplo, ya hace tiempo que la investigación criminológica ha demostrado que la criminalidad económica, objetivamente, supera a la tradicional criminalidad contra el patrimonio tanto en el grado de lesividad social como en la producción de daños materiales e inmateriales, y por otro lado el Derecho Penal económico, a la hora de definir sus contenidos, no ha podido desprenderse totalmente de la definición de delito económico orientada al autor en perspectiva criminológica y formulada en los años 40 del siglo pasado por Sutherland, como aquél que es cometido “por una persona respetable y de elevado status social, en el marco de su profesión”.

También los diversos tipos de criminalidad organizada se manifiestan como realidades fenoménicas diferenciadas. Además de las organizaciones terroristas, y de la criminalidad de Estado, existe un amplio abanico de actividades delictivas que por sus objetos podemos denominar como inequívocamente ilícitas, en el sentido de que se oponen de raíz y frontalmente a valores sociales fundamentales e incluso a las estructuras sociales básicas; piénsese por ejemplo en el tráfico de drogas, en la falsificación y tráfico de moneda, en el tráfico de armas, de órganos humanos, de personas para la prostitución, de niños para la adopción, de inmigrantes o en el lavado de capitales.

Al margen de la elevada lesividad social que supone este tipo de criminalidad, ha de prestarse atención sobre todo al hecho de que tales actividades son impensables sin la utilización de sólidas redes logísticas y sin el establecimiento de eficientes estructuras organizativas, todo lo cual hace que en un contexto de globalización como el actual, las organizaciones dedicadas a tales actividades criminales gocen en algunos casos de mayor poder que los Estados, o, por lo menos, que escapen al control político y jurídico de estos y que, con ello, la persecución y castigo de esas actividades criminales, como ha dicho con razón Hans-Jörg Albrecht, adolezca de un déficit crónico.

Pues bien, si estas formas de criminalidad constituyen una permanente falta de seguridad cognitiva, como, según parece, no puede ser negado; si la sociedad demanda seguridad al Estado ante todos esos peligros; y si el derecho penal no puede prestarla adecuadamente debido a ese déficit crónico de eficacia en la persecución y castigo de sus autores; ¿estará justificada y deberá procederse con respecto a esa criminalidad a la institución de un derecho penal especial diferenciado en sus reglas del derecho penal común? ¿Podría legitimarse este derecho penal en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho? A estas preguntas ha respondido afirmativamente Jakobs, quien, además, no ve ninguna otra alternativa que ese Derecho especial al que denomina como “Derecho penal del enemigo”. Pero entonces, ¿cómo se fundamenta éste?

V. FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO DEL ENEMIGO

La existencia, empero, de un Derecho Penal del enemigo autónomo y diferenciado supone que el mismo debe construirse “fuera de” las fronteras que delimitan el campo del Derecho Penal ordinario. Esto

10. Hobbes, *Leviatán*, p. 263.

11. Pérez del Valle, CPC (2001), pág. 609

significa, entonces, que el Derecho Penal del enemigo tiene que constituirse en referencia a algún paradigma sustancialmente diferente al del Derecho Penal ordinario y que sus reglas sean unas completamente diferentes a las de éste, pues de lo contrario, si fueran coincidentes, ya no se trataría de ningún ordenamiento distinto de carácter excepcional y autónomo.

Pues bien, el paradigma en torno al cual pretenden constituir el Derecho Penal del enemigo sus defensores se define con la idea de que a los individuos en quienes concurran las circunstancias típicas, se les atribuiría la condición de “enemigos” del sistema social, atribución que presupone la privación y negación de la condición de *personas* a tales individuos y la consideración de los mismos como *no-personas*. El Derecho penal “ordinario”, en cambio, se dirige a las *personas*. En el Derecho Penal del enemigo, por ello, no pueden regir los principios ni las reglas del Derecho Penal de las personas, y los enemigos, esto es, las *no-personas*, no pueden invocarlos ni exigir la observancia de aquéllos en su favor. En este sentido, no le falta razón a Cancio cuando ve a este Derecho penal del enemigo como un Derecho penal de autor.

Según Jakobs, con el Derecho penal del enemigo se trata de combatir a *individuos* que en su actitud, por ejemplo en el caso de delitos sexuales, en su vida económica, por ejemplo en el caso de la criminalidad económica, o mediante su incorporación a una organización, por ejemplo en el caso del terrorismo o en la criminalidad organizada, se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que sería necesaria para su tratamiento como *personas*. Pues “un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía” —dice Jakobs— “no puede participar de los beneficios del concepto de *persona*”¹². En el mismo sentido se pronuncia Lesch, discípulo de Jakobs. Según él, sólo en la medida en que el individuo acepta el orden social constituido adquiere el *status* de persona, y si no lo acepta se convierte en una criatura animal, y, en consecuencia, el ordenamiento carece de razones para defender sus intereses. Por todo ello, dice Jakobs, la reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza por que no se trata en primera instancia de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro cuya fuente son los individuos que rechazan el *status* de ciudadano y

se encuentran y permanecen en el estado de naturaleza. Ahora bien, éste es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva, de modo que quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación. Por lo tanto, dice Jakobs, “el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones: por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste

**La existencia, empero, de un
Derecho Penal del enemigo
autónomo y diferenciado supone
que el mismo debe construirse
“fuera de” las fronteras que
delimitan el campo del Derecho
Penal ordinario.**

exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad”. La privación y la negación de la condición de *persona* a determinados individuos, y con ello la atribución a ellos de la condición de enemigos, constituye, pues, el paradigma y el centro de gravedad del Derecho Penal del enemigo como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo con respecto al Derecho Penal ordinario, de la normalidad o del ciudadano. “Los enemigos” —afirma sin ambages Jakobs— “son actualmente *no-personas (Unpersonen)*”¹³. Esta privación y negación de la condición de persona a determinados individuos sólo resulta posible en la medida en que se reconozca que la cualidad de persona, esto es, la personalidad, no es, en principio, algo dado por la naturaleza, sino más bien —y así parece que tiene que ser aceptado y reconocido— una atribución normativa, ya sea de carácter moral, social y/o jurídico. En este sentido, pues, dice Dal Lago, “una persona existe sólo en tanto que su ‘humanidad’ no ha sido revocada o anulada.” Jakobs distingue entre *individuos* y *personas*.

El individuo como tal pertenece al orden natural; es el ser sensorial tal y como aparece en el mundo de la experiencia, y si a los individuos humanos se los concibe como animales inteligentes, el código por el

12. Jakobs, Günther; La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, Revista Peruana de Ciencias Penales

13. Ibid.

que se conducen es el de la satisfacción e insatisfacción conforme a las propias preferencias e intereses, o sea, sin referencia a ninguna configuración objetiva —y, por ello, limitativa de las posibilidades de acción— del mundo externo en que participan otros individuos.

La persona, en cambio, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social que se puede atribuir —pero que también puede no atribuirse— a los individuos. Persona es el destino de expectativas normativas correspondientes a roles, porque ser persona significa tener que representar un papel. “Si toda sociedad” —dice Jakobs— “comienza con la creación de un mundo objetivo, los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos *una* norma”. Entonces, los individuos aparecen como personas cuando quedan definidos por las tareas y cuando su actuar aparece como cumplimiento de deberes existentes en interés del grupo. Todo orden *personal* comienza con *deberes* de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden, y los derechos se generan allí donde son necesarios para poder cumplir los deberes. En conclusión, pues, la “persona” es algo distinto de un ser humano; este es el resultado de procesos naturales, y aquélla un producto social que se define como “la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia”¹⁴. Para decirlo con Kant, “persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación”. Según esto, “sólo puede ser persona jurídico-penal, es decir autor o partícipe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar de *modo vinculante* la estructura de lo social, precisamente, el derecho”; ahora bien, de la competencia forma parte el reconocimiento social como ciudadano pleno, y de dicho reconocimiento carecen por ejemplo, los niños o los que padecen dolencias psíquicas.¹⁵

Los enemigos [en el sentido anteriormente definido] tampoco son personas para Jakobs y, por lo tanto, el Estado no puede ni debe tratarles como tales. Pues la personalidad, como construcción exclusivamente normativa, es irreal y sólo puede mantenerse, y por ello sólo será *real*, si se da alguna corroboración

cognitiva de ella, es decir, si en el cálculo sobre el comportamiento de alguien se lo puede incluir como persona, lo cual significa que se puede partir de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito. Por ello, cuando “ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal —determinado por derechos y deberes—, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente”, lo cual “significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo”.

Como dice Jakobs, “quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma”. Consecuentemente, y aun cuando ello no sea algo que pueda afirmarse con rotundidad, Jakobs parece negar el carácter de “Derecho” a las regulaciones “jurídicas” de guerra contra los enemigos. Así, cuando contrapone el Derecho penal del ciudadano al del enemigo, aclara que “la voz ‘Derecho’ significa en ambos conceptos algo claramente diferente”. A diferencia de lo que ocurre con respecto a los ciudadanos, la relación enemigo, el Derecho Penal es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra. Pero entonces hay que entender que quien gana la guerra determina lo que son las normas, y que quien la pierde ha de someterse a esa determinación. Éstas normas, empero, y a diferencia de las que regulan la pena, ya no son Derecho con respecto al que es penado. Por otro lado, también el *procedimiento* para el tratamiento de los enemigos está regulado jurídicamente. Pero esta regulación jurídica trata de la exclusión de los enemigos. Pese a todo ello, las regulaciones del Derecho Penal del enemigo tal vez pudieran verse como “Derecho” desde el punto de vista del Estado como agente, pues aquel ordenamiento, como afirma, “implica un comportamiento desarrollado con base en reglas”, y en modo alguno “una conducta espontánea e impulsiva”¹⁶.

En efecto, si el Derecho penal del enemigo se construye a partir del reconocimiento de sus destinatarios como no-personas, entonces parece que habría que partir de la existencia de esta especie de *no-personas* ya en la realidad previa del Derecho penal del enemigo, pues de lo contrario sería el propio Derecho penal del

14 Jakobs, Günther; La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, Revista Peruana de Ciencias Penales

15 Jakobs, La idea de la normativización, pág. 72

16 Jakobs, Sobre la génesis de la obligación. Pág. 40

enemigo el que construiría dicho concepto de un modo completamente autorreferente y, por ello, circular. Desde otro punto de vista, los concretos enemigos y no-personas tendrían que estar ya identificados como tales también antes de la aplicación de ese ordenamiento en cada caso, pues de lo contrario no habría modo de saber si el mismo se aplica realmente a un enemigo o a un ciudadano, es decir, a una no-persona o a una persona.¹⁷

VI. JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Actualmente, el Derecho Penal del enemigo justifica la existencia de un Derecho Penal y Procesal Penal sin las garantías individuales, a partir del concepto "criminalidad organizada", pilar básico de aplicación de esta teoría -Derecho Penal del enemigo- que incluye a la llamada "lucha contra el terrorismo", la "lucha contra el narcotráfico" y la "lucha contra el inmigrante ilegal".

Algunos Críticos (Guillermo Portilla, Silva Sánchez) a la concepción del Derecho Penal del enemigo, indican, que éste nos lleva a planos teóricos muy dificultosos, puesto que no podemos obviar que está íntimamente ligado al tema del "terrorismo". Y teniendo en cuenta que bajo ese lema se mezclan ya no sólo diferentes categorías, sino también demasiados intereses políticos y económicos que van hasta justificar la intromisión de unos Estados en cuestiones de política doméstica de otros, poniendo en juego la tan respetada "soberanía".

Además consideran, que el tema de la protección efectiva de los Derechos Humanos, se encuentra en retroceso en los últimos años, donde si bien por un lado existe una amplia legislación en el orden internacional a través de los diferentes Tratados Internacionales no sólo bilaterales sino, regionales y mundiales, que tienden a establecer un sistema universal de protección de Derechos Humanos; por el otro, todo este plexo normativo no alcanza una dimensión sociológica de importancia en lo que hace a su efectiva realización. Un reciente ejemplo es la creación durante el año 2002 de la Corte Penal Internacional, donde sus alcances son muy amplios y aparecen como una esperanza cierta que se vio positivizada en la normativa que dio creación a la Corte, e inmediatamente una vez puesta en marcha, surgen reacciones políticas de los países, en especial Estados Unidos, manifestando su expresa intención

de no someterse a su jurisdicción. Todo esto repercute en forma más aguda en los países periféricos donde ya los derechos económicos, sociales y culturales, en algunos casos no sólo han retrocedido sino que directamente nunca han tenido vigencia o han sido deteriorados progresivamente hasta su total vaciamiento, por lo que aparecen reacciones en todo el mundo de marcada exclusión social, de acuerdo a la realidad de cada región, en diferentes receptores,

Actualmente, el Derecho Penal del enemigo justifica la existencia de un Derecho Penal y Procesal Penal sin las garantías individuales, a partir del concepto "criminalidad organizada"

así, en Latinoamérica los "excluidos" son las clases sociales bajas, pero la novedad es que ahora aparecen en los países de la Unión Europea otros excluidos: los habitantes no comunitarios. Y en Estados Unidos los extranjeros "terroristas".

Estas actitudes reaccionarias no sólo se pueden observar en su aspecto sociológico y político sino que se encuentra reflejado normativamente a través de la legislación nacional (en Estados Unidos, la Patriot Act que consagra un poder absoluto del Estado en su lucha contra la inmigración y la disidencia política, sin respetar garantías penales y procesales; en Francia La Ley de 31 de octubre de 2001 No.718 sobre seguridad cotidiana que no sólo ha incrementado el poder policial de intervención en la esfera de la libertad personal de los ciudadanos, sino también ha extendido la competencia estatal en el control de las comunicaciones entre presuntos terroristas); y con la consagración normativa de estas políticas, se encuentra en desarrollo un tipo de legislación penal especial, "el derecho penal del enemigo" o lo que algunos doctrinarios llamas "tercera vía", entre otros, Silva Sánchez.¹⁸

Los que avalan ésta teoría -Derecho Penal del Enemigo- hacen la siguiente interrogante: El Estado reclama seguridad ante los peligros de la delincuencia organizada: ¿puede proporcionársela el Derecho Pe-

17 Luis Gracia Martín. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

18 Silva Sánchez. La expansión del derecho Penal. 2001, pág. 166

nal?, y responden: -El Derecho penal "normal" no puede brindar protección frente a estos peligros, por su déficit crónico de eficacia en la persecución y castigo de sus autores. Se justifica frente a la Delincuencia Organizada un Derecho Penal diferenciado: Existe mayor gravedad del injusto; mayor peligrosidad objetiva de este tipo de acciones.

VII. CONCLUSIONES

1. El Derecho Penal del "ciudadano" define y sanciona delitos que cometen los ciudadanos. El delito de un ciudadano es un "desliz reparable". El ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho al ciudadano delincente, que tiene derecho a "arreglarse" con la sociedad, a mantener su "status" como persona, y el deber de reparar el daño. Los deberes tienen como presupuesto la existencia de la personalidad.

2. El Derecho Penal del enemigo define individuos que en su actitud, en su vida económica, o mediante su incorporación a una organización criminal, se han apartado del Derecho de un modo duradero, y no sólo de manera incidental. Los enemigos no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, y demuestran este déficit por medio de su conducta permanentemente antisocial. El problema que representan los enemigos no puede ser resuelto por el Derecho Penal "normal" y es necesario configurar un Derecho Penal de "Tercera vía", diferenciado en sus principios y en sus reglas.

3. Dentro de la construcción teórica "Derecho Penal del Enemigo" se están violando notoriamente derechos fundamentales pacíficamente consagrados, ya tiene su anclaje en la realidad en especial por la situación de los "presos" talibanes en Guantánamo

en donde la traslación a la realidad de la ficción jurídica de la "no-personas", en definitiva, de los "enemigos" sin derechos, tiene plena eficacia.

BIBLIOGRAFÍA

GRACIA Matín, Luis. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2005.

HOBBS, Thomas, Levitán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil, México, 1998.

JAKOBS, Günther. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente. Revista Peruana de Ciencias Penales.

KANT, Sobre la paz perpetua.

RIQUERT, Favían L. y Leonardo P. Palacios. Revista Universitaria, junio de 2003.

ROUSSEAU, El contrato social o Principios de derecho político, Libro Segundo, V, citado según la edición, con estudio preliminar, y traducción, de María José Villaverde, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, reimpresión de 2000.

SILVA SÁNCHEZ; La expansión del derecho penal.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria, egresada de la Universidad de San Carlos de Guatemala y actualmente Analista de Legislación y Jurisprudencia del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial -CENADOJ- del Organismo Judicial*