



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

TÍTULO

La lucha contra las no-personas

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Autor:

Jordan Simón Peña

Profesor Guía:

Mario Garrido Montt

Santiago, Chile.

2008.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
RESUMEN.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I	
PLANTEAMIENTO MATERIAL.....	5
Aproximación.....	6
Primera Parte , el llamado Derecho penal del enemigo.....	7
Los fines de la pena.....	8
El enemigo.....	11
Fundamentos <i>ius</i> filosóficos.....	12
El delincuente por principio y la seguridad cognitiva.....	22
El binomio persona-no persona.....	26
Síntesis.....	33
Segunda Parte , contexto histórico social.....	37
Aproximación.....	37
La percepción social de la violencia.....	39
La política criminal actual.....	44
El Derecho penal simbólico.....	52

El resurgir del punitivismo.....	56
Síntesis.....	59
Tercera Parte , tratamiento diferenciado del enemigo como constante histórica.....	60
Proposición.....	60
Carl Schmitt, lo político y el enemigo.....	64
El hostis.....	68

CAPÍTULO II

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.....	73
Aproximación.....	74
Primera parte . Derecho penal y Estado social y democrático de Derecho... 77	77
Estado social y democrático de Derecho.....	79
La función de la pena en el Derecho penal liberal.....	84
La función de la pena en el Derecho penal intervencionista.....	86
La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho.....	87
Síntesis.....	90
Resistencia al Derecho penal del enemigo.....	91
El problema es histórico, político y violento.....	91
De la validez de los fundamentos ius filosóficos.....	95
Segunda Parte . Disidencia medular.....	97

En torno a las funciones de la pena, la Teoría de la Normalidad.....	101
Derecho penal del enemigo, Derecho penal de autor.....	110
Derecho penal de autor y de acto.....	111
Síntesis.....	119
Tercera Parte. Disidencia en la construcción.....	121
Crítica dialéctica de Gracia Martín.....	121
El concepto de persona determina la construcción de los discursos.....	124
El destinatario del Derecho penal.....	130
La nuda vida.....	140
Síntesis.....	145

CAPÍTULO III

EL ENEMIGO EN EL DERECHO POSITIVO.....	149
Aproximación.....	150
Primera Parte, la guerra y el enemigo.....	151
Segunda Parte, algo de legislación enemiga.....	156
Plan Súper Mano dura (El Salvador).....	156
Tercera Parte, pensamiento del memorista.....	164
Síntesis.....	176

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y BIBLIOGRAFÍA.....	178
CONCLUSIONES.....	179
BIBLIOGRAFÍA.....	184

RESUMEN

La presente memoria pretende abordar la discusión doctrinaria referida al Derecho penal del enemigo, proposición elaborada por Gunther Jakobs, quien básicamente propone la existencia de un Derecho penal diferenciado del Derecho penal clásico para el tratamiento y contención de una criminalidad que difiere de la criminalidad habitual, toda vez que se caracteriza por la decisión de parte de los destinatarios de este *nuevo* Derecho de alejarse definitivamente de las normas penales: el llamado *delincuente por principio o enemigo*. Característica peculiar del Derecho penal del enemigo es que no se basa en los principios que sustentan al Derecho penal clásico, sus cualidades son: en primer lugar se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva. En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

El objetivo de la presente memoria es presentar una visión acabada del fenómeno del Derecho penal del enemigo, revisar sus raíces en la Teoría Política, en el pensamiento de Luhmann, situar la proposición de Jakobs dentro de la política criminal actual, analizar las posiciones doctrinarias críticas y ubicar al Derecho penal del enemigo en el Derecho positivo. De esta forma se concluye que el trato diferenciado a este tipo de criminalidad tiene sus raíces ya en el Derecho romano y de ahí hasta nuestros tiempos el *enemigo* aparece constantemente en los ordenamientos jurídicos siendo una característica de la selectividad del poder punitivo a merced del poder de turno. En el Estado de Derecho democrático la inclusión del enemigo constituye una incoherencia toda vez que corresponde a la pervivencia del Estado de Policía dentro del Estado de Derecho.

INTRODUCCIÓN

Con el fin de la guerra fría el sistema capitalista surge en apariencia como doblemente triunfante: como único sistema posible de sociabilización y a la vez como el mejor de los sistemas.

Sin embargo, si la cima de la civilización fue alcanzada con el triunfo del sistema capitalista, cuyos mejores logros a exhibir son su Democracia representativa, la positivación de los Derechos humanos y su Derecho penal y procesal penal respetuoso de las garantías individuales, ¿cuál es el motivo de las continuas violaciones a esos derechos humanos?, ¿cuál es la necesidad permanente de recurrir a legislaciones de excepción que limiten, restrinjan o suspendan determinadas garantías individuales?

Pareciera ser que la lucha, tal y como se concebía entre capitalismo y socialismo durante la guerra fría, ha cambiado de forma, o por lo menos ha cambiado de protagonistas. Por un lado persiste en la escena el capitalismo imperante con rasgos imperiales. Como contrapartida, no existe ya un grupo distinguible, el *enemigo* pareciera estar en cualquier lado, el *eje del mal* no tiene banderas ni distintivos, sino que aparece difuso, oculto, más peligroso aún, pues su nueva forma le permite un actuar más disimulado, sus ataques cobran nuevas formas, utilizan nuevos medios y pareciera fundarse en nuevos fines; su objetivo no es la perpetuación de un tipo de sistema, sino más bien la resistencia al Sistema.

Los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, han posicionado en debate la necesidad de nuevas formas de defensa del Estado frente a las novedosas formas que han adquirido los ataques, el discurso oficialista habla de *enemigos*, de *lucha*, *eje del mal*, *amenaza*, conceptos que en la lógica de una guerra, conllevan a la necesaria *defensa*, *combate*, *represión*, *persecución*. Estas últimas ideas, de “*reacción*”, requieren necesariamente del replanteamiento, o a

lo menos de una revisión del concepto material que de Estado social y democrático de Derecho se tiene en Occidente. Se necesita entonces de una teoría desarrollada en función de la defensa del Estado (en tanto único sistema conocido y por tanto el mejor que se tiene), de esta forma se otorga legitimidad a una reacción realmente efectiva, que no tiene como destinatario de la respuesta a hombres, personas, sino que a *enemigos* y permita una defensa de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos.

En este escenario el penalista Gunther Jakobs ha ideado, o por lo menos reposicionado la idea del Derecho Penal del enemigo como postura teórica en la Dogmática Penal que justifica la existencia de un Derecho penal y procesal penal no respetuoso de las garantías individuales¹, en el cual, *“el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas mas allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico”* ².

La continuidad histórica nos devela lo siguiente, ejemplos de un Derecho Penal excepcional ha habido durante todo el siglo XX, especialmente durante períodos de graves crisis económica, política y social, en situaciones de guerra o posguerra, y de un modo generalizado en los regímenes totalitarios de Hitler, Mussolini, Stalin o Franco; y en las dictaduras del Cono Sur americano (Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil), durante los 70 y parte de los 80 del pasado siglo.

La novedad de este Derecho Penal del enemigo, es que este Derecho excepcional, contrario a los principios liberales del Estado de Derecho y a los

¹ v. PORTILLAS, Guillermo. El derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros interno-externos. Apunte del Master de Derecho Penal. Mar del Plata, Universidad de Salamanca, 2000-2002, p. 694: *“Lo sorprendente no es, por tanto, la existencia de esa legislación y la constante anulación de garantías para los afectados por ella, sino la aparición de un sustento doctrinal que apoya –no sólo reconoce- la necesidad de un Derecho garantístico para personas y otro, sin los clásicos derechos, para las no-personas.”*

² MUÑOZ CONDE, Francisco. De Nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. Revista Penal (16):, 2005. p. 123.

derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Declaraciones internacionales de Derechos humanos empieza a darse también en los Estados Democráticos de Derecho.

Constatado el hecho, en el presente trabajo se desarrollará la obra del penalista alemán Gunther Jakobs en cuatro partes:

I.-Cuál es la propuesta material de este Derecho especial, las causas de su aparición, sus fundamentos teórico políticos, ius filosóficos, y el tratamiento penal diferente de los *enemigos* como constante histórica.

II.- Consideraciones críticas desde la perspectiva del pensamiento de diversos autores. Relación con el Estado Social y Democrático de Derecho y lugar que ocupa en el Estado de Derecho.

III.- El *enemigo* en el derecho positivo.

IV.- Conclusiones

CAPÍTULO I

Planteamiento Material

APROXIMACIÓN

Para lograr aprehender en todos sus aspectos la proposición de Gunther Jakobs, presentaremos su obra desde distintos enfoques; en el primer capítulo, observaremos la obra que constituye el objeto del debate que protagoniza este trabajo, “*Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*”³, con esto, pretendemos familiarizarnos con los puntos esenciales de la construcción teórica del llamado “Derecho penal del enemigo”, analizando los fundamentos ius filosóficos y teórico políticos de la obra. En el segundo capítulo observamos su aparición desde un punto de vista Histórico-social, para luego concluir la primera parte con una propuesta de este trabajo referente al tratamiento penal diferente de los *enemigos* como constante histórica que constituye el tercer capítulo.

³ Título alemán: “*Burgerstrafrecht und Feindstrafrecht*” (manuscrito). Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

PRIMERA PARTE

EL LLAMADO DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Gunther Jakobs, uno de los principales protagonistas en la discusión ha interpretado el Derecho penal y procesal penal bajo la óptica del estructuralismo-funcional de N. Luhmann, de esta forma desarrolla el concepto de Derecho penal del enemigo, cuya construcción teórica aparece desarrollada de un modo aún muy difuso en un trabajo del autor en 1985⁴. Es la primera vez que se hacía mención a este derecho especial, para que en 1999⁵ el mismo

⁴ v. "Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW, núm. 97, p. 751-758. Jakobs se refiere a la criminalización de estadios previos a la lesión de un bien jurídico, es decir, se produciría un anticipo de la criminalización, además de la consiguiente penalización de la esfera interna-privada del individuo. Aquí Jakobs admitía de manera excepcional un Derecho Penal de Enemigos y una legislación de emergencia.

⁵ v. JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. En: Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá "Derecho Penal del enemigo", Madrid, Civitas, 2003. p 25. *"Lo que cabe encontrar en la discusión científica de la actualidad respecto de este problema es poco, con tendencia a nada. Y es que no cabe esperar nada de aquellos que buscan razón en todas partes, asegurándose a sí mismos tenerla directamente y proclamándola siempre en tono altivo, en lugar de imponerse la labor de configurar su subjetividad examinando aquello que es y puede ser. Sin embargo, la filosofía Moderna enseña lo suficiente como para por lo menos estar en condiciones de abordar el problema"*. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. [en línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc07-02.pdf>> [consulta: 16 de octubre 2008] p. 27-28. *"En primer lugar creo que hay que dar razón a Jakobs cuando afirma, casi treinta años después de que el mismo anunciara el Derecho penal del enemigo, que lo que cabe encontrar sobre el tema en la discusión científica actual es realmente muy poco y, además, con tendencia a nada. El rechazo de plano al derecho penal del enemigo por la doctrina mayoritaria parece explicarse sólo a partir de dispositivos emocionales refractarios, es decir, de una sensibilidad que actualiza inmediatamente en la conciencia la idea de que algo, simplemente, no debe ser en absoluto. Las cuestiones que plantea el derecho penal del enemigo, empero, son demasiado graves y profundas y no creo que puedan zanjarse mediante objeciones meramente retóricas y emocionales. Por el momento, y tras su última publicación sobre el tema, al discurso de Jakobs*

autor reposicionara en el debate la mencionada discusión con la proposición que analizaremos⁶.

Los fines de la pena

Antes de pormenorizar sus ideas Jakobs deja de manifiesto dos cosas:

1.- Al hablar de dos Derechos penales, a saber, Derecho Penal del enemigo y Derecho Penal del ciudadano, no hace mención a dos tipos ideales que se puedan encontrar de manera pura en la legislación positiva, sino que más bien, lo que se describe es la existencia de dos polos dentro del mismo mundo (Sistema Penal). De esta manera, es posible que ambas ideas se entrelacen, se mezclen conformando una unidad compuesta por elementos que encuentran sus extremos por un lado en el Derecho Penal del ciudadano y por otro en el Derecho Penal del enemigo. De esta manera la pena es *coacción*, como fuerza o violencia que se hace a una persona para que diga o ejecute alguna cosa, no constituye una sola clase de coacción sino que varias clases que se encuentran en la pena. En la constatación de los diversos significados que se unen en el fenómeno de la pena Jakobs encuentra y demuestra la existencia del binomio ciudadano-enemigo.

Por un lado la pena es portadora de un significado como respuesta al hecho, este hecho debe ser competente, es decir, debe portar también un significado que desautoriza a la norma, la conducta desviada del sujeto constituye una contradicción a la norma y por tanto al orden jurídico, entonces, la pena también tiene significado, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la

hay que reconocerle no sólo una cuidadosa y meticulosa coherencia, sino también una gran potencia teórica y política”.

⁶ v. JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo.

norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose por lo tanto, la configuración de la sociedad⁷.

La acción delictiva como desviación de conducta y la reacción del sistema a través de la pena como portadoras de significado constituyen un fenómeno de relación simbólica, ambas se encuentran en relación de significancia.

Pero la pena no tiene sólo una propiedad simbólica sino que incide físicamente, ya no en el mundo de las ideas, simbolismos o contenidos abstractos, sino que en la materialidad de las cosas, la pena privativa de libertad suspende - o en otros casos, termina con - la libertad de movimiento⁸. Para Jakobs en este sentido la pena no busca significar nada, no constituye una comunicación, sino que más bien, tiene como único objeto ser eficiente, evitar que se produzcan nuevas desviaciones de conducta por parte del sujeto, y es en esta constatación donde se observa que la *coacción* no se dirige ya al ciudadano competente al que se le contradice mediante la pena, sino que al *individuo peligroso*.

En resumen, la pena constituye *coacción* con diversas aristas, por un lado contiene una relación de interacción simbólica entre la acción del sujeto y la sanción penal. Por otro lado, la reacción penal no está provista de significancia,

⁷ *Ibid.* p 23.

⁸ Algunos autores van más allá, la pena privativa de libertad cuya expresión por antonomasia es la cárcel no sólo incide de manera simbólica en los reos, sino que afecta finalmente como pena corporal. v. FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Madrid, Siglo Veintiuno, 1979. p. 18-23; “Se dirá; la prisión, reclusión, los trabajos forzados, el presidio, la interdicción de residencia, la deportación –que han ocupado un lugar tan importante en los sistemas penales modernos- son realmente penas físicas; a diferencia de la multa, recaen, y directamente, sobre el cuerpo. Pero la relación castigo-cuerpo no es en ellas idéntica a lo que era en los suplicios. Pero un castigo como los trabajos forzados o incluso como la prisión –mera privación de libertad-, no ha funcionado jamás sin cierto suplemento punitivo que concierne realmente al cuerpo mismo: racionamiento alimenticio, privación sexual, golpes, celda. ¿consecuencia no perseguida, pero inevitable del encierro? De hecho, la prisión en sus dispositivos más explícitos ha procurado siempre cierta medida de sufrimiento corporal. La crítica que ha solido hacerse al sistema penitenciario en la primera mitad del siglo XIX (la prisión no es lo suficientemente punitiva: los presos pasan menos hambre, menos frío, se hallan menos privados en resumen que muchos pobres o incluso obreros) indica un postulado que jamás se ha suprimido francamente: es justo que un condenado sufra físicamente más que los otros hombres. La pena se disocia mal de un suplemento de dolor físico. ¿Qué sería un castigo no corporal?. Cfr. HOBBS, Thomas. Leviatán la materia, forma y poder en un Estado eclesiástico y civil. Buenos Aires, Alianza, 2001. p. 268. “Castigo corporal es aquél que es inflingido directamente en el cuerpo, y de acuerdo con la intención de quien lo inflinge; tales son los azotes, o heridas, o privación de placeres del cuerpo que antes eran legalmente disfrutados”.

pues tiene como único objeto la eficacia, el evitar la producción de males futuros por parte de un individuo peligroso, en este sentido, no hay comunicación alguna sino que sólo el tratamiento de un sujeto peligroso, con el que no se dialoga (comunica), sino al que sólo se reprime.

No hay referencias filosóficas, ni de tipo político, sino que solamente se ha hecho hincapié en un hecho de la causa, se describe el derecho positivo⁹. El sistema, al desarrollar sus normas positivas distingue entre, ciudadanos y *enemigos*, pero queda claro que para Jakobs, en principio, ambas categorías no se encuentran en *estado puro*¹⁰, sino que un mismo sujeto es tratado como persona y *enemigo* a la vez, ejemplo de lo dicho es que *“incluso al terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano”* ¹¹.

2.- La denominación Derecho Penal del enemigo, no pretende ser desfavorable, pues la palabra Derecho por lo menos implica un comportamiento desarrollado con base a reglas, en lugar de una reacción instintiva o espontánea, con lo que el autor pareciera garantizar que la constatación del extremo o polo (Derecho Penal del enemigo) nunca constituye una reacción arbitraria carente de reglas y principios. Este intento de tranquilidad con la inserción del concepto Derecho constituirá como veremos más adelante parte medular de la discusión

⁹ v. GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p.2 *“En la doctrina, sin embargo, este Derecho Penal del Enemigo ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal. No obstante, parece reconocerse por todos la existencia de un corpus legal de enemigos en el Derecho Penal y procesal penal de la actualidad que, obviamente es objeto de crítica y de rechazo por la doctrina mayoritaria contraria al discurso doctrinal del Derecho Penal del enemigo.”*

¹⁰ *Ibid.* p. 5. *“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 este último también habría elementos del primer”.*

¹¹JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. p. 21-22.

doctrinaria, toda vez que el autor en mención pareciera contradecir sus términos en el desarrollo de la obra.

EL enemigo

Una vez que observamos la proposición, o por lo menos la constatación de la existencia del binomio ciudadano-enemigo es menester conocer la construcción de la idea de *enemigo*, es decir, cuáles constituyen los elementos decisivos que permiten al autor arribar a tal idea.

Señalaremos como primera aproximación lo siguiente:

Para la elaboración del concepto tratado en este apartado se reconoce en Gunther Jakobs 2 grupos de ideas (sistemas de ideas, si se nos permite) diferenciadas pero igual de importantes para tal construcción. Por un lado, tenemos las bases ius filosóficas del autor, y por otro, la interpretación del Derecho Penal material y Derecho Penal procesal según la óptica del estructuralismo-funcional de N. Luhmann. Una vez que logremos tomar los fundamentos ius filosóficos y teórico políticos podremos comprender en todo su espectro la proposición del autor, específicamente la sindicación de un sujeto en la categoría de *enemigo*¹².

¹² Esto teóricamente, pues como veremos más adelante, Jakobs no otorga reglas para determinar quién es *enemigo* en la práctica, sino que sólo enuncia la existencia de éstos basado en un concepto abstracto, hipotético, general.

Fundamentos *ius* filosóficos

Como premisa se sostiene el trato diferenciado entre el Estado y persona, y el Estado con el *enemigo*. La interacción entre personas queda determinada por el Derecho, es decir, la relación entre 2 sujetos que tienen derechos y obligaciones queda encuadrada bajo el alero del Derecho. Por otro lado, en la relación que se tiene con el *enemigo* no hay otra cosa que *coacción*. Ahora, la coacción más intensa es el Derecho penal, por lo tanto;

Cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un *enemigo*. Con esto el autor demuestra a través de la lógica que por el hecho de ser el Derecho Penal coacción (no sólo eso, sino que la más intensa) se dirige a *enemigos*. Con lo anterior, queda nuevamente de manifiesto que el Derecho penal no sólo se dirige contra personas sino que se dirige también contra *individuos peligrosos*, pero no de manera pura, sino que, en tanto destinatario del mensaje (función simbólica de la pena) y receptor del castigo (prevención especial) comparte en sí mismo el binomio ciudadano-enemigo.

La afirmación “*al enemigo nada más que coacción*” parece tener el aval de una sólida tradición filosófica en la modernidad, la cual es invocada como garantía antecedente de los fundamentos legitimadores actuales del Derecho penal del enemigo¹³, así para Jakobs “*tal argumentación en absoluto es nueva, sino que cuenta con destacados precursores filosóficos*”¹⁴. La mirada de Jakobs apunta principalmente a aquellos autores que fundan la existencia del Estado en un contrato, es decir, en las teorías *contractualistas*¹⁵.

¹³ Jakobs menciona a Rousseau y a Fichte de los cuales se aparta, también a Kant y a Hobbes de quien toma el grueso de sus ideas.

¹⁴ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. p 26.

¹⁵ v. ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social. Madrid, Edaf, 1978. p 40, 54-56. “*El orden social supone un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros. Sin embargo, ese derecho no es un derecho natural: se funda en convenciones. Trátase de saber, pues, cuáles son dichas convenciones. (...) La persona pública que así se constituye, por la unión de todas las demás tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad, y hoy el de República o cuerpo político, el cual es denominado Estado cuando es activo, potencia en relación a sus semejantes. En*

En términos generales, todas las teorías *contractualistas* de la sociedad parten de la base de que el hombre no es naturalmente social y con ello lo piensan como ya constituido y completo fuera de la sociedad. Tal estado de naturaleza¹⁶ presocial sería el punto de partida para entender adecuadamente cualquier tipo de relación social¹⁷.

cuanto a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de Pueblo y particularmente el de Ciudadanos como partícipes de la autoridad soberana, y el de Súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado.(...) Supongo que los hombres recién llegados al punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural superan a las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en dicho estado. Entonces ese Estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no variara de manera de ser.

Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino unir y dirigir solamente las que existen, no tienen otro medio para conservarse que el de formar por agregación, una suma de fuerzas capaz de superar la resistencia, ponerlas en juego con un solo fin y hacerles obrar de mutuo acuerdo.

Esa suma de fuerzas no puede nacer sino del concurso de muchos; pero, constituyendo la fuerza y la libertad de cada hombre los principales instrumentos para su conservación, ¿cómo podría él comprometerlos sin justificarse ni descuidar las obligaciones que tiene para consigo mismo? Esta dificultad, volviendo a mi tema, puede enunciarse en los términos siguientes:

Cómo encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes. He aquí el problema fundamental cuya solución proporciona el contrato social.(...)

(...)Cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo”.

V.a. HOBBS, Thomas. *Leviatán la materia, forma y poder en un Estado eclesiástico y civil*. p. 153; *“La causa final, propósito o designio que hace que los hombres- los cuales aman por la naturaleza la libertad y el dominio sobre los demás- se impongan así mismos esas restricciones de las que vemos que están rodeados cuando viven en Estados, es el procurar su propia conservación y , consecuentemente, una vida más grata. Es decir, que lo que pretenden es salir de esa insufribles situación de guerra que, como se ha mostrado en el capítulo 13, es el necesario resultado de las pasiones naturales de los hombres cuando no hay un poder visible que los mantenga atemorizados y que , con la amenaza del castigo, los obligue a cumplir sus convenios ya observar las leyes de naturaleza que hemos descrito en los capítulos 14 y 15”.*

¹⁶ v. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, Pre-Textos, 1998. p 137. *“El estado de naturaleza no es una época real, cronológicamente anterior a la fundación de la Ciudad, sino un principio interno a ésta, que aparece en el momento en que la Ciudad es considerada tanquam dissoluta (algo similar, pues, al estado de excepción)”.*

¹⁷ En relación a las teorías contractualistas específicamente a Hobbes, *cfr.* JAKOBS, Gunther. *Sobre la génesis de la obligación jurídica*. *Revista Derecho y humanidades*. (8): 2000-2001. p 29. *“De acuerdo con Hobbes, en la situación previa al Estado todos tienen derecho a todo. Puesto que los demás también tienen derecho a todo, también podría decirse, por lo tanto, que nadie tiene un derecho subjetivo a nada, pero que tampoco nadie está obligado a nada; dicho de otro modo todos son libres, también en aquellos casos en los que su libertad va a costa de los demás. Para Hobbes, la salida de ese vacío normativo total sólo está en el sometimiento a un poder, que regula autoritariamente las relaciones entre los seres humanos; tal poder se genera así parece a primera vista- mediante un contrato de los que se someten entre ellos, no con el futuro señor”.*

La relación social es potencialmente conflictiva precisamente por el hecho de ser social. No puede ser de otro modo desde el momento que el individuo busca maximizar su propio bien privado o exclusivamente individual. El vecino aparece siempre como un potencial estorbo para el despliegue de la propia libertad y para la maximización de la propia felicidad (que es concebida como un bien puramente individual). Cada persona tendría como tarea primordial, encargada por la naturaleza, velar por sí mismo, con lo cual se estaría en continuo conflicto, de esta forma los hombres acuerdan ceder parte de su libertad a un ente superior para así procurar solucionar el estado de conflicto en que se encuentran, de esta manera la sociedad es vista como un mal menor (en tanto sacrifican su libertad natural). Para Hobbes, *“el único modo de erigir un poder común que pueda defenderlos de la invasión de extraños y de las injurias entre ellos mismos, dándoles la seguridad que les permita alimentarse con el fruto de su trabajo y con los productos de la tierra y llevar así una vida satisfecha, es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un sólo hombre o una asamblea de hombres que, mediante una pluralidad de votos, puedan reducir la voluntad de los súbditos a una sola voluntad. O, lo que es lo mismo nombrar a un individuo, o a una asamblea de individuos, que representen a todos, y responsabilizarse cada uno como autor de todo aquello que haga o promueva quien ostente esa representación en asuntos que afecten la paz y la seguridad comunes; y, consecuentemente, someter sus voluntades a la voluntad de ese representante, y sus juicios respectivos, a su juicio. Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una verdadera unidad de todos en una y la misma persona, unidad a la que se llega mediante un acuerdo de cada hombre con cada hombre, como si cada uno estuviera diciendo al otro: Autorizo y concedo el derecho de gobernarme a mí mismo, dando esa autoridad a este hombre o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú también le concedas tu propio derecho de igual manera, y le des esa autoridad en todas sus acciones. Una vez hecho esto, una multitud así unida en una persona es lo que llamamos ESTADO, en latín CIVITAS. De este modo se genera ese gran*

*LEVIATÁN, o mejor para hablar con mayor reverencia, ese dios mortal a quien debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y seguridad*¹⁸.

Así señala Jakobs, que *“son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste; a partir de este momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica”*¹⁹.

La concepción del delincuente como *enemigo* se puede entender presente ya en la teoría del pacto social de la sofística griega del siglo V a. C.²⁰. De esta forma en el mito de Prometeo, *“Zeus temiendo que nuestra especie quedase*

¹⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatán la materia, forma y poder en un Estado eclesiástico y civil*. p 156-157.

¹⁹ JAKOBS, Gunther: *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*. p. 26.

²⁰ v. PROTÁGORAS. El Mito de Prometeo, [en línea] <<http://roble.pntic.mec.es/~jgomez10/prometeo.html>> [consulta: 16 de octubre 2008]: *“El hombre, una vez que participó de una porción divina, fue el único de los animales que, a causa de este parentesco divino, primeramente reconoció a los dioses y comenzó a erigir altares e imágenes a los dioses. Luego, adquirió rápidamente el arte de articular sonidos vocales y nombres, e inventó viviendas, vestidos, calzado, abrigos, alimentos de la tierra. Equipados de este modo, los hombres vivían al principio dispersos y no en ciudades, siendo, así, aniquilados por las fieras, al ser en todo más débiles que ellas. El arte que profesaban constituía un medio, adecuado para alimentarse, pero insuficiente para la guerra contra las fieras, porque no poseían el arte de la política, del que el de la guerra es una parte. Buscaban la forma de reunirse y salvarse construyendo ciudades, pero, una vez reunidos, se ultrajaban entre sí por no poseer el arte de la política, de modo que al dispersarse de nuevo, perecían. Entonces Zeus, temiendo que nuestra especie quedase exterminada por completo, envió a Hermes para que llevase a los hombres el pudor y la justicia, a fin de que rigiesen en las ciudades la armonía y los lazos comunes de amistad. Preguntó, entonces, Hermes a Zeus la forma de repartir la justicia y el pudor entre los hombres: ¿Las distribuyo como fueron distribuidas las demás artes. Pues éstas fueron distribuidas así: Con un solo hombre que posea el arte de la medicina, basta para tratar a muchos, legos en la materia; y lo mismo ocurre con los demás profesionales. ¿Reparto así la justicia y el poder entre los hombres, o bien las distribuyo entre todos. Entre todos, respondió Zeus; y que todos participen de ellas; porque si participan de ellas solo unos pocos, como ocurre con las demás artes, jamás habrá ciudades. Además, establecerás en mi nombre esta ley: Que todo aquel que sea incapaz de participar del pudor y de la justicia sea eliminado, como una peste, de la ciudad”*.

A partir de esta fábula surge una concepción social de la educación. El cultivo de la inteligencia personal con fines prácticos es una meta valiosa para los sofistas, pero lo que aquí está en juego es un propósito que envuelve y subordina cualquier otro objetivo. Claramente ésta no es una defensa de la individualidad, es el punto de partida para llegar a una concepción de la formación ciudadana como un objetivo superior, en el cual el Estado tiene una decidida responsabilidad. Sin la política la opción de tener una *polis* se desvanece. El espacio social que ésta representa, como expresión de comunidad y como existencia de unidad, no es el resultado natural o casual del encuentro de muchos, ni se constituye por la simple suma del aporte personal, sino que se logra a partir de una realidad que sólo puede ser originada en el acuerdo, en griego *sunseke*.

exterminada por completo, envió a Hermes para que llevase a los hombres el poder y la justicia, a fin de que rigiesen en las ciudades la armonía y los lazos comunes de amistad. ¿Reparto así la justicia y el poder entre los hombres, o bien las distribuyo entre todos?- preguntó Hermes-. Entre todos, respondió Zeus; y que todos participen de ellas; porque si participan de ellas sólo unos pocos, como ocurre con las demás artes, jamás habrá ciudades. Además, establecerás en mi nombre esta ley: Que todo aquel que sea incapaz de participar del pudor y de la justicia sea eliminado, como una peste, de la ciudad”²¹. Al delincuente se le observa como un tumor que debe ser eliminado del cuerpo político, literalmente en palabras de Zeus, como una peste.

En un texto conocido como el *Anónimo de Jámblico*²², se plantea que sólo la sumisión a la ley, es decir la legalidad hace posible la vida en común: *“En efecto, si es cierto que los hombres han nacido incapaces de vivir aislados y se han reunido bajo la presión de la necesidad, si toda la vida ha sido inventada por ellos, así como las técnicas que la aseguran, y si no pueden coexistir y compartir su existencia en ausencia de leyes, porque entonces esto sería peor que el aislamiento, todas estas razones imponen necesariamente que la ley y la justicia reinen entre los hombres y no puedan ser abolidas. Por esto, y puesto que los hombres no son capaces de vivir sin leyes ni justicia a quienes no se someten a la ley les sobreviene la guerra que conduce a la sumisión y a la esclavitud con más frecuencia que a quienes se rigen por una recta legalidad”²³.*

.Ante el incumplimiento de alguna de las disposiciones del contrato social Rousseau señala lo siguiente: *“ las cláusulas de este contrato están de tal suerte determinadas por la naturaleza del acto, que la menor modificación en ellas las haría inútiles y sin efecto; de manera que, aunque no hayan sido jamás formalmente enunciadas, resultan en todas partes las mismas, así como*

²¹ *Ibid.*

²² Colección de un centenar de sentencias que son prácticamente imposible de atribuir a un autor concreto. Se ha señalado que incluso podría tratarse de un seguidor de Demócrito.

²³ ANÓNIMO DE JÁMBLICO, en GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 12-13.

*tácitamente reconocidas y admitidas, hasta tanto que, violado el pacto social, cada cual recobra sus primitivos derechos y recupera su libertad natural al perder la condicional por la cual habría renunciado a la primera*²⁴.

Para Rousseau *“todo malhechor, al atacar el derecho social, conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes, y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la de él; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicar la pena de muerte al criminal, la patria lo hace más como a enemigo que a ciudadano. El proceso y el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que haya violado el contrato social, y, por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado*²⁵.

Para quien incumple el contrato social las consecuencias son severas, *“reconocido como tal debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, pues tal enemigo no es una persona moral, sino un hombre, y en ese caso el derecho de guerra establece matar al vencido*²⁶.

Es decir, quien vulnera las leyes sociales constituye un traidor, a quien el Estado no ve como persona moral sino que lo observa como un *enemigo* y como tal no cabe aplicarle más que la guerra.

Así también Fichte señala *“quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos*²⁷.

Para que la sanción no sea tan drástica para el delincuente, Fichte propone un contrato de expiación, en virtud del cual todos se prometen no excluir al

²⁴ ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social. p. 54.

²⁵ *Ibid.*. p. 80

²⁶ *Ídem.* p. 80

²⁷ J.H. FICHTE, en GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 13.

delincuente del Estado, sino permitirle expiar esta pena de otra manera, dicho contrato no rige en ningún caso para el reo de asesinato intencional y premeditado, con lo que “*el tratamiento completamente arbitrario del condenado, porque al condenado se le declara ser una cosa, una cabeza de ganado*”²⁸.

Queda dicho lo siguiente: cabe pensar que el status de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder. Hemos visto que tanto para Rousseau como Fichte todo sujeto que incumple el contrato social es un *enemigo* que ha perdido su calidad de ciudadano y al cual se le declara la guerra por parte del Estado. Hay una separación radical entre el ciudadano y su Derecho, por un lado, y el injusto del *enemigo* por el otro de manera que esta separación es demasiado abstracta.

Para estos autores todo delincuente es de por sí un *enemigo* por vulnerar el contrato social, sin la necesidad de la presencia de elementos de intensidad, frecuencia o habitualidad en tales incumplimientos. Por tanto el sujeto queda fuera de la ley civil, ha dejado de pertenecer al pacto social y queda a merced de la reacción del Estado, el cual estaría tratando con un *rebelde, traidor* y más crudamente con una *cosa o cabeza de ganado*.

Hemos señalado las teorías contractualistas que anteceden la visión de Jakobs, ahora bien, esto no quiere decir que el autor ha tomado tal cual las ideas anteriormente señaladas, sino que se separa tanto de Fichte como de Rousseau por dos razones;

1.- La separación entre ciudadano y *enemigo* es muy radical y a la vez demasiado abstracta, toda vez que no incluye elementos que configuren la categoría de no- persona ya que bastaría con la comisión de cualquier delito. Por tanto todo delincuente es *de por sí* un enemigo²⁹.

²⁸ *Ibid.* p. 14.

²⁹ Cfr. AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida. p. 137. “*El antiguo derecho germánico se fundaba sobre el concepto de paz (Fried) y sobre la correspondiente exclusión de la comunidad del malhechor, que se convertía por eso en Friedlos, sin paz, y al que, como tal, cualquiera podía dar muerte sin cometer por ello homicidio*”.

2.- El ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, puesto que este tiene derecho a volver a la sociedad para lo cual debe mantener un *status* como persona. Además el delincuente debe proceder a la reparación, lo cual tiene como presupuesto la existencia de personalidad, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho.

Por lo anteriormente señalado Jakobs abandona las propuestas de Rousseau y Fichte para centrar su atención principalmente en Hobbes, ya que para este autor el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su status lo que es conveniente en términos de la reparación y de la posibilidad de reincursión del delincuente.

Así para Hobbes, *“contra los enemigos, a los cuales el Estado considera capacitados para dañar, es legal, según los principios básicos de la ley de naturaleza, hacer la guerra; y en la guerra, la espada no hace distinciones, ni tampoco los hace el vencedor entre culpables e inocentes, como ocurría en tiempos pasados, ni respeta el principio de la caridad no sea que conduzca al bien de su propio pueblo”*³⁰.

Por lo tanto Hobbes mantiene la idea de que a los *enemigos* pura *coacción* por Derecho natural³¹, entonces la distinción está en lo siguiente; el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su status, salvo cuando se trata de una rebelión, es decir, cuando se niega deliberadamente la autoridad del Estado establecido, lo que constituye alta traición.

³⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatán la materia, forma y poder en un Estado eclesiástico y civil*. p. 270-271.

³¹ Sobre castigo y hostilidad v. HOBBS, Thomas. *Leviatán la materia, forma y poder en un Estado eclesiástico y civil*. p 267. *“(...) que el daño inflingido sobre alguien que es enemigo declarado, no puede calificarse de castigo; pues considerando que los enemigos nunca estuvieron sujetos a la ley, nunca pueden, por tanto transgredirla. O si estuvieron con anterioridad sujetos a ella, y luego profesaron no estarlo, niegan, como consecuencia, la posibilidad de transgredirla; así todos los daños que recaigan sobre ellos habrán de ser considerados como actos de hostilidad”*.

Así para Hobbes; *“podemos afirmar que la venganza puede aplicarse también a aquellos súbditos que deliberadamente niegan la autoridad del Estado establecido. Pues la naturaleza de esta ofensa consiste en renunciar a la sujeción, lo cual constituye un regreso a la condición de guerra comúnmente llamada rebelión; y quienes cometen una ofensa así, no sufren como súbditos, sino como enemigos. Pues la rebelión no es otra cosa que una renovación del estado de guerra. (...) Si un súbdito declara con hechos o con palabras que consiente y deliberadamente niega la autoridad del representante del Estado, éste puede legalmente imponerle el daño que le parezca oportuno (cualquiera que sea el castigo que legalmente ha sido determinado para delitos de alta traición). Pues al negar su sujeción a la ley, un individuo niega también el castigo que legalmente ha sido determinado, y, por tanto, sufrirá las consecuencias que se derivan de ser un enemigo del Estado, es decir, que estará a merced de la voluntad del representante. Porque los castigos que están estipulados por la ley sólo son aplicables a los súbditos, no a los enemigos; y tales son quienes, habiendo actuado con anterioridad como súbditos, se rebelan deliberadamente y niegan el poder soberano”*³².

Kant también hace uso del modelo contractual como idea fundante y limitadora del poder del Estado, utilizando también la idea de estado presocial o de naturaleza y el modelo de Estado.

*“El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (status naturalis), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza. El estado de paz debe por tanto ser instaurado, pues la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz y si un vecino no da seguridad a otro (lo que puede sólo suceder en un estado legal), cada uno puede considerar enemigo a quien le haya exigido esa seguridad”*³³.

³² *Ibid.* p. 268, 271

³³ KANT, Immanuel. Sobre la paz perpetua. 6° edición, Madrid, Tecnos, 1998. p. 14

Continúa Kant “se acepta comúnmente que uno puede hostilizar a otro sólo si éste me ha lesionado ya de hecho y se considera asimismo correcto cuando ambos viven en estado civil-legal. Pues por el hecho de haber ingresado en este estado uno le proporciona al otro la seguridad necesaria (a través de la autoridad que posee poder sobre ambos).- Pero un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de esa seguridad y 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. Yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o apartarse de mí lado.- Por consiguiente, el postulado que subyace a los artículos siguientes es: todos los hombres que ejercen entre sí influencias recíprocas deben pertenecer a una Constitución civil”³⁴.

Kant señala que toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana de manera que si el sujeto no se deja obligar este sujeto puede ser expelido, de manera que no hay que tratarlo como persona sino como un *enemigo*. La idea que plantea Kant es que quien amenaza constantemente por estar en un mero estado de naturaleza priva a la sociedad de la seguridad necesaria y provoca una lesión por la situación en que se encuentra, es decir en un estado de ausencia de legalidad (*statu iniusto*).

“De esta manera tanto Hobbes como Kant proponen un derecho penal del ciudadano- contra sujetos que no delinquen de forma persistente, por principio- y un Derecho Penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona”³⁵.

El Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que han abandonado el derecho por principio, y consiguientemente los ciudadanos tienen

³⁴ *Ídem*. v. pp. 3. p 14.

³⁵ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. p. 32.

Derecho a exigir al Estado que tome las medidas adecuadas para resguardar su seguridad³⁶.

Concluimos entonces que *“el Derecho penal del ciudadano es derecho también en lo que se refiere al criminal pues este sigue siendo persona, en cambio, el Derecho Penal del enemigo es Derecho en otro sentido, 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. El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo combate peligros”*³⁷.

Hemos visto los antecedentes filosóficos, ahora bien, ¿por qué las teorías contractualistas y Jakobs arriban a la idea de la necesidad de un derecho especial para los individuos especialmente peligrosos?

Aquí nos aproximamos a la visión que maneja Jakobs del Derecho penal y su relación con el Estado situación que será abordada en seguida.

El delincuente por principio y la seguridad cognitiva

A partir de los conceptos tomados de las teorías contractualistas, específicamente la evolución en los estadios, estado de naturaleza - estado comunitario, Jakobs plantea lo siguiente:

³⁶ En relación a la protección como fin de la obediencia Cfr. HOBBS, Thomas. Leviatán la materia, forma y poder en un Estado eclesiástico y civil. p. 196. *“La obligación de los súbditos para con el soberano se sobreentiende que durará lo que dure el poder de éste para protegerlos, y no más. Pues el derecho que por naturaleza tienen los hombres de protegerse a sí mismos cuando nadie más puede protegerlos, es un derecho al que no puede renunciarse mediante convenio alguno. La finalidad de la obediencia es la protección y cuando un hombre la ve, ya sea en su propia espada o en la de otro, de modo natural sitúa allí su obediencia y su empeño de mantenerla”*.

³⁷ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. p. 33.

“Los delitos sólo son posibles en una comunidad ordenada, en el Estado, del mismo modo que lo negativo sólo se puede determinar ante el trasfondo de lo positivo y viceversa. El delito no es visto como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable.

Por ello, el Estado moderno ve en el autor de un hecho, 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 - de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)- a equilibrar el daño en la vigencia de la norma.

Sin embargo, las cosas sólo son tan sencillas, incluso casi idílicas, cuando el autor a pesar de su hecho ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico³⁸”

Como premisa tenemos: Ningún contexto normativo, es tal, rige por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos la sociedad.

Si se pretende que el ordenamiento jurídico sea real debe conformar o determinar el cuerpo social.

De aquí arribamos a que un sujeto que no presta la seguridad de que actuará conforme a la norma, es decir, que no otorga la certeza que acomoda su actuar dentro de los límites impuestos por el acuerdo social impide al ordenamiento jurídico su *realidad*, constituyendo un escollo que debe ser removido por parte del Estado en tanto este quiera conservar su existencia *real*. Porque los cálculos de las personas parten de que los demás se comportarán conforme a la norma, no infringiéndola. Es por esto que Kant señala que cualquiera puede obligar a otro a entrar en una constitución ciudadana, pues de lo contrario nunca se superaría el estado de naturaleza donde lo único que prima es el miedo y la coacción.

³⁸ *Ibid.* p. 26.

De esta manera, el legislador está pasando a una legislación de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas. *“De esta manera en cada uno de estos casos se combate a individuos que en su actitud (por ejemplo en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”*³⁹.

Hay una diferencia entre el delincuente de carácter cotidiano y el delincuente por tendencia o que está imbricado en una organización⁴⁰, en este último la necesidad de la reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano. La diferenciación entre ambos tipos de delincuentes, es decir, entre aquel que es tratado como ciudadano y aquel que es observado como *enemigo*, radica esencialmente en que este último rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden.

“Un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona y es que el estado de

³⁹ *Ibid.* p. 40.

⁴⁰ v. GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 21. *“Parece que debe estar fuera de duda que las circunstancias de la realidad fenoménica en torno a los cuales se quiere justificar la construcción de un Derecho penal del enemigo, poseen un significado específico y diferenciado, y que dicho significado puede ser determinante de una valoración jurídico penal específica de tales circunstancias. Así, por ejemplo, el que un hecho determinado se realice por un sujeto en el curso de la actividad de una organización a la que sirve o pertenece, o el que un hecho sea realizado por un sujeto dedicado profesionalmente a ello o que lo realiza de modo habitual, son circunstancias de carácter objetivo personal, según el caso, cuya valoración con criterios específicamente jurídico-penales puede dar lugar a un juicio de mayor gravedad de lo injusto, por ejemplo porque tales circunstancias supongan una mayor peligrosidad objetiva de la acción o porque la comisión habitual o profesional de ciertos delitos suponga una mayor lesividad social que el hecho asilado ocasional, en cuyo caso estará justificada y será conforme con el principio de proporcionalidad una agravación de la pena”*.

*naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, la libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación*⁴¹.

La reacción del ordenamiento jurídico frente a la criminalidad que rechaza por principio su legitimidad, no se presenta ya de la manera en que convencionalmente aparece en el Estado social, sino que por el hecho de que el delincuente no reconoce la validez del ordenamiento, no reconoce para sí mismo la calidad de persona y por ello no es tratado como tal, sino que es objeto solamente de la eliminación por parte del Estado de un *peligro*, toda vez que por no prestar la seguridad cognitiva no merece gozar de las prerrogativas que disfrutaban las personas. *“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*”⁴².

Para Jakobs la necesidad de un Derecho penal del enemigo radica en que la indivisión delincuente-enemigo impone al Estado una atadura -la necesidad de respetar al autor como persona-, y señala que *“quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos guerra y proceso penal. De nuevo, en otra formulación: quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho - control de pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respecto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.- debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas sino se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada*”⁴³.

⁴¹ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. p. 40.

⁴² LESCH, en GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 22.

⁴³ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. p. 42.

En definitiva, el Derecho penal conoce dos polos o tendencias, el trato con el ciudadano en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el *enemigo*, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad⁴⁴.

La privación y la negación de la condición de persona a determinados individuos, y con ello la atribución a ellos de la condición de *enemigo*, 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. Es por esto que abordamos ahora la concepción de persona de Jakobs, a partir de la cual entenderemos que un individuo pueda ser despojado de tal carácter.

El binomio persona-no persona

“La 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”⁴⁵. Esta afirmación de Gracia Martín se desprende del discurso del

⁴⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 43. “Un ejemplo del primer tipo lo puede constituir el trato dado a un homicida, quien si actúa en autoría individual sólo comienza a ser punible cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo, un ejemplo del segundo tipo puede ser el trato dado al cabecilla u hombre de atrás (con independencia de qué es lo que eso sea) de una asociación terrorista, al que alcanza una pena sólo levemente más reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio, ya cuando funda la asociación o lleva a cabo actividades dentro de ésta (129 a StGB), es decir, eventualmente años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad. Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina pena”.

⁴⁵ GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 23.

propio Jakobs al señalar éste, que los extremos Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo tienen como protagonistas por un lado a la persona y por otro a las no-personas.

Es necesario señalar la dirección seguida por varios autores que interpretan el Derecho penal material y el Derecho procesal según la óptica del estructuralismo-funcional de N. Luhmann. Conforme a ella, lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado. Se ha señalado a Jakobs como perteneciente a estos autores⁴⁶.

Al contrario de lo que había sucedido con el pensamiento del racionalismo individualista moderno, el pensamiento funcionalista va a centrarse no en el individuo sino que en la sociedad⁴⁷. Mientras que el pensamiento racionalista moderno se fundamentaba en los individuos y en su libertad, de manera que el derecho legítimo protegía a estos antes que a la sociedad – que no era sino producto de un pacto o conveniencia entre los hombres, y por tanto un ente artificial de creación voluntaria y libre de los mismos-, para los funcionalistas la sociedad misma es lo más importante, la sociedad es, en definitiva, la que permite al hombre su carácter y condición de tal, así como su desarrollo como

⁴⁶ v. PORTILLAS, Guillermo. El derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos. Apunte del Master de Derecho Penal. p. 697. *“Como puede observarse, el cambio cualitativo que experimenta la tesis de Jakobs se produce cuando acepta sin límites un modelo penal y procesal funcionalista en el que prima la defensa de la seguridad del Estado y la ausencia de principios liberales. Esta posición se orienta a la teoría de sistemas orientada a la teoría de la comunicación”*.

⁴⁷ ARIAS. Manuel. Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo, [en línea] <www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/arias.pdf> [consulta: 16 de Octubre de 2008] *“Ahora bien, el pensamiento del funcionalismo sociológico no ha seguido- como no podría ser de otro modo-, una línea uniforme, sino que el mismo, y en líneas generales, podemos adelantar que transitó, evolutivamente, del que podríamos llamar funcionalismo clásico hasta el denominado modernamente paradigma de complejidad, ubicándose como etapa intermedia , entre ambos, el denominado funcionalismo sistémico. El pensamiento funcionalista ha sido así el enfoque que, dentro de la Sociología, ha dominado hasta los años sesenta del pasado siglo XX. La aparición de las corrientes del interaccionismo simbólico, las teorías del conflicto social de orientación marxista y las teorías del intercambio social, provocaron la crisis de este enfoque mas, sin embargo, y como vamos a comprobar, en los años ochenta va a surgir el funcionalismo de la mano de los sociólogos de la teoría de sistemas”*.

persona, ya que sin la misma – se dice- podríamos hablar de animales no de hombres⁴⁸.

Consecuentemente con lo anterior para Jakobs la persona existe en función de su relación social de manera que no es una condición natural: *“surge un nuevo mundo tan pronto como el individuo lo concibe de la siguiente manera (formulado psicológicamente): la relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define al menos, mediante una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Tal regla es una norma social en sentido estricto: si se infringe, ello significa elegir una configuración del mundo de cuya toma en consideración había sido precisamente exonerado el otro”*⁴⁹.

Jakobs construye su noción de persona en relación al intento de explicar el ordenamiento jurídico penal y sus diversas instituciones en función de los fines que el Derecho penal debe alcanzar en una sociedad moderna, es decir, *“el funcionalismo jurídico penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”*⁵⁰.

Y añade son funciones *“las prestaciones que – solas o junto con otras- mantienen un sistema”*⁵¹.

Jakobs tiene una visión normativa del concepto de persona, la integración en el proceso sistémico de semejante conformación normativa ha respaldado la conversión del Derecho penal del enemigo en un Derecho de guerra, en que el acusado se transforma en no –persona por haber abandonado el Derecho,

⁴⁸ *Ibid.* “Al iniciar el análisis de las teorías del pensamiento funcional-sociológico, debemos comenzar por adelantar que el interés en el funcionalismo sociológico desde nuestra materia deriva de la innegable influencia recibida en el pensamiento penal moderno desde las direcciones del funcionalismo estructural de Parsons y desde el funcionalismo sistémico de Luhmann, corrientes del pensamiento funcionalista que han repercutido decididamente en las modernas construcciones del funcionalismo penal”.

⁴⁹ JAKOBS, Gunther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Madrid, Civitas, 1996. p. 79.

⁵⁰ *Ibid.* p. 15.

⁵¹ *Ibid.* p. 17.

aunque no sea de modo permanente. Esto se explica porque es el complejo normativo el que define las características jurídicas del concepto persona, toda vez que la persona se concibe en tanto *ser social*.

La columna vertebral del modelo sistémico aplicado a la concepción del *enemigo* radica en la propia noción de persona elaborada por Luhmann.

Luhmann describe la persona como *forma*, a partir de un novedoso concepto de *forma*. *“Así , ante todo distinguimos al individuo de la identidad social que, sea agradable o desagradable, en cualquier caso se le supone; se distingue el I del me; o el yo dado para sí mismo sólo fragmentaria y situativamente de aquel otro normal, redondeando, que ha de satisfacer expectativas sociales especialmente referidas al mantenimiento de la identidad de uno consigo mismo. Esta versión duplicada del yo acarrea problemas relacionados con la delimitación de sistemas psíquicos y sociales. Y si uno aspira a elaborar una teoría que acentúe la distintividad de ambos sistemas- esto es, su respectiva clausura operativa-, es aconsejable buscar teorizaciones con una mayor capacidad de resolución. Una de las varias oportunidades para ello consiste en la reformulación del concepto de forma, en el sentido de transformarlo de un concepto de unidad en otro de diferencia. Entre otras cosas, esto afecta al modo de hablar acerca del yo y del yo conciente de sí mismo, de la identidad social y de la identidad personal, de individuo y de persona⁵²”.*

En relación a la forma Luhmann señala: *“entendemos por forma la marcación de un límite, como consecuencia de la cual surgen dos lados, de los que sólo uno puede ser utilizado como punto de partida para ulteriores operaciones. El cruce del otro lado no queda por ello excluido, pero exige una operación especial, precisa tiempo y se distingue en sus implicaciones lógicas de lo que ocurriría si se permaneciese en el mismo lado, limitándonos a condensar y confirmar su indicación. Una forma, por tanto, es siempre una forma-con-dos-lados. En cuanto tal sólo puede ser utilizada a través de uno de ellos (por consiguiente*

⁵² LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad, de la unidad a la diferencia. Madrid, Trotta, 1998. p 232

*siempre de modo incompleto). Pero, por la misma razón, un observador (que puede ser también el que utiliza la forma) sólo puede ver la forma si la contempla como forma-con-dos-lados*⁵³.

En relación a tal construcción Portilla Contreras: *“en la creación de esta figura, el autor emplea el concepto de forma, entendido como marcación de un límite de la que surgen dos lados. La percepción de la forma (objetos) es posible siempre gracias a un médium (luz o aire), por ello nada en sí mismo puede integrar la forma o el médium. La separación entre ellos se manifiesta en la medida en cada lado de la forma permanece en posición antagónica respecto del otro”*⁵⁴.

En la concepción de Luhmann se distingue entre sistemas psíquicos (como conciencias) y personas, así señala *“en primer lugar, tenemos que distinguir claramente entre sistemas psíquicos y personas, ya que para cada una de ambas referencias (de nuestra teoría) entran en consideración distintos conceptos de forma”*⁵⁵.

Portilla Contreras señala: *“A su juicio las operaciones de la conciencia son los pensamientos que se reproducen en un retículo cerrado, sin contacto con el entorno, de tal modo, que no puede observarse desde el exterior, no insertarse. Así surge la forma con-dos-lados, autorreferencia / heterorreferencia, y la reiteración o el cruce de ambos. A través de estos términos, el autor deslinda los sistemas psíquicos del concepto de persona*⁵⁶.

Para Luis Gracia Martín; *“ es cierto que para Jakobs, como para Luhmann, existiría, por un lado, una tajante separación , entre el individuo, entendido como sistema psíquico que opera mediante la conciencia, y la sociedad, entendida como sistema que opera mediante la comunicación, de tal modo que la*

⁵³ *Ídem.* p 232

⁵⁴ PORTILLAS, Guillermo. El derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos. Apunte del Master de Derecho Penal., p. 699

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad, de la unidad a la diferencia. p. 232.

⁵⁶ PORTILLAS, Guillermo. El derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos. Apunte del Master de Derecho Penal. p. 699.

consciencia y la comunicación siguen cada una sus reglas propias e independientes; y por otro lado, la persona, diferente del sistema psíquico, constituiría el puente que permite la conexión o el acoplamiento entre los sistemas psíquicos (conciencias) y los sociales (comunicaciones)”⁵⁷.

En relación a esto Luhmann señala, *“todo este aparato conceptual, sólo fatigosamente adquirible, es necesario para poder decir que las personas sirven al acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales. Ellas hacen posible que los sistemas psíquicos experimenten en su propio yo las limitaciones con las que contarán en el tráfico social. El tener conciencia de que se es persona da a los sistemas psíquicos, en el caso normal, el visto bueno social; y para el caso desviante la forma de una irritación todavía procesable en el sistema”⁵⁸.*

En relación al funcionalismo como antecedente y la aportación de la distinción entre sistemas psíquicos y sociales y la forma persona como elemento de acoplamiento estructural entre ambos, Jakobs puede llegar a fundar entonces, la despersonalización de un sujeto, es decir, el despojo de su carácter de persona de manera que sólo hay un individuo.

Así 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, consistente en un sistema psíquico en términos de Luhmann. La persona en cambio, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social que se puede atribuir o no a los individuos. Al individuo cabría ubicarlo en el estado de naturaleza hobbesiano.

Así para Jakobs, *“ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente*

⁵⁷, GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 24.

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad, de la unidad a la diferencia. p. 243.

comprensible. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad. Los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos 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. Con ello, ya tienen un papel (aunque éste quizás sea pequeño) que representar”⁵⁹.

En otras palabras, “todo orden personal comienza con deberes, con deberes de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden. Los derechos se generan donde son necesarios para poder cumplir deberes. . . La norma originaria, por lo tanto, es la siguiente: sé persona, lo que significa: cumple el deber frente al grupo. En este sentido, es evidente que hasta el momento actual el rango de una persona viene determinado por los deberes que le competen o que cumple, o de los cometidos que ha cumplido más allá de sus obligaciones, es decir, sacrificando sus derechos”⁶⁰.

En conclusión, para Jakobs “la persona es algo distinto de un ser humano, un individuo humano, éste es el resultado de procesos naturales, aquélla un producto social (de lo contrario nunca podría haber habido esclavos, y no podrían existir las personas jurídicas). Este producto es- en el caso de la persona física – la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una conciencia”⁶¹.

Así es fácil comprender que para Jakobs la idea de persona viene dada por los deberes que ésta tiene en el espectro social, de manera que si no cumple con estos deberes, o si el sujeto no se asume a sí mismo como persona, el ordenamiento jurídico no lo tratará como tal. En el mismo sentido advierte Jakobs que “dentro de los fines de la pena existen legitimaciones completamente distintas basadas por un lado en el tratamiento de un sujeto como persona

⁵⁹ JAKOBS, Gunther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. p. 50.

⁶⁰ JAKOBS, Gunther. Sobre la génesis de la obligación jurídica. p. 35.

⁶¹ JAKOBS, Gunther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. Madrid, Civitas, 2003. p. 21.

competente y por otro, en un foco de peligro meramente. ¿Hubiera siquiera existido la marcha triunfal de la pena privativa de libertad si no fuera que la privación de libertad impide por completo al autor la realización de delitos fuera de la prisión?. Puede ser que en un número considerable de casos, el centro de gravedad esté en el efecto preventivo-especial, pero ese efecto preventivo pertenece a otro contexto de legitimación distinto del de la prevención general positiva. En la prevención general positiva, el dolor penal se inflige a una persona competente, capaz de ser culpable (...) precisamente se le pena porque se le entiende como igual, como ciudadano pleno. La situación es otra en el caso del efecto asegurador respecto de futuros hechos que deriva de encerrar al sujeto: no depende de la culpabilidad que concurriría en los hechos futuros ni de la que concurriera en los pasados, sino única y exclusivamente en la peligrosidad del individuo.

Por consiguiente, en el ámbito del efecto preventivo-especial de aseguramiento de la pena privativa de libertad, el autor no es concebido como persona competente, sino como foco de peligro”⁶².

SINTESIS

En definitiva y una vez que analizamos los postulados ius filosóficos y las bases funcionalistas de la postura de Jakobs podemos concluir lo siguiente:

Diferente 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

⁶² *Ibid.* p. 58.

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 la expresión y 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.

Los datos concretos que sirven de base a las regulaciones específicas del Derecho penal del enemigo, son la habitualidad y la profesionalidad de sus actividades, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de tales organizaciones.

Los comportamientos de estos individuos significan la negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia, por lo cual representan un peligro que pone en cuestión la existencia de la sociedad, o quebrantos de normas respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son especialmente vulnerables, más allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual⁶³. En definitiva, los *enemigos* son individuos que se caracterizan, primero, porque rechazan por

⁶³ En relación a las especiales características de los enemigos, Cfr. CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo?. En: Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. Derecho penal del enemigo, Madrid, Civitas, 2003. p. 32. “¿Qué tienen de especial los fenómenos frente a los cuales responde el Derecho penal del enemigo? ¿qué característica especial explica, en el plano fáctico, que se reacciones de ese modo frente a precisamente esas conductas? La respuesta a esta pregunta está en que se trata de comportamientos delictivos que afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión (...) en un determinado plano simbólico. Es sabido que precisamente Jakobs representa una teoría del delito y del Derecho penal en la que ocupa un lugar preeminente –dicho de modo simplificado, claro está- el entendimiento del fenómeno penal como perteneciente al mundo de lo normativo, de los significados, por contraposición al de las cosas. Desde esta perspectiva, toda infracción criminal supone, como resultado específicamente penal, el quebrantamiento de la norma, entendido éste como la puesta en duda de la vigencia de esa norma. Pues bien, estos supuestos de conductas de enemigos se caracterizan por producir ese quebrantamiento de la norma respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son especialmente vulnerables, mas allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual”.

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.

Así para Gracia Martín: *“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”*⁶⁴. Para Jakobs esta diferenciación es necesaria debido a que el Derecho penal de los ciudadanos no puede sufrir una desafección respecto del Estado de Derecho.

*“Quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho debería llamar de otro modo aquellos que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, derecho penal del enemigo, guerra refrenada”*⁶⁵.

Para Cancio Meliá *“la esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente*

⁶⁴ GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 7.

⁶⁵ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. p. 42.

significativas. Con este instrumento el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”⁶⁶.

Finalmente, el derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos; en primer lugar se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (tiene como punto de referencia un hecho futuro). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas

⁶⁶ CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo?. p. 22.

SEGUNDA PARTE

CONTEXTO HISTÓRICO SOCIAL

APROXIMACIÓN

Llamamos a este capítulo de esta forma ya que se analizará el contexto histórico político en que surge esta postura como fenómeno socio cultural e inserto dentro del fenómeno de expansión del Derecho penal.

Así para Cancio Meliá “ simplificando mucho para intentar esbozar los trazos básicos del cuadro, puede afirmarse que en los últimos años los ordenamientos penales del mundo occidental han comenzado a experimentar una deriva que los conduce de una posición relativamente estática, dentro del núcleo duro del ordenamiento jurídico –en términos de tipo ideal: un núcleo duro en el que iban haciéndose con todo cuidado adaptaciones sectoriales y en el que cualquier cambio de dirección era sometido a una intensa discusión política y técnica previa –hacia un expuesto lugar en la vanguardia del día a día jurídico-político, introduciéndose nuevos contenidos y reformándose sectores de regulación ya existentes con gran rapidez, de modo que los asuntos de la confrontación política cotidiana llegan en plazos cada vez más breves también al código penal.

Los cambios frente a la praxis político-criminal que ha sido la habitual hasta el momento no sólo se refieren a los tiempos y las formas, sino que también en los contenidos van alcanzando paulatinamente tal grado de intensidad que se

impone formular la sospecha –con permiso de Hegel y del búho de Atenea –de que asistimos a un cambio estructural de orientación. Este cambio cristaliza de modo especialmente llamativo, en el concepto del Derecho penal del enemigo, que fue (re-) introducido –de un modo un tanto macabro avant la letre (de las consecuencias) del 11 de septiembre de 2001 recientemente por Jakobs en la discusión”⁶⁷.

Este cambio al que se refiere Cancio Meliá se configura no sólo como fenómeno exclusivo del Derecho Penal, o más bien, del mundo del Derecho, sino que responde a aspectos más profundos referidos a procesos sociales tan amplios como lo que concierne por ejemplo, a la percepción social de la violencia (actitud y represión de la misma) y a conceptos como eficacia y seguridad ciudadana. Específicamente en relación al Derecho penal, el problema se aborda a partir de su inclusión dentro de lo que se ha llamado el fenómeno de la crisis del Estado de Derecho, la expansión del Derecho penal, el derecho Penal simbólico y el resurgir del punitivismo.

⁶⁷ *Ibid.* p. 18.

La percepción social de la violencia

La violencia es un firme componente de nuestra experiencia cotidiana. Quien vive con otros, experimenta violencia, y nunca está seguro frente a ella⁶⁸.

No es, por lo tanto, la omnipresencia de la violencia en la vida social lo que está en cuestión y lo que se modifica. Lo que se modifica son las formas de la violencia y la densidad de la actividad violenta. Lo que se modifica son las disposiciones a aceptar la violencia, las probabilidades de convertirse en víctima, o también, en autor de acciones de violencia lo que hoy se modifica con particular celeridad y evidencia es la forma y el modo en que percibimos la violencia y la actitud que tomamos frente a ella, esto trae consecuencias inevitables para el Derecho Penal.

La oportunidad de percibir violencia y ejercicio de violencia seguramente nunca fue mejor que hoy.

En relación a esto Zúñiga Rodríguez *“en la sociedad red la generación de riqueza, el ejercicio del poder y la creación de códigos culturales han pasado a depender de la capacidad tecnológica de las sociedades y de las personas, siendo la tecnología de la información el núcleo de esta capacidad. Quienes dominen la tecnología de la información dominarán las redes del poder y de la*

⁶⁸ En relación a la inseguridad como rasgo característico de la sociedad actual. v. SILVA SANCHEZ, Jesús. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, Civitas, 2001. p 32. *“Nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la inseguridad sentida (o como la sociedad del miedo). En efecto uno de los rasgos más significativos de las sociedades post industriales es la sensación general de inseguridad, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo”*.

*creación de riqueza. De ahí el matrimonio en los últimos años entre los medios de comunicación y los grupos de poder*⁶⁹.

Para Hassemer *“una sociedad que dispone, por un lado, de medios de comunicación eficientes, y que, por otro –al menos en la estimación de esos medios-, en el consumo comunicativo, está vivamente interesada en los fenómenos de violencia, ya no necesita experimentar la violencia en su propio seno para percibirla como omnipresente: pocos serán los ejercicios espectaculares de violencia en el mundo que se nos escapen. Esto tiene diversas consecuencias, y también se discute en forma diversa. Entre ellas, resulta aquí de importancia que los fenómenos de violencia ocupan nuestra capacidad de percepción social y cultural con una intensidad como pocas veces antes, y que su transmisión hacia nosotros se produce en forma tendencialmente más comunicativa que concreta. De esto se sigue, entre otras cosas, que las chances de dramatizar la violencia y hacer política mediante ella, son buenas: los medios atribuyen al ejercicio de la violencia un alto valor como noticia e informan sobre ella, sin embargo (¿o por eso?), en forma altamente selectiva, la amenaza de violencia –sea real o sólo supuesta –es un regulador mediante el cual puede ser fomentada la política criminal (típicamente restauradora); aquello que vale como un bien jurídico que requiere protección penal (y que por tanto puede ser portador de amenaza penal) se decide mediante un acuerdo normativo social, para el cual, nuevamente, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población*⁷⁰.

En relación a lo anterior Zúñiga recalca la relevancia entre los medios de comunicación y la comprensión del delito, *“(…) la importancia que han adquirido los medios de comunicación para la comprensión del fenómeno criminal. Éstos no sólo transmiten noticias, sino configuran imágenes, símbolos, prejuicios sobre*

⁶⁹ ZUÑIGA, Laura. Viejas y nuevas tendencias político-criminales en las legislaciones penales. En: Berdugo Gómez de la Torre. Ignacio, Sanz Mulas, Nieves (coord.) Derecho penal de la democracia v/s Seguridad Pública. Granada, Comares, 2005. p. 104.

⁷⁰ HASSEMER, Winfried. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003. p 49

la criminalidad. Este poder configurador de la sociedad de los medios de comunicación, se va transformando en poder disciplinario, en control social informal, donde no se disciplinan los cuerpos, sino las mentes. Es decir, los medios de comunicación al crear imágenes, también configuran roles, estereotipos sociales de las conductas desviadas y de la criminalidad; pero lo que es peor, influyen en las demandas de políticas criminales concretas, casi siempre represivas en las que el sistema penal actúa como prima ratio cual poder apaciguador de inquietudes sociales”⁷¹.

En el mismo sentido Silva Sánchez; *“Resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad frente al delito como el modo de proceder de los medios de comunicación. Estos, por un lado, desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la sociedad de la información y en el marco de una concepción del mundo como aldea global, transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en unas ocasiones, directamente a percepciones inexactas; y en otras, en todo caso, a una sensación de impotencia. A mayor abundamiento, por otro lado, la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúa a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo. Así, ha podido afirmarse con razón que los medios, que son el instrumento de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos”⁷².*

⁷¹ ZUÑIGA, Laura. Viejas y nuevas tendencias político-criminales en las legislaciones penales. p. 104.

⁷² SILVA SANCHEZ, Jesús. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. p. 37.

Para Hassemer, violencia, riesgo y amenaza pasan a constituir fenómenos centrales de la percepción social⁷³.

“La seguridad ciudadana hace su carrera como bien jurídico, y alimenta una creciente industria de la seguridad. Luego del terrorismo y del tráfico internacional de estupefacientes, aparece ahora el así llamado crimen organizado, ya introducido con una abreviatura, C.O., como tercer signo ominoso, presentado por los expertos policiales como una amenaza, y acompañado por la afirmación de que el derecho penal y el derecho procesal penal deberían adecuarse a los requerimientos de una lucha efectiva y que un trabajo amplio y orientado de la opinión pública podría y debería apoyar la lucha por la represión del C.O.:: aumento de la disposición a formular denuncia, desprecio del C.O. por parte de la sociedad, comprensión por parte de la población frente a las redadas y nuevas medidas de investigación”⁷⁴.

La política criminal moderna en este sentido está claramente caracterizada. No opera, como hasta hace algún tiempo, con la desincriminación y la atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas. Se concentra en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del Derecho penal. Ocupa los campos que hoy constituyen centros de riesgo en la percepción pública.

Si la violencia, riesgo y amenaza se convierten en fenómenos centrales de la percepción social, entonces, este proceso tiene consecuencias ineludibles en cuanto a la actitud de la sociedad frente a la violencia. Aparecen como protagonistas conceptos como *luchar*, *eliminar* o *represión*, en perjuicio de

⁷³ El derecho penal en relación a estos conceptos. Cfr. HASSEMER, Winfried. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. p. 56. *“El destinatario de las exigencias de una opinión política amenazada por la violencia es, sobre todo, el derecho penal, incluido el derecho procesal penal. De él se espera una ayuda efectiva en caso de necesidad y la garantía de la seguridad ciudadana”.*

⁷⁴ *Ibid.* p. 51.

actitudes tales como *elaborar* o *vivir con*. De esta forma la sociedad amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción ella no puede darse el lujo de un Derecho penal entendido como protección de la libertad, como Carta Magna del delincuente (en términos de Von Liszt), lo necesita como Carta Magna del ciudadano, como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte tendencialmente en *enemigo*, y el derecho penal, en Derecho penal del enemigo.

De esta manera *“este derecho penal material y procesal agravado es producto de una violencia dramatizada”*⁷⁵.

Ahora bien, tenemos la preponderancia del elemento técnico-comunicacional – como nueva forma de crear opinión y como elemento aún más preponderante que antes en los procesos de lucha por el poder- para entender conceptos como el de *lucha*, *represión*, *enemigo*, pero no podemos pasar por alto otro elemento de carácter mas bien filosófico o ético, el *vértigo del relativismo*, como elemento conformante de la sensación de inseguridad de la comunidad respecto del fenómeno de la violencia.

En relación al vértigo del relativismo Silva Sánchez: *“en efecto, el vértigo de la relatividad tiene también –y quizás sobre todo- una dimensión filosófica y ética, por la pérdida de referencias valorativas objetivas. Vivimos en una sociedad en la que se constata la ausencia de referencias de auctoritas o de principios generalizables, mientras prevalece el pragmatismo del caso o la búsqueda de la solución consensuada, sin premisas materiales a partir de las que buscar el consenso. Ahora bien, como se ha dicho, si todo es igualmente verdadero, entonces acaba imponiéndose la fuerza como el argumento más poderoso. Y, ante tal constatación, habrá que convenir que resulta difícil no sentir inseguridad”*⁷⁶.

⁷⁵ *Ibid.* p. 57

⁷⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. p. 34.

Así, hemos caracterizado la percepción de la violencia desde un punto de vista técnico (en cuanto surgimiento de nuevos medios para crear opinión y para alcanzar el poder, de manera que incide en el sentimiento comunitario hacia el fenómeno criminal) y además desde un punto de vista material, es decir, desde los valores o postulados filosóficos que caracterizan a la época. Más adelante veremos que la percepción social de la violencia participa de manera sustancial en lo que se ha llamado expansión del derecho penal.

La política criminal actual

En nuestros días se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho penal está en crisis. Por ello, es frecuente que las exposiciones de temas de fundamento o de política criminal comiencen abordando los motivos y la concreta configuración de la referida crisis.

Con la denominación “derecho penal moderno” aludimos a las nuevas regulaciones jurídico-penales que se extienden a nuevos ámbitos o formas de conducta diferentes de los tradicionales contenidos en los códigos y leyes penales.

El debate sobre la legitimidad del Derecho penal, centrado hace no demasiado tiempo en este vector (propuestas abolicionistas-propuestas reduccionistas), puede caracterizarse hoy más claramente con el binomio reduccionismo versus expansión, es decir, con el debate propio del contexto y exigencias del derecho penal moderno.

Zaffaroni señala; *“En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada política criminal o, más precisamente, política penal, pues del debate entre políticas abolicionistas y*

*reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo*⁷⁷.

De esta forma, se ha señalado por los autores que las características principales de la política criminal practicada en los últimos años pueden resumirse en el concepto de la “expansión” del Derecho penal. Puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución actual de las legislaciones penales del “mundo occidental” está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.

La actividad legislativa en materia penal desarrollada en los países de nuestro entorno ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de bienes jurídicos clásicos constituyen supuestos de criminalización en el estadio previo a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas.

Cancio Meliá señala al respecto: “*en la evolución actual tanto del Derecho Penal material como del Derecho Penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un Derecho penal de la puesta en riesgo de características antiliberales*”⁷⁸.

En relación a esto Silva Sánchez señala, “*en los círculos intelectuales nunca se había oído hablar tanto de la necesidad de reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un Derecho penal mínimo como en la última década. Esta expresión. A fuerza de ser repetida por amplios sectores doctrinales –aunque debe significarse que en absoluto por todos –, empieza a correr el riesgo de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto, de modo similar a lo acontecido con la famosa –y deformada- frase de Radbruch relativa a la*

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio. El enemigo en el derecho penal. Buenos Aires, Ediar, 2006. p 13.

⁷⁸ CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo?. p. 5.

*sustitución del Derecho Penal por algo mejor que éste. En efecto, poco parece importar, a este respecto, que no se tenga muy claro dónde se hallan los límites de tal Derecho penal mínimo, que, en puridad, según algunas interpretaciones del mismo, conceptualmente tampoco se halla muy lejos de las propuestas que, entre otros, realizara Beccaria hace dos siglos*⁷⁹.

Podemos señalar que la expresión “derecho penal mínimo” engloba propuestas diversas cuyo denominador común es una vocación restrictiva del Derecho penal, pero no existe una coincidencia total entre las mismas.

En relación a los autores y el minimalismo Silva Sánchez señala *“Así en el caso de Baratta, el punto de partida de la orientación minimizadora ha venido siendo la estimación de la radical injusticia e inutilidad de la pena cuya función sería la reproducción de las relaciones de dominio preexistentes (...) el contenido que Baratta atribuye a la propuesta, sin embargo, no parece coincidir exactamente con la visión que del Derecho penal mínimo tiene el máximo difusor de esta expresión (Luigi Ferrajoli), quien también lo denomina garantista, cognitivo o de estricta legalidad.*⁸⁰”

El modelo garantista representa posiblemente el paradigma de referencia a cuya luz deben ser contrastadas todas las propuestas reduccionistas, pues aborda la cuestión del Derecho penal desde una perspectiva global sobre los fundamentos de dicha legitimación⁸¹.

⁷⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. p. 17

⁸⁰ *Ibid.* p. 18.

⁸¹En relación a la concepción de derecho penal mínimo. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 2001, p.335. *“El derecho penal mínimo como técnica de tutela de los derechos fundamentales. La ley del más débil. El fin general del derecho penal (...) puede identificarse en una palabra con el impedir que los individuos se tomen la justicia por su mano o, más en general, con la minimización de la violencia en la sociedad. Razón de la fuerza es el delito. Razón de la fuerza es la venganza. En ambos casos se da un conflicto violento resuelto mediante la fuerza: mediante la fuerza del reo en el primer caso, mediante la de la parte ofendida en el segundo. Y la fuerza es en ambos casos arbitraria e incontrolada: no sólo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que es por su propia naturaleza incierta, desproporcionada, desenfrenada, dirigida a veces contra el inocente. La ley penal se*

“Garantismo, en efecto, significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigo, la defensa de los débiles mediante de reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, al derecho penal y al mismo principio mayoritario”⁸².

En relación al garantismo de Ferrajoli, Demetrio Crespo señala que *“ lo peculiar de la tesis del derecho penal mínimo es precisar que ese mínimo necesario de Derecho penal es aquel que se precisa para evitar la violencia social informal, como posibles reacciones punitivas espontáneas de los ciudadanos agredidos”⁸³*, en palabras de Ferrajoli, *“creo que sólo concibiendo de este modo el fin del derecho penal es posible obtener una adecuada doctrina de justificación y al mismo tiempo una teoría garantista de los vínculos y límites –y por consiguiente de los criterios de deslegitimación- de la potestad punitiva del estado. Un sistema penal, diremos en efecto, está justificado sólo si la suma de las violencias –delitos, venganzas y castigos arbitrarios- que está en condiciones de prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidas para éstos. Naturalmente un cálculo de este tipo es imposible. Puede decirse sin embargo que la pena está justificada como mal menor –lo que es tanto como decir sólo si es menor, o sea, menos aflictivo y menos arbitrario –respecto a otras reacciones no jurídicas que es lícito suponer que se producirían en su ausencia; y que, más en general, el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos*

dirige a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales”.

⁸² *Ibid.* p. 336.

⁸³ DEMETRIO, Eduardo. Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. In *memoriam* Alessandro Baratta, coordinado por Fernando Pérez Álvarez, 2004, p. 1044.

*sean los costes del derecho penal respecto a los costes de la anarquía punitiva*⁸⁴.

El pensamiento de Ferrajoli tiene el mérito de plantear la necesidad de la vigencia de todas y cada una de las garantías del Derecho penal liberal a la luz de las exigencias del Estado de Derecho⁸⁵.

En los últimos años, la defensa del minimalismo se ha asociado, sobre todo, a las posturas defendidas por algunos autores de los más significativos autores de la denominada “escuela de Frankfurt”. Éstos, orientados a la defensa de un modelo ultraliberal del Derecho penal, han venido proponiendo su restricción a un Derecho penal básico” que tuviera por objeto las conductas atentatorias contra la vida, la salud, la libertad y la propiedad, a la vez que abogando por el mantenimiento de las máximas garantías en la ley, la imputación de responsabilidad y el proceso. En este sentido, han caracterizado la evolución del Derecho penal oficial como una “*cruzada contra el mal*”, desprovista de la más mínima fundamentación racional. A pesar de los planteamientos minimalistas o de intervención mínima de autores como Ferrajoli, Baratta o la escuela de Frankfurt, lo cierto es que la experiencia demuestra la existencia de cierta divergencia entre los planteamientos teóricos y la realidad empírica sobre el grado de plasmación de los mismos en los hechos, tanto es así, que Silva Sánchez afirma que la expresión Derecho penal mínimo “*lleva camino de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto*”⁸⁶.

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. p. 336.

⁸⁵ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona, José María Bosch, 1992. p. 37. “*La tesis de autores como Ferrajoli, que sostienen la doctrina del Derecho penal mínimo, es que ha de ser primariamente el mínimo necesario para evitar la violencia social informal, concepto éste en el que se cuentan ante todo las posibles reacciones punitivas espontáneas de los ciudadanos agredidos por un delincuente o de las fuerzas sociales o institucionales solidarias con ellos. La función preventiva, por tanto, es doble: prevención de los delitos y de las penas privadas, o arbitrarias o desproporcionadas. En definitiva, pues, lo que legitima al Derecho Penal es la minimización de la violencia en la sociedad*”.

⁸⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. p. 17.

Frente a este modelo axiológico se erige en la actualidad un fenómeno de expansión del ámbito de lo punible en clara contradicción con la pretensión de reducir el Derecho penal a un núcleo duro correspondiente en esencia al llamado “Derecho penal clásico”, como propugna significativamente la llamada “Escuela de Frankfurt”

A propósito de las posturas reduccionistas y su practicidad Silva Sánchez señala que *“ frente a tales posturas doctrinales en efecto no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción o reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término de expansión (...)”*⁸⁷

Es frecuente señalar que la expansión del Derecho penal se presenta como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva)⁸⁸.

⁸⁷ *Ibid.* p. 20.

⁸⁸ Silva Sánchez reconoce algo de verdad en el papel del Estado como protagonista principal de la expansión del derecho penal, pero agrega que corresponde a un análisis simplista pues cabe añadir como componente del problema la “demanda de protección”. v. SILVA SANCHEZ, Jesús. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. p. 21. “(...) creo que sería ingenuo ubicar las causas del fenómeno de modo exclusivo en la superestructura jurídico política, en la instancia estatal. Por el contrario, es mi opinión que, en buena medida, nos hallamos aquí ante causas algo más profundas que hunden sus raíces en el modelo social que se ha ido configurando durante, al menos, los dos últimos decenios y en el consiguiente cambio de papel del derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales. Subrayar esto último me parece esencial. En efecto,

Así las cosas, podemos señalar que la relación entre el binomio reducción-expansión ha tomado el protagonismo de la discusión en torno a la política criminal actual y en cuanto a la tendencia de la situación actual pareciera ser que se inclina claramente hacia la expansión. Asistimos desde hace un tiempo a una irritante discordancia entre lo programático de un Derecho penal sometido a límites y el día a día de una creciente criminalización. “Saber si el Derecho penal se halla ante una situación insostenible, o simplemente, ante una nueva situación que obliga a determinados replanteamientos, está en la base de las discrepancias entre dos metodologías diferentes de examinar el Derecho penal, que tienen que ver, a su vez, con puntos de partida epistemológicos distintos: el primero, de carácter personalista, el segundo, de carácter funcionalista. Naturalmente que tras estas metodologías y puntos de partida epistemológicos subyacen determinadas imágenes del hombre y de la sociedad en que este se desenvuelve, determinadas ideologías que juegan un papel decisivo. Me refiero al individualismo de la ya mencionada escuela de Frankfurt y al normativismo de Jakobs respectivamente, modelos de los que Shunemann ha afirmado –y posiblemente no le falte razón– que constituyen dos callejones sin salida: el primero porque, en su opinión, está abocado a exprimir en demasía un único principio, convirtiéndolo en un obstáculo más que en un elemento positivo, y el segundo, porque necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia”⁸⁹.

difícilmente podrá interpretarse la situación de modo correcto y, con ello, sentar las bases de la mejor solución posible a los problemas que suscita, si se desconoce la existencia en nuestro ámbito cultural de una verdadera demanda social de más protección. A partir de ahí, cuestión distinta es que desde la sociedad se canalice tal pretensión en términos más o menos irracionales como demanda de punición. En este punto, probablemente no esté de más aludir a la posible responsabilidad que los creadores de opinión pueden tener en tal canalización, dado su papel de mediadores. Como asimismo conviene cuestionar que desde las instituciones del Estado no sólo se acojan acríticamente tales demandas irracionales, en lugar de introducir elementos de racionalización en las mismas, sino que incluso se las retroalimente en términos populistas. Todo esto es, seguramente, cierto. Pero la existencia de una demanda social constituye un punto de partida real, de modo que la propuesta que acabe acogándose en cuanto a la configuración del Derecho penal no habría de eludir el darle a la misma una respuesta también real”.

⁸⁹ DEMETRIO, Eduardo. Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. p. 1047.

Sin embargo lo anterior, es decir, la tensión entre 2 escuelas dogmáticas en cuanto a la manera de observar el problema ya sea como una situación insostenible o como una nueva situación que obliga a determinados replanteamientos, lo cierto es que la situación actual de crisis del Derecho penal se encuentra caracterizada preferentemente por procesos de incriminación. Los procesos de incriminación adoptan en ocasiones la forma de una legislación claramente simbólica o retórica, sin posibilidades de aplicación útil.

He aquí el punto donde queríamos llegar, por un lado hemos visto desde un punto de vista sociológico (si se nos permite) la percepción social de la violencia (como veremos, antecedente del llamado *resurgir del punitivismo*), y por otro analizamos la situación actual de la política criminal, caracterizada, como hemos visto, por la tensión entre el binomio reduccionismo-expansión. Es a partir de estos dos enfoques de la situación actual del fenómeno criminal que podemos señalar lo siguiente:

El derecho penal simbólico y el resurgir del punitivismo mantienen una relación fraternal, de su unión surge el Derecho penal del enemigo.

Aclaratorio en cuanto a esta relación genealógica entre el Derecho penal del enemigo, el Derecho penal simbólico y el resurgir del punitivismo, en tanto fenómenos expansivos, es Cancio Meliá ; *“en primer lugar se trata de esbozar una imagen más concreta de esta evolución político criminal actual. Desde la perspectiva aquí adoptada, este desarrollo puede resumirse en dos fenómenos: el llamado derecho penal simbólico y lo que puede denominarse resurgir del punitivismo. Ambas líneas de evolución, la simbólica y la punitivista constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo. Sólo teniendo en cuenta esta filiación en la política criminal moderna podrá aprehenderse el fenómeno que aquí interesa”*⁹⁰.

⁹⁰ CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo? p. 6.

Para aclarar aún más la situación entramos a analizar qué es el Derecho penal simbólico y en qué consiste el resurgir del punitivismo, ambos antecedentes del Derecho penal del enemigo.

El derecho penal simbólico

“Quien relacione derecho penal y efectos simbólicos se convierte en sospechoso”⁹¹. Hassemmer quiere decir con esto que se puede crear la sospecha de que no se toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado, es decir, la idea de que se inflige un daño concreto con la pena para obtener efectos algo más que simbólicos⁹². “La gran seriedad con la cual cotidianamente se debate política y científicamente la efectividad y justeza del Derecho penal se vería desautorizada si éste tuviera un objeto exclusivamente simbólico. Los procesamientos, los juicios y las penas tienen unas raíces demasiado profundas en nuestras vivencias personales y sociales como para poder aceptar su aspecto solamente simbólico”⁹³.

Hay que señalar, primeramente, que para poder determinar en qué consiste el Derecho penal simbólico, que los fenómenos simbólicos forman parte de modo necesario del entramado del Derecho penal, de manera que es incorrecto el discurso del Derecho penal simbólico como fenómeno extraño al Derecho penal.

⁹¹ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En: “et al” Pena y Estado, Santiago, Conosur, 1995. p. 23.

⁹² *Ídem*. p. 23; “La prisión preventiva y la pena privativa de libertad, las penas de multa, la obligación de testificar: son todas ellas intervenciones más que puramente simbólicas en los derechos de las personas. Los inmensos costes en la administración de justicia, los cuales no son pagados solo por los contribuyentes sino que en ocasiones por la parte directamente implicada no tendría en un derecho penal gestionado de forma meramente simbólica ningún equivalente”.

⁹³ *Ibid*. p. 24.

En este sentido Hassemer señala “que las leyes, especialmente las penales, están vinculadas de una u otra forma a efectos simbólicos, no es en principio ningún reproche, sino que cuando menos, de acuerdo a la opinión contemporánea es una simple obviedad”⁹⁴. En efecto, “desde perspectivas muy distintas, desde la criminología crítica –y, en particular, desde el así llamado enfoque del labeling approach-, que pone el acento sobre las condiciones de la atribución social de la categoría de delito, hasta la teoría de la prevención general positiva, que entiende delito y pena como secuencia de tomas de posición comunicativa respecto de la norma: los elementos de interacción simbólica son la misma esencia del derecho penal”⁹⁵.

¿Qué es lo que quiere decirse, entonces, con la crítica al carácter simbólico, si toda la legislación penal necesariamente muestra características que cabe denominar simbólicas?

Para Hassemer el problema está en determinar el concepto de simbólico “quien utiliza este término para designar un rasgo del Derecho penal moderno, está utilizando un concepto más amplio, en cualquier caso distinto de aquellos que denuncian al Derecho penal o a parte de éste, como sólo simbólico. Por consiguiente debemos prestar atención al propio término de simbólico (...) El propio término no ha sido objeto de estudio por la doctrina; no he encontrado un concepto preciso y apto de simbólico o legislación simbólica”⁹⁶.

⁹⁴ *Ibid.* p. 25.

⁹⁵ CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo?. p. 8. V.a. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. p. 26. “En la literatura se puede encontrar ya una clasificación plausible de diversas formas simbólicas de derecho.

Leyes de declaración de valores (Ejemplo: aborto, entre la exigencia moral de la mujer a su determinación y descendencia por un lado y la confirmación de la prohibición de matar por otro lado);

Leyes con carácter de apelación (moral)(Ejemplo: Derecho penal del medio ambiente, con el objeto de dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes – StGB-);

Respuestas sustitutorias del legislador: leyes que sirven de coartada, leyes de crisis (Ejemplo: leyes en contra del terrorismo con el objeto de por lo menos tranquilizar el miedo y las protestas públicas);

Leyes de compromiso (Ejemplo: cláusulas penales generales, las que si bien son poco decisorias tienen un núcleo central para satisfacer la necesidad de actuar).

⁹⁶ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. p. 28.

En cuanto al contenido material del concepto Hassemer señala que hay un acuerdo en señalar que se trata de una oposición entre *realidad y apariencia*, entre *manifiesto y latente*, entre lo *verdaderamente querido y lo otramente aplicado*, y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales; así, simbólico se asocia con engaño, tanto en el sentido transitivo como reflexivo.

Sin embargo, para Hassemer, *“no es suficiente señalar que se trata efectivamente de una discrepancia (entre funciones manifiestas y latentes o entre efectividad y prestigio) ya que esta discrepancia es un rasgo característico de todo derecho penal moderno. El objeto debe ser determinado adicionalmente a través de alguna cualidad crítica, para que el Derecho penal sea visto como un fenómeno negativo o peligroso”*⁹⁷.

El rasgo simbólico característico del Derecho penal moderno queda demostrado con el siguiente ejemplo:

*“Incluso una norma tan concreta como la del homicidio (212 StGB), lleva consigo la esperanza preventiva de fortalecer el respeto a la vida humana; incluso una regla sospechosamente simbólica como la de genocidio (220 StGB), demuestra no sólo nuestra adhesión a la Convención de 1948 sobre la prevención y castigo del genocidio, sino que adopta un programa de ejecución de normas para casos concretos”*⁹⁸.

El carácter simbólico en un sentido crítico *“es entonces un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma. Con ello se entiende –como ya expresa la determinación del concepto- por funciones manifiestas llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la*

⁹⁷ *Ibid.* p. 29.

⁹⁸ *Ídem.* p. 29.

protección del bien jurídico previsto en la norma. Las funciones latentes a diferencia, son múltiples, se superponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una necesidad de actuar a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte. La previsibilidad de la aplicación de la norma se mide en la cantidad y cualidad de las condiciones objetivas, las que están a disposición de la realización objetiva instrumental de la norma. Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino engaño o apariencia. Los fines descritos en la regulación de la norma son –comparativamente- distintos a los que se esperaban de hecho; no se puede fiar uno de la norma tal y como se presenta. Finalmente en esta concreción de simbólico no se trata sólo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de la formulación y publicación de la norma: en algunas normas apenas se espera aplicación alguna”⁹⁹.

Para Cancio Meliá “lo que sucede es que en realidad, la denominación Derecho penal simbólico no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales caracterizadas por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la solución en términos instrumentales. Tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercado-técnicas de conservación del poder político, llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son satisfechas por las fuerzas políticas”¹⁰⁰.

En resumen, son precisas las palabras de Silva Sánchez al respecto; “en nuestro concreto ámbito, esta función simbólica o retórica de las normas penales se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución directa del problema jurídico-

⁹⁹ *Ibid.* p. 30.

¹⁰⁰ CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo?. p. 15.

penal (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.

Así, sería un proceder básicamente simbólico, y que en principio no garantizaría una mayor protección de los bienes jurídicos afectados, el trasladar al Código penal una norma ya existente en la legislación especial, sólo por el mayor efecto retórico que ello tiene. O la creación de nuevos tipos o el incremento de las penalidades existentes, cuando los anteriores son ya suficientes o, en todo caso, los nuevos no ofrecen perspectivas sustanciales de mejora”¹⁰¹.

Podemos señalar que los aspectos simbólicos o retóricos se dan prácticamente en todas las manifestaciones de la legislación penal. Lo problemático no es, pues, el elemento simbólico, sino su absolutización en disposiciones que, incapaces de cumplir directamente la declarada finalidad de protección de bienes jurídicos (función instrumental), se limitan a desplegar tal efecto que, por ello, resulta elevado a la categoría de función exclusiva.

Se ha denotado por algunos autores que un Derecho penal que en amplios sectores opera de modo básicamente simbólico pierde a la larga fiabilidad, no pudiendo cumplir sus funciones de protección de bienes jurídicos; es decir, la función meramente simbólica de algunos preceptos obstaculizaría la función instrumental general del Derecho penal.

El resurgir del punitivismo

Hemos caracterizado la actual política criminal por su fenómeno expansivo en contradicción a las propuestas doctrinarias que abogan por un derecho penal mínimo. Dentro de este fenómeno expansivo figuran manifestaciones como el Derecho penal simbólico que acabamos de ver, sin embargo, no es la única

¹⁰¹ SILVA SANCHEZ, Jesús. Aproximación al derecho penal contemporáneo. p. 305.

manifestación de la expansión del Derecho penal, sino que se ha mencionado como protagonista del fenómeno expansivo, también, al “*Resurgir del punitivismo*”.

De esta forma Cancio Meliá señala la relación entre el Derecho penal simbólico y el resurgir del punitivismo; *“reconducir los fenómenos de expansión que aquí interesan de modo global sólo a estos supuestos de promulgación de normas penales meramente simbólicas no atendería al verdadero alcance de la evolución. Pues el recurso al derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a nos ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización a la antigua usanza, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes”*¹⁰².

Se advierte la existencia en el debate político de un verdadero clima punitivista: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político criminal.

En relación al llamado clima punitivista Demetrio Crespo; *“El objetivo de esta contribución es simplemente mostrar el giro que se ha producido en el debate, hasta el punto de perder de vista el marco político-criminal reciente que había generado, con carácter general, en mi opinión, una evolución positiva en la humanización del Derecho penal. Dicho marco ha sido pulverizado, mediante su reducción a lo absurdo, por la vía de un recrudecimiento punitivo creciente, al calor de la demagogia política y el espectáculo mediático”*¹⁰³.

Se ha advertido que el reparto de roles en los actores políticos ha mutado desde la tradicional demanda de la izquierda política por la descriminalización, y su

¹⁰² CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo?. p. 10.

¹⁰³ DEMETRIO, Eduardo. Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. p. 1031

oposición por parte de la derecha, a un fenómeno que supera el tradicional “populismo”.

En este sentido Silva Sánchez señala *“la representación social del Derecho penal que subyace a la actual tendencia expansiva muestra, por el contrario, y como se verá, una rara unanimidad. La escisión social característica de los debates clásicos sobre el Derecho penal ha sido sustituida por una coincidencia general, o casi general, sobre las virtudes del Derecho penal como instrumento de protección de los ciudadanos”*¹⁰⁴.

Es así como el clima punitivista ha invadido en general todas las capas sociales, de manera que como se subraya anteriormente, hay un consenso político en torno a la legitimidad del derecho penal en cuanto instrumento de protección, de manera que se han superado los discursos tradicionales de la izquierda y la derecha política¹⁰⁵.

Cancio Meliá remarca la unanimidad social respecto de la idoneidad del Derecho penal como medio de control social. *“Respecto de la izquierda política resulta especialmente llamativo el cambio de actitud: de una línea -simplificando, claro está- que identificaba la criminalización de determinadas conductas como mecanismos de represión para el mantenimiento del sistema económico-político de dominación a una línea que descubre las pretensiones de neo-criminalización*

¹⁰⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. p. 23.

¹⁰⁵ Cfr. *Ibid.* p. 69. *“En efecto, lo propio del modelo preexistente (esto es, del debate en torno a la ideología de ley y orden) era que los partidos y grupos vulgarmente calificados como de derechas asumieran la tesis del incremento de la seguridad a través de una mayor presión punitiva, mientras que los partidos y organizaciones de izquierdas defendían aparentemente la postura contraria: la de la disminución de la presión punitiva. Así, el cambio fundamental se produce cuando la socialdemocracia europea pasa a asumir, en su totalidad, el discurso de la seguridad. (...) La idea rectora de la propuesta resulta bastante coherente con lo anterior: debe hacerse hincapié en la seguridad a través del Derecho penal, pues ésta favorece ante todo a los más débiles; ciertamente –se manifiesta-, mientras los ricos habitan en barrios tranquilos con seguridad privada, la delincuencia callejera amenaza sobre todo a la gente modesta que vive en los barrios más peligrosos. Esa idea de seguridad (lo que podríamos denominar la ideología de la ley y el orden en versión de izquierda) fue asumida en su día expresamente ante los medios de comunicación tanto por el entonces ministro del interior del gobierno socialista francés, Chevènement, como por el ministro de interior y justicia británico, el laborista Straw, quien, denunciando el relativismo moral y la cultura de la indulgencia, se declaraba, por ejemplo, partidario de la tolerancia cero frente a la delincuencia juvenil”.*

específicamente de izquierdas: delitos de discriminación, delitos en la que las víctimas son mujeres maltratadas, etc. Sin embargo, evidentemente, el cuadro estaría incompleto sin hacer referencia también en un cambio de actitud de la derecha política: en el contexto de la evolución de la posición de estas fuerzas, también en materia de política criminal, nadie quiere ser conservador, sino igual de progresista (o más) que todos los grupos. En este sentido, la derecha política –en particular, me refiero a la situación en España –ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos progresistas. Igual que la izquierda política ha aprendido lo rentable que puede resultar el discurso de law and order, antes monopolizado por la derecha política, ésta se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio, perteneciente a la izquierda –una situación que genera una escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario y en la que la demanda indiscriminada de mayores y más efectivas penas ya no es un tabú político para nadie¹⁰⁶.

SÍNTESIS

El Derecho penal del enemigo no constituye un fenómeno autónomo dentro del Sistema penal, está enraizado en fenómenos más amplios que le sirven de antecedente. A partir de esto, hemos analizado por un lado, y desde un punto de vista amplio, el cambio en la percepción social de la violencia como elemento fundamental para entender una sociedad cuya sensación de inseguridad constituye el motor de acción con que se va configurando en su autodeterminación y específicamente en la comprensión del fenómeno delictual. Por otro lado hemos abordado –ya desde una visión enfocada en el fenómeno penal como concepto restringido en tanto ciencia autónoma- la expansión del

¹⁰⁶ CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo? p. 11.

Derecho penal como fenómeno característico de la política criminal actual y su tensa relación con lo que se ha denominado el Derecho penal mínimo. A partir del análisis de este fenómeno hemos abordado sus dos expresiones más características, es decir, el Derecho penal simbólico y el resurgir del punitivismo. Es necesario señalar además que es lógico que en cuanto se ha analizado la percepción social de la violencia desde un punto de vista no exclusivamente como fenómeno penal, éste involucra una visión más amplia del asunto y así podemos decir que constituye una causa (no la única) de la expansión del Derecho penal¹⁰⁷. Por esto podemos señalar que expansión del Derecho penal (Derecho penal simbólico y resurgir del punitivismo) y el cambio social en la percepción de la violencia son elementos que deben ser tomados en cuenta como precedentes del Derecho penal del enemigo, en tanto este último no constituye un fenómeno espontáneo ni original, sino que responde a procesos más o menos acabados, pasando a ser una expresión más de la actual política criminal y de los cambios sociales referidos a la sensación, percepción e ideas en torno al fenómeno criminal (violencia).

“El derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado hecho, sino también (o sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la norma penal persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como otros no integrados en esa identidad. Y parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escalada, especialmente cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto el derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal, (...) lo que surge de su unión: el derecho penal del enemigo”¹⁰⁸

¹⁰⁷ No ahondamos en las causas de expansión del Derecho penal, pues no constituye el objeto principal de atención de este trabajo, sino que hemos abordado la expansión inevitablemente, pues constituye un antecedente insoslayable del Derecho penal del enemigo, ya que es la cualidad expansiva la que caracteriza el momento actual de la política criminal.

¹⁰⁸ CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo?. p. 16.

TERCERA PARTE

TRATAMIENTO PENAL DIFERENCIADO DEL ENEMIGO COMO CONSTANTE HISTÓRICA.

PROPOSICIÓN

El recorrido que hicimos anteriormente por la Historia de las ideas políticas, jurídicas y filosóficas nos deja en claro que los defensores actuales del llamado Derecho penal del enemigo disponen de un serio aval histórico-filosófico como garantía de su doctrina. Proponemos en este apartado observar cómo a través de la Historia las sociedades han visto o creído ver en su conformación la presencia de *enemigos*, con lo cual, consiguientemente, estos han sido objeto de un trato diferenciado como respuesta de una sociedad temerosa frente a su presencia. En otras palabras, el fenómeno del Derecho penal del enemigo no constituye una novedad, sino que más bien corresponde a una idea que se ha venido desarrollando desde larga data. *“El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad”*¹⁰⁹.

Nada es demasiado nuevo en el Derecho penal, de modo que la prehistoria de la legitimación discursiva del tratamiento penal diferenciado del *enemigo* puede hurgarse en la antigüedad y buscársela en Protágoras y en Platón. Sin embargo, queremos dejar en claro que sí hay algo que es novedoso de este fenómeno -

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Raúl. El enemigo en el derecho penal. p. 11.

Derecho penal del enemigo- al que ahora se refiere Jakobs, y que es una novedad esencial y es que este tipo de Derecho penal excepcional empieza a darse en los Estados Democráticos de Derecho, que acogen en sus constituciones y textos jurídicos fundamentales principios básicos del Derecho penal material del Estado de Derecho, como el de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y sobre todo los de carácter procesal penal. Las raíces de este fenómeno las encontramos en civilizaciones fundantes de lo que llamamos el mundo occidental, de manera que son para nosotros objeto de observación en la medida que encontramos en ellas uno de los primeros indicios en el trato diferente que se les da a ciertos sujetos que por reunir determinadas características parecieran ser despojados de los derechos que tendrían los sujetos *normales*.

La constatación de la existencia de este fenómeno no es únicamente una verificación de datos de hechos revelados por la Historia y la Sociología, sino también datos de Derecho, puesto que tanto las leyes como la doctrina jurídica legitiman este tratamiento diferenciado, de manera que no podemos obviarlo. En rigor, casi todo el Derecho penal del siglo XX, en la medida que en que teorizó admitiendo que algunos seres humanos son peligrosos y sólo por eso deben ser segregados o eliminados, los cosificó sin decirlo y con ello los dejó de considerar personas a partir de racionalizaciones. Sin embargo como señala Zaffaroni, *“no es necesario, pues, acudir a los siglos recientes para encontrar teorizado y legitimizado lo que siempre hizo el ejercicio del poder punitivo. Esto podría ser prueba de que el enemigo es una construcción tendencialmente estructural del discurso legitimante del poder punitivo”*¹¹⁰. Prueba de lo anterior es lo señalado por el historiador George Duby el cual hace un paralelo entre los miedos percibidos por las sociedades occidentales del siglo XI d.C y XXI d.C. refiriéndose a los extraños en el siglo XII señala; *“ya existe también el extraño absoluto. Es quien no pertenece a la comunidad cristiana, el pagano, el judío, el musulmán. A esos extranjeros o bien se les debe convertir o bien se los debe*

¹¹⁰ *Ibid.* p. 81.

destruir. Porque el reino de Dios debe implantarse sobre la Tierra, y no se establecerá mientras toda la Humanidad no se haya convertido al cristianismo. Eso decía San Luis, modelo de santidad. Y cuando le preguntaban ¿no podríamos discutir con los musulmanes, con los judíos?, respondía –Con esa gente sólo hay un argumento: la espada. ¡Hay que hundirles la espada en el vientre!”¹¹¹.

Ahora bien, la negación jurídica de la condición de persona al *enemigo* es una característica del trato penal diferenciado de éste, pero no es su esencia, o sea, que es una consecuencia de la individualización de un ser humano como *enemigo*, pero nada nos dice acerca de la individualización misma.

“Cuando se indaga acerca de esta esencia, conforme a la doctrina que más ha profundizado en el tema y que, por otra parte, lo ha tratado más descarnadamente –o sea, sin disimular la cuestión ni eludir el problema-, advertimos que el concepto tiene origen en el derecho romano y el autor que con mayor coherencia trabajó el tema en la teoría política fue Carl Schmitt quien, por otra parte, no hizo más que rescatar y precisar el tradicional concepto proveniente del derecho romano”¹¹².

En vista de lo anterior es que debemos hacernos cargo en el presente trabajo del desarrollo y profundización del concepto material de *enemigo* cuya raigambre se encuentra en el Derecho romano y del cual se ha servido Carl Schmitt, toda vez que, como hemos señalado, consiste en un fenómeno que tiene las características de constante histórica o por lo menos consiste en un fenómeno que no aparece en escena por primera vez como señala Muñoz Conde, “ *en todo caso, este planteamiento no es nada nuevo. También en el pasado se han dado fundamentaciones doctrinales similares y se han defendido la existencia de dos*

¹¹¹ DUBY, George. Año 1000, año 2000, la huella de nuestros miedos. Santiago, Andrés Bello, 1995. p. 63.

¹¹² ZAFFARONI, Raúl. El enemigo en el derecho penal. p. 21.

*derechos penales, sacando de ello determinadas consecuencias teóricas y prácticas*¹¹³.

Carl Schmitt, lo político y el enemigo.

Este teórico del Estado absoluto buscó definir qué es lo político, diferenciando dicho campo del mundo de lo *moral, estético* o *económico*. A través de dicha distinción se observa que dentro del dominio de dichas áreas siempre se encuentra un criterio u objeto respecto del cual es posible dirigir todas las acciones o motivos estéticos, morales o económicos, a saber *lo bello o feo, lo bueno y lo malo, lo rentable y lo no rentable*. Entonces, para poder tener un concepto autónomo de lo político es imprescindible fijar cuál es ese criterio u objeto para el accionar político. Aquí Schmitt propone el binomio amigo-enemigo, que constituye el concepto fundamental de nuestro estudio. Como señala Agamben, *“Von Justi al distinguir entre política (Politik) y policía (Polizei) asignaba a la primera una tarea puramente negativa, es decir, la lucha contra los* proposición de Schmitt relativo a la diferenciación como criterio de lo Político.

Schmitt señala; *“es raro encontrar una definición de lo político. En general, la palabra se utiliza sólo negativamente, en oposición a otros conceptos diversos, por ejemplo en antítesis como la política y la economía, política y moral, política y derecho, y a su vez dentro del derecho, entre derecho político y derecho civil etc. Es cierto que, dependiendo del contexto y situación concreta, este tipo de contraposiciones negativas, en general polémicas, pueden llegar a arrojar un sentido suficientemente claro. Pero esto no equivale todavía a una determinación de lo específico. Casi siempre lo político suele equipararse de un modo u otro a lo estatal, o al menos se lo suele referir al Estado. Con ello el Estado se muestra como algo Político, pero a su vez lo Político se muestra como*

¹¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. De Nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. p. 131.

*algo estatal y éste es un círculo vicioso que obviamente no puede satisfacer a nadie. Si se aspira obtener una determinación del concepto de lo Político, la única vía consiste en proceder a constatar y a poner de manifiesto cuáles son las categorías específicamente políticas. Pues lo político tiene sus propios criterios y estos operan de una manera muy peculiar en relación a los diversos dominios más o menos independientes del pensar y el hacer humanos, en particular por referencia a lo moral, lo estético y lo económico. Lo político tiene que hallarse en una serie de distinciones propias últimas a las cuales pueda reconducirse todo cuanto sea acción política en un sentido específico. Supongamos que en el dominio de lo moral la distinción dominio es la del bien y el mal; que en lo estético es la de lo bello y de lo feo; en lo económico lo económico y lo perjudicial, o más bien, lo rentable y lo no rentable. El problema es si existe alguna distinción específica, comparable a esas otras aunque, claro está, no de la misma o parecida naturaleza, independiente de ellas, autónoma y que se imponga por sí misma como criterio simple de lo político; y si existe ¿cuál es? Pues bien, la distinción política específica, a la cual pueden reconducirse todas aquellas acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo enemigo¹¹⁴. Para Schmitt, esto no constituye un concepto exhaustivo de lo político, pero posee importancia en la medida que corresponde a una determinación del concepto en relación a un criterio, el cual no se deriva de otros criterios. Corresponde a una distinción autónoma, no en el sentido de definir por sí misma un nuevo campo de la realidad, sino que en el sentido de que no se funda en una o varias de esas otras distinciones ni se la puede reconducir a ellas. Es decir, el enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo, no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener sus ventajas hacer negocios con él. Entonces la definición de enemigo corresponde a aquel que “*simplemente es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo. En el último extremo pueden producirse**

¹¹⁴ SCHMITT, Carl. El concepto de lo político. [en línea] <www.derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/herzog/Schmitt%20%20Concepto%20de%20lo%20pol%20adobe.pdf> , [consulta: 16 de Octubre 2008] p. 1-2

conflictos con el que no pueden resolverse ni desde alguna normativa general previa ni en virtud del juicio o sentencia de un tercero no afectado o imparcial”¹¹⁵.

Este concepto preciso de enemigo se remonta a la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*. El *inimicus* era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el *hostis*, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El *extranjero*, el *extraño*, el *enemigo*, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba fuera de la comunidad. Schmitt señala; *“enemigo no es cualquier competidor o adversario. Tampoco es el adversario privado, al que se detesta por cuestión de sentimientos o antipatía. Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone combativamente a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo público pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere eo ipso carácter público. Enemigo es en suma hostis, no inimicus en sentido amplio. La famosa frase evangélica, amad a vuestros enemigos (Mt 5,44; Lc. 6,27) es en original, diligite inimicus vestros, y no diligite hostes vestros; aquí no se habla de enemigo político”¹¹⁶.*

En definitiva, Schmitt establece como criterio exclusivo del dominio de lo político la distinción entre amigo-enemigo, criterio que desarrolla en base a los conceptos tomados de la tradición clásica occidental, es decir, del mundo greco-romano. En estos conceptos se debe distinguir entre el enemigo personal, o *inimicus*, y el *hostis* o enemigo público¹¹⁷, que es quien se corresponde con el *enemigo* que aquí se trata. Schmitt señala como característica inherente al Estado la competencia de declarar la guerra, y en consecuencia de disponer

¹¹⁵ *Ibid.* p. 2.

¹¹⁶ *Ibid.* p. 12.

¹¹⁷ v. *Ibid.* p. 4. Para ejemplificar mejor la importancia de la distinción en el campo de lo político Schmitt señala; *“en la pugna milenaria entre el Cristianismo y el Islam jamás se le ocurrió a cristiano alguno entregar Europa al Islam en vez de defenderla de él por amor a los sarracenos o a los turcos. A un enemigo en sentido político no hace falta odiarlo personalmente; sólo en la esfera de lo privado tiene algún sentido amar a su enemigo, esto es, a su adversario”.*

abiertamente de la vida de las personas. El *ius belli*, o derecho de declarar la guerra implica tal capacidad de disposición que apareja por un lado la posibilidad de requerir por una parte de los miembros del propio pueblo de la disponibilidad para matar y ser muertos, y por la otra de matar a las personas que se encuentran del lado de los *enemigos*. La aportación de un Estado normal consiste en producir dentro del Estado y su territorio una pacificación completa, es decir, procurar la paz seguridad y orden y crear así la situación que constituye el presupuesto necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia en general. *“Esta necesidad de pacificación dentro del Estado, tiene como consecuencia, en caso de situación crítica, que el Estado como unidad política, mientras exista como tal, está capacitado para determinar por sí mismo al enemigo interior. Tal es la razón por la que en todo Estado se da una forma u otra lo que en derecho público de las repúblicas griegas se conocía como declaración de hostis y en el romano como declaración de hostis: formas de proscripción, destierro, ostracismo, de poner fuera de la ley, en una palabra, de declarar a alguien como enemigo dentro del Estado; formas automáticas o de eficacia regulada judicialmente por leyes especiales, formas abiertas u ocultas en circunloquios oficiales. Pues, siguiendo una expresión de Lorenz Von Stein, en el Estado constitucional, la constitución es la expresión del orden social, la existencia misma de la sociedad ciudadana. En cuanto es atacada, la lucha ha de decidirse fuera de la constitución y el derecho, en consecuencia por la fuerza de las armas”*¹¹⁸.

Vemos en Schmitt al autor que desarrolló más profundamente el concepto de *enemigo*, de tal manera que lo sitúa en el eje de lo político haciendo mención expresa a que el término ha sido desarrollado por los griegos y los romanos de manera que estos ya habían distinguido entre el *enemigo personal* y el *enemigo público*. El *enemigo público* es el que aquí nos convoca, y por esto su estudio no se puede agotar en la proposición de Schmitt, sino que debemos retroceder aún

¹¹⁸. *Ídem*. p. 4.

más para buscar sus orígenes, específicamente en el trato que a los *enemigos* daban los romanos.

El hostis

Hemos señalado anteriormente la distinción entre *inimicus* o enemigo personal y *el hostis* o enemigo público. Pues bien, “*la palabra hostis, proviene de la raíz sánscrita ghas-, que alude a comer, lo que explica su origen común con hostería. Hostire también significa matar y hostia tiene el sentido de víctima. La pena máxima en muchas sociedades era la expulsión de la comunidad, el exilio, la pérdida de la paz (die Friedlosigkeit) justamente porque dejaba al sujeto en la situación de extranjero, extraño, enemigo, privado de todo derecho*”¹¹⁹.

Del derecho romano surgieron los ejes troncales que habrían de servir de posteriores soportes a todas las subclasificaciones del *hostis* tomadas en cuenta para el ejercicio diferencial del poder punitivo y racionalizadas por la doctrina penal. Estas categorías corresponden a las dos originarias del derecho romano; la de *hostis alienigena* –al que en escasa pero alguna medida protegía el *ius Gentium*- y la del *hostis iudicatum*, o sea el declarado hostis, en función de la *auctoritas* del Senado, que era un poder excepcional.

Agamben señala al respecto; “*en situaciones excepcionales en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, el Senado podía declararlo hostis, enemigo público*”¹²⁰.

“*El extranjero (hostis alienigena) es el núcleo troncal que abarcará a todos los molestos al poder, por insubordinados, indisciplinados o simples extranjeros. Así, como extraños, resultan desconocidos, y se sabe, lo desconocido inspira*

¹¹⁹ ZAFFARONI, Raúl. El enemigo en el derecho penal. p. 22.

¹²⁰ AGAMBEN, Giorgio. Estado de excepción. Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2004. p. 146.

desconfianza y por consiguiente resulta sospechoso por potencialmente peligroso. Al extranjero no se lo comprende porque es imposible comunicarse con él, dado que habla una lengua ininteligible: no hay comunicación posible con el hostis. Para los romanos todos los extranjeros eran barbari, palabra tomada del griego βαρβαρος, que indica al no griego de lengua incomprensible y proviene de la raíz sánscrita baba-, cercana a balbuceo, parloteo.

En las ulteriores clasificaciones de esta categoría general, se incluye al hostis extranjero que es explotado, desde el prisionero esclavizado de la antigüedad hasta el inmigrante actual. Si bien las condiciones jurídicas han variado sustancialmente, siempre se trata de un extranjero vencido al que trae la necesidad (sea bélica o económica) y que por tanto debe ser vigilado, porque como todo prisionero, tratará en cuanto pueda y a como diese lugar, de sustraerse a su condición subordinada.

El enemigo declarado (hostis iudicatus) configura el núcleo del tronco de los disidentes o enemigos abiertos del poder de turno, del que participarán los enemigos políticos puros de todos los tiempos. Se trata de enemigos declarados, no porque declaren o manifiesten su enemistad sino porque el poder los declara como tales: no se declaran a sí mismos sino que son declarados por el poder. La institución del hostis iudicatus romano cumplía la función de dejar al ciudadano en condición semejante a la del esclavo para hacerle aplicables las penas que estaban vedadas para los ciudadanos. La sustracción a la condena judicial mediante la expatriación, también hacía cesar automáticamente la condición de ciudadano”¹²¹.

Hemos arribado a los orígenes del concepto *enemigo*, de manera que ya no lo observamos como un concepto aparecido, sino que el fenómeno adquiere ribetes de institución o *constante histórica*, no es una aparición que pueda ubicarse después de los acontecimientos del 11 de Septiembre de 2001, ni tampoco constituye un fenómeno cuyo sustento ideológico pueda encontrarse

¹²¹ ZAFFARONI, Raúl. El enemigo en el derecho penal. p. 23.

solamente en la proposición de Jakobs, sino que como hemos revisado aparece fundado por teóricos políticos desde Protágoras pasando por Hobbes, Rousseau, Kant, Fichte hasta Jakobs. Debido a esta continuidad podemos relacionar al actual *enemigo* que propone Jakobs con el *enemigo político puro* de todos los tiempos al que se refiere Carl Schmitt. El *hostis judicatus* que hemos visto en el Derecho romano, en tanto enemigo público despojado de todos sus derechos como persona constituye lo que hoy en día conocemos como *enemigo* del orden jurídico, que no presta la seguridad cognitiva de que guiará su conducta conforme a la norma cuya desviación significa la negación de los valores considerados como esenciales por la sociedad, es decir, no participa del orden social o contrato social –para los contractualistas-, pues se muestra como contrario o ajeno a éste, y en tanto extraño o disidente se le despersonaliza no ya para dejarlo al nivel de esclavo sino que peor aún –pues la esclavitud ha sido condenada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos- los sujetos han sido cosificados, despojados de todo derecho en tanto *cosas, focos de peligro*.

El *hostis, enemigo* o *extraño* no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídico penal, la cual pocas veces lo reconoció y las más de las veces lo trató solapadamente. Se trata de un concepto que en versión original o matizada, a cara descubierta o con mil máscaras, a partir de Roma, atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad no sólo en el pensamiento de juristas sino también en el de alguno de sus más destacados filósofos y teóricos políticos, recibiendo especial y hasta regocijada bienvenida en el Derecho penal¹²².

Además, la historia demuestra que el concepto ha recaído sobre estereotipos muy diferentes, algunos inimaginables hoy¹²³ –según la emergencia o peligro

¹²² *Ibid.* p 23

¹²³ En relación a los estereotipos de enemigos, Zaffaroni observa desde los leprosos hasta las mujeres. v. ZAFFARONI, Raúl. El enemigo en el derecho penal. p. 23. “*Satán cubría toda la figura de la enemistad, pero el poder punitivo real recaía sobre sus cómplices necesarias, o sea, las mujeres. Ellas fueron las mayores enemigas teorizadas por el derecho penal de los primeros siglos del renacimiento del poder punitivo. Su enemistad era absoluta porque celebraban pactos con el peor enemigo y porque éste no podía hacer el mal sin su concurso. Su pecado era peor*”

invocado- dando lugar a una notable heterogeneidad que es prueba de que la calidad de *extraño* o *enemigo* se repartió con notable arbitrariedad a lo largo de los siglos que lleva el *poder punitivo*. Consiguientemente, la historia del ejercicio real del poder punitivo demuestra que quienes ejercieron el poder fueron los que siempre individualizaron al *enemigo*¹²⁴, haciéndolo como mejor convino o fue funcional –o creyeron que lo era- a sus intereses en cada caso, y los que aplicaron esa etiqueta a quienes los enfrentaban o molestaban, real, imaginaria o potencialmente.

*“En efecto, la experiencia histórica demuestra con demasiada y clara contundencia cómo los regímenes políticos totalitarios (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan precisamente como enemigos a los disidentes y a los discrepantes”*¹²⁵.

Así, el uso que se ha hecho de este tratamiento diferenciado dependió siempre de las circunstancias políticas o económicas concretas, pero los ejes troncales que se desprenden de la primitiva concepción romana del *hostis* son perfectamente reconocibles a lo largo de toda la historia real del ejercicio del poder punitivo en el mundo. Hasta hoy subsisten las versiones del *hostis alienigena* y el *hostis iudicatus*. Piénsese por ejemplo en el trato que se da a los delincuentes habituales, como sujetos respecto de los cuales se les imponen penas privativas de libertad tendientes a satisfacer principios preventivos, pero que por otro lado constituye solamente una medida de seguridad, tendiente a su inocuización en tanto el sujeto es determinado como *objeto peligroso* más que sujeto con derechos. Por otro lado, la figura del terrorista, del perteneciente al

que el original, porque Adán y Eva habían caído en la tentación, pero no habían celebrado un pacto con el maligno”.

¹²⁴ No pretendemos abordar en este trabajo todas las etapas históricas respecto de las cuales el poder punitivo observó diferentes enemigos, sino que a través de la constatación de que en tiempos de la época clásica ya se presentaba la institución del enemigo en el Derecho trazamos una línea de continuidad hasta nuestros días. Advertimos que en el trabajo de Zafaronni se distinguen las diversas manifestaciones de la selección que ha hecho el poder punitivo respecto de los enemigos, desde la revolución mercantil hasta el llamado *autoritarismo cool*. si se quiere ahondar más en el tema v. ZAFARONNI, Raúl. El enemigo en el derecho penal. Capítulo II, el enemigo en el ejercicio real del poder punitivo..

¹²⁵ GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 4.

crimen organizado, del inmigrante o narcotraficante, que han sido catalogados como *enemigos públicos* respecto de los cuales se produce un recorte tanto de los derechos sustantivos como adjetivos, lo que conlleva a que sean despojados de gran parte del catálogo de derechos que se les reconoce en tanto personas, producto de lo cual pueden ser aislados, desterrados, combatidos, reprimidos, despersonalizados, por consiguiente *cosificados* (claro ejemplo de esto es la base militar que mantiene Estados Unidos en Guantánamo, Cuba). Es posible verificar que siempre se reprimió y controló de modo diferente a los iguales y a los *extraños*, a los *amigos* y a los *enemigos*. La discriminación en el ejercicio del poder punitivo es una constante derivada de su selectividad estructural.

CAPÍTULO II

Consideraciones críticas

APROXIMACIÓN

En la primera parte hemos abordado el problema del Derecho penal del enemigo desde un punto de vista puramente descriptivo, a saber ; observamos la obra de Gunther Jakobs de manera que esta fuese comprendida a partir de las ideas del propio autor tomando conceptos e ideas de los teóricos políticos que lo anteceden así como de conceptos y visiones de la sociedad de Luhmann y su teoría de los sistemas. De esta forma, se nos facilita comprender cuál es en verdad el espíritu de la proposición y cuáles son sus antecedentes e ideas que lo fundan. Luego, situamos la obra en su contexto histórico y la ubicamos dentro de la situación actual por la que atraviesa el Derecho penal, específicamente la política criminal de los últimos tiempos, de esta forma quisimos dejar de manifiesto que no se trata de un fenómeno aislado del Derecho penal, sino que mas bien, se encuentra incluido en un fenómeno mucho más general que ha sido llamado el fenómeno de la expansión del Derecho penal. Finalmente, a modo de proposición de este trabajo, se planteó la idea de que el concepto de *enemigo* tiene raigambre en la tradición política occidental. Ya en tiempos de los romanos se manejaban los conceptos actuales referidos a 2 tipos de individuos, los *normales* o *amigos*, y los *anormales* o *enemigos*.

Ahora bien, no podemos tener una visión total del asunto en cuestión sin someter a crítica la postura en estudio. Es decir, constituyendo el objeto principal de este trabajo tener una visión amplia y total del Derecho penal del enemigo de manera que se comprenda en su total magnitud, no podemos soslayar las críticas que se han hecho a esta idea doctrinaria, pues no se puede aprehender la dimensión del asunto dejando a un lado las posturas disidentes o contrarias manifestadas tanto a nivel doctrinario como en sedes judiciales. Como se verá en las páginas que siguen, no se trata de una cuestión pacífica, sino que se ha debatido arduamente respecto de las bases que dicha teoría tiene y más especialmente respecto de las consecuencias que dicha postura trae consigo a

la luz de los principios del Estado democrático de derecho. En la doctrina, este Derecho penal del enemigo ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal. No obstante, parece reconocerse por todos la existencia real de un corpus legal de enemigos en el derecho penal y procesal penal de la actualidad que, obviamente, es objeto de crítica y de rechazo por la doctrina mayoritaria contraria al discurso doctrinal del Derecho penal del enemigo.

La descripción del Derecho penal del enemigo no nos ha proporcionado una idea de las consecuencias que trae consigo, pues como hemos visto, tiene sus antecedentes en la teoría política desarrollada no precisamente durante la existencia de Estados Democráticos de Derecho. Por tanto, no es posible tomar como único referente la postura de Jakobs, sino que es necesario para aterrizarla en la situación actual observarla desde la vereda de enfrente, la cual coteja dicha postura desde una perspectiva democrática.

En el presente apartado nos haremos cargo del Derecho penal del enemigo en el Estado democrático de Derecho, lo someteremos a análisis y crítica a la luz de los principios de esta forma de Estado, pues como hemos señalado, si bien el fenómeno no es en nada nuevo, en tanto se han evidenciado ejemplos de un Derecho Penal excepcional, especialmente durante períodos de graves crisis económica, política y social, en situaciones de guerra o posguerra, y de un modo generalizado en los regímenes totalitarios de Hitler, Mussolini, Stalin o Franco; y en las dictaduras del Cono Sur americano, durante los 70 y parte de los 80 del pasado siglo, el fenómeno sí es novedoso en el Estado social y democrático de Derecho como contrapartida a los Estados absolutos donde se manifestó este *otro Derecho penal*.

La disidencia ante el discurso doctrinario en cuestión se presentará a partir de dos caminos distintos para el cuestionamiento de la proposición de Jakobs, en una primera parte veremos la *disidencia medular*, y que dice relación con un Derecho penal del enemigo observado desde las consecuencias que apareja

respecto de los fines de la pena y en segundo lugar la *disidencia en la construcción*, que se relaciona con la crítica dirigida a los postulados teórico políticos y ius filosóficos del Derecho penal del enemigo. Ambas, arriban a la misma idea. Sin embargo, antes de este análisis es necesario presentar las características del Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho.

PRIMERA PARTE

DERECHO PENAL Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Antes de pasar a las críticas que apuntan al fondo del asunto, queremos señalar lo siguiente; el Derecho penal del enemigo suscita ya en cuanto se pronuncia determinados prejuicios motivados por la indudable carga ideológica y emocional del término *enemigo*. *“Este término, al menos bajo el prisma de determinadas concepciones del mundo (democráticas y sobre todo progresistas), induce ya desde el principio a un rechazo emocional del pretendido Derecho penal del enemigo. Al respecto sobran las palabras cuando se piensa, por ejemplo, en el Proyecto de ley nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad, o en la denominada expresamente Ley de represión de la masonería y el comunismo, de 29 de Marzo de 1941, promulgada en España por la dictadura fascista de Franco. A la vista de estas reales experiencias, pues, no debe parecer nada extraño que la carga emocional que conlleva la etiqueta de enemigo predisponga ya a un rechazo de un Derecho penal del enemigo en sociedades que, como es el caso de las actuales sociedades occidentales, se configuran, al menos en un sentido formal, como democráticamente estructuradas y que están vertebradas por los valores de la libertad, de la tolerancia y de la igualdad”*¹²⁶.

El término *enemigo* en sí provoca recelo y resquemores en las sociedades del mundo occidental, ya por la experiencia histórica que ha develado que la sindicación de tal concepto respecto de determinados sujetos apareja un tratamiento cruel e inhumano, respecto de lo cual, las sociedades occidentales lo han pretendido superar por lo menos en términos formales. Los antecedentes del pasado, tales como conflictos armados, revueltas, revoluciones sanguinarias,

¹²⁶ *Idem*. p. 4.

guerras civiles e internacionales, y el uso de la fuerza como solución de conflicto -como correlato de la polarización de las sociedades en dos bandos-, *amigos* y *enemigos*, parecieran ser términos o fenómenos que se rechazan actualmente. Demostración de lo anterior corresponde a los largos catálogos suscritos por los Estados modernos en materia de Derechos Humanos y en materia específicamente del derecho de guerra o *ius ad bellum* y el derecho en la guerra o *ius in bellum*, desarrollados especialmente en la Convención de Ginebra. Por lo tanto, la utilización del término *enemigo* no supera en un primer momento la reacción de oposición a lo menos –o de manera más intensa si se quiere, para no sustraer tal reacción sólo al mundo del Derecho- de los operadores del derecho, en tanto que el proceso de desarrollo de los Derechos Humanos se ve claramente en situación de retroceso ante el discurso jurídico del Derecho penal del enemigo.

Hemos fijado las críticas al discurso del Derecho penal del enemigo, a partir del Estado social y democrático de Derecho, que corresponde al tipo de Estado que se presenta en la mayoría de las sociedades occidentales. Es a partir de este modelo de Estado que los autores fundan su disidencia respecto del tema, específicamente a partir de la diferenciación entre lo que constituye un Estado absoluto y un Estado de Derecho.

Para lograr entrar de lleno en lo referido a las posturas que se apartan del Derecho penal del enemigo, observaremos brevemente qué es lo que contiene materialmente el término Estado social y democrático de Derecho. Entendemos que resulta necesario asimilar la significancia de tal fórmula en la medida que las respuestas doctrinarias a la proposición objeto de nuestro estudio se asientan, como hemos señalado en el concepto que entramos brevemente a detallar.

Estado social y democrático de Derecho

No nos detendremos mayormente en lo relativo a la Teoría de Estado, sino que analizaremos someramente los conceptos que se refunden en la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho, pues como señala Kelsen refiriéndose a lo dificultoso que resulta determinar el contenido de la palabra Estado “(...) *el nombre substantivo de una ciencia es siempre una palabra a la que previamente se ha extraído todo contenido propio; un substantivo resulta tanto más aprovechable en cuanto más vacío es. Si la situación de la Teoría Estado dista mucho de ser satisfactoria, débese sin duda, entre otras razones, a la multiplicidad de significaciones que ofrece dicho substantivo*”¹²⁷. Es por lo antedicho y ya que el objeto que nos convoca es otro distinto a la Teoría de Estado, que no nos detendremos mayormente en analizar las distintas teorías respecto del Estado, sino que más bien entraremos a caracterizarlo respecto de las cualidades que se le sindicán como generales por parte de la doctrina y han sido aceptadas para el Estado contemporáneo.

Es necesario desentrañar el sentido general de la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho. Con esto se apunta a una concepción sintética del Estado, producto de los principios propios del Estado liberal y del Estado social. Por el hecho de ser un compendio de conceptos, la imagen resultante del Estado supone la superación de las concepciones básicas respecto de cada uno de los elementos que lo componen aisladamente, lo que permite añadir una tercera característica: democracia. “ *La importancia respectiva que se atribuya a cada una de las tres componentes examinadas dependerá en forma notable de la concreta visión política de que se parta. (...) sin embargo, sólo importa destacar*

¹²⁷ KELSEN, Hans. Teoría general del Estado. Editorial Nacional. México, Nacional, 1965. p 3

el punto de acuerdo en que deben convergir las posibles interpretaciones del Estado social y democrático de Derecho; es éste un modelo de Estado que pretende aunar, superándolos, los modelos de Estado liberal y Estado social”¹²⁸.

Del Estado liberal se adopta la idea de Estado de Derecho, es decir, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general expresada por los representantes del pueblo en el cual radica la soberanía nacional, en contraposición al Estado absoluto, en el que el Derecho se halla en manos de uno o varios hombres. Así, el Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad.

El Estado social, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado, el Estado social se levanta como motor activo de la vida social. Así, si el Estado liberal pretendía reducirse a asegurar las garantías jurídicas y, por tanto, meramente formales, el Estado social se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. De esta manera del Estado-árbitro imparcial, del Estado-guardián preocupado ante todo por no interferir en el juego social, se pasa progresivamente al Estado intervencionista.

Estas dos clases de Estados son determinantes dentro del desarrollo de los Derechos Humanos en su devenir histórico hasta nuestros días; *“así en un primer momento los Derechos Humanos aparecen como simples limitaciones al poder de la autoridad pública, y se traducen, por lo mismo, en el compromiso de ésta en orden a no interferir en ciertos y determinados ámbitos de la vida y actividad de cada individuo, o a hacerlo sólo bajo determinadas condiciones. Se trata de la primera generación de Derechos Humanos, la de los llamados derechos civiles, o derechos de autonomía (...). Se comprenderá entonces la importancia de esta primera generación de Derechos Humanos, llamada también*

¹²⁸ MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. Barcelona, Ariel, 1994. p 31

*de derechos personales, en virtud de la cual, sin embargo, el Estado asume únicamente obligaciones de carácter pasivo, esto es, de no interferencia ilegítima, en la vida y propiedad de las personas*¹²⁹.

Luego, no basta con la no intervención del poder o del Estado en la vida de los individuos, sino que éstos aspiran a participar en los procesos de poder, es decir, aspiran al poder. *“En este segundo momento de la historia los Derechos Humanos se configuran no ya como meros límites al poder, sino como participación de los ciudadanos en el poder político, esto es, en la discusión y adopción de las decisiones colectivas o de gobierno. Como se ve, con esta segunda generación de derechos, la de los llamados derechos políticos, como derechos de participación, no se trata ya sólo de limitar el poder, sino de participar en la gestación y ejercicio del poder político dentro de la sociedad. Surgen así los derechos políticos, en particular el de sufragio y el de elegir y ser elegido para cargos de representación popular*¹³⁰.

Sin embargo, a partir de la noción de Estado social, no basta ya con la no intervención ilegítima del Estado en la vida o propiedad de las personas, ni con la posibilidad de participación de los individuos en los procesos de gestación del poder político, sino que se exige, a partir de esta concepción, la actividad protagonista del Estado para otorgar unas condiciones de vida adecuadas a sus miembros. *“En un tercer momento del proceso de expansión de los Derechos Humanos surge luego una nueva categoría o generación de derechos, la de los derechos económicos, sociales y culturales, o derechos de promoción, que son unos derechos que no aspiran a limitar el poder o a participar de éste, sino a demandar de quienes ejercen el poder un compromiso activo a favor de aceptables condiciones materiales de vida para todas las personas. En el caso de esta tercera generación, se trata, por lo mismo, de derechos que se fundan en el valor de la igualdad y no en el de la libertad, como acontece con las dos primeras generaciones. En consecuencia, los derechos económicos, sociales y*

¹²⁹ SQUELLA, Agustín. Introducción al Derecho. Santiago, Jurídica, 2000. p 196.

¹³⁰ *Ídem*. p. 196

culturales no representan límites a la acción del Estado –como ocurre con los derechos de la primera generación-, ni encarnan tampoco la aspiración a participar en el poder -como acontece con los de la segunda-, sino que representan la adopción de unos fines orientadores de la acción del Estado y suponen una cierta intervención de éste en la vida social y económica de la sociedad”¹³¹.

Históricamente, el Estado liberal y el social se hallan en la relación dialéctica de tesis y antítesis. La situación paulatina del Estado liberal por el intervencionista representó una progresiva relajación y un distanciamiento de las garantías liberales, que acaban viéndose como prejuicios burgueses puramente formales, frente a los cuales no tiene por qué retroceder la acción del Estado. Es evidente entonces, que la incorporación al catálogo de los Derechos Humanos de los derechos *económicos, sociales y culturales*, basados en el valor de la igualdad, introduce una cierta tensión con los derechos de la primera generación, basados en el valor de la libertad, una tensión que es el reflejo de la que existe entre esos dos mismos valores. *“El compromiso del Estado con un tipo de sociedad más igualitaria desde el punto de vista de las condiciones materiales de vida de las personas, asumido en nombre de los derechos económicos, sociales y culturales, puede llegar a transformarse en una amenaza para las libertades individuales que garantizan los derechos de la primera generación. Por otra parte. El compromiso del Estado con las libertades, asumido en nombre de los Derechos Humanos de primera generación, puede llegar a transformarse en una renuncia a la realización más efectiva de los derechos de tercera generación”¹³².* Para Mir Puig esta situación no quiere decir que liberalismo y socialismo no puedan convergir en una síntesis. *“El Estado intervencionista no implica necesariamente una concepción autoritaria. Lo único esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas de cada uno de los ciudadanos. Siendo así, no resultará contradictorio con ese Estado social el imponerle los límites propios del Estado de Derecho, igualmente*

¹³¹ *Ídem*. p. 196

¹³² *Ibid*. p. 198

al servicio del ciudadano, los cuales podrán impedir que se desarrolle la tendencia del Estado social a un intervencionismo autoritario que dejaría de servir a los intereses –también reales- del particular”¹³³.

En resumen, el liberalismo se inspiró sobre todo en el ideal de la libertad. Sin embargo, no se puede ocultar, por ejemplo, que la libertad de iniciativa económica puede llegar a producir grandes e injustas desigualdades no sólo entre hombre y hombre, sino también entre un Estado y otro. Por su lado, el socialismo, que se inspiró en el ideal de la igualdad produjo inaceptables limitaciones al ejercicio de la libertad de las personas. En consecuencia, si se acepta que libertad e igualdad son dos valores que están en la raíz de los Derechos humanos, es preciso cuidar que la primera no se sacrifique en nombre de la segunda y viceversa.

Ahora bien, falta precisar el tercer elemento; la democracia.

En relación al elemento democracia Mir Puig señala; “ *la fórmula Estado social y democrático de Derecho supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social –a la que no se quiere renunciar- a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material a la democracia real. Se pretende por esta vía, acoger una modalidad de Estado social –esto es, que tome partido efectivo en la vida social- al servicio de todos los ciudadanos. En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático de Derecho. El carácter democrático de ese Estado aparece vinculado, pues, a la síntesis del Estado social y del de Derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad real –oponiéndose a que el Estado social dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos –como formal- cerrando el paso a la posibilidad de un Estado de Derecho no controlado por todo el pueblo- para los ciudadanos”¹³⁴.*

¹³³ MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. p. 33

¹³⁴ *Idem*. p. 33

Hemos analizado los alcances del término Estado social y democrático de Derecho, a partir de los conceptos de Estado liberal y social. Señalamos, además, que el concepto Estado de Derecho ha sido aunado por el pensamiento liberal y que a partir de esta concepción sintética de Estado es posible añadir el elemento democracia. Así, hemos dado el primer paso para lograr entrar ahora en la relación entre función de la pena y el tipo de Estado, o más bien dicho, entre la pena y el Derecho penal liberal, intervencionista y democrático. Cada uno de los modelos de Estado que hemos analizado han supuesto una especial fundamentación del Derecho penal y, como consecuencia, determinadas posibilidades de concebir la función de la pena –lo que es confirmación de que la función de la pena depende de la función que se atribuye al Estado-.

Nos remitiremos a señalar las distintas fundamentaciones de la pena en relación con los modelos de Estado, para poder entender entonces la función que se le atribuye a la pena en el Estado Social y democrático de Derecho.

La función de la pena en el Derecho penal liberal

Bajo la vigencia del Derecho penal liberal se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido.

Fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes quizás de manera más pura y extrema defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia. Ambos pensadores limitan la función de la pena a la más pura realización de la justicia en base a su concepción liberal del mundo. La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría absoluta porque para ella el fin de la pena es independiente, desvinculado de su

efecto social (lat. Absolutus, desvinculado)¹³⁵. La retribución compensatoria ya es conocida desde la antigüedad, en tanto que la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión; ojo por ojo, diente por diente.

Para Kant la pena no podía servir a la protección de la sociedad ni, por tanto, a la prevención de delitos, porque ello supondría que se castiga al delincuente en beneficio de la sociedad, lo que encerraría una instrumentalización inadmisibles del individuo, concebido como un fin en sí mismo; y que según Hegel sólo la pena justa trata al hombre como un ser racional y no como el palo al animal, hasta el punto de que aquella pena se convierte en un derecho para el delincuente¹³⁶.

La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a designar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de delitos, cuya esencia se veía, en un principio en constituir un daño social.

La discrepancia existente entre las dos direcciones liberales señaladas –la prevencionista y la retributiva- respondía a una distinta concepción del hombre, al que (según ambas, en cuanto liberales) debía servir el Derecho. Mientras los utilitaristas pensaban en el hombre empírico, el idealismo alemán giraba en torno a un hombre ideal. De ahí que, mientras los primeros exigían de la pena que protegiese a los ciudadanos en sus bienes reales, los filósofos alemanes se preocupaban de que sirviera de testimonio y confirmación de los valores ideales del hombre-razón (desde su dignidad como ser racional autónomo, hasta la exigencia de justicia, también derivada de la razón humana)¹³⁷.

¹³⁵ ROXIN, Claus. Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Madrid, Civitas, 1997. p. 82.

¹³⁶ MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. p. 35

¹³⁷ *Ídem*. p. 35.

La función de la pena en el Derecho penal intervencionista

Si el Derecho penal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese en función del hombre empírico o del hombre ideal, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención¹³⁸. *“También esta posición se remonta a los orígenes del pensamiento penal. Ya en Séneca (65 d.C), evocando la idea de Protágoras (aprox. 485-415 a.C) que fue transmitida por Platón (427-347 a.C) se encuentra la formulación clásica de todas las teorías preventivas: “Nam, ut Plato ait: Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...” (“Pues, como dice Platón: Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino que para que no se peque...”)*¹³⁹.

“El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en materia penal atribuyendo a la pena el cometido de lucha contra el delito, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social. No se trataba sólo de realizar una justicia ideal exigida por la razón, sino de combatir eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX, en especial como consecuencia de las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a la nueva situación que

¹³⁸ v. ROXIN, Claus. Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. p. 85 y ss. *“La posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuentra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se habla pues, según esta interpretación, de la prevención especial como fin de la pena. (...) la tercera de las teorías penales tradicionales no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También se trata aquí de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello, preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general.*

¹³⁹ *Ídem.* p. 85.

*determinaron el capitalismo, el maquinismo industrial y la aparición del proletariado*¹⁴⁰.

De esta manera, el Estado pasó a ocupar un rol preponderante en la evitación de la criminalidad de manera tal, que se le exige por parte de los miembros de la sociedad una actitud activa en tanto principal actor de la lucha contra los delitos.

Pues bien, *“la prevención a diferencia de la retribución se trata de una teoría relativa, pues se refiere al fin de prevención de delitos (relativo viene del lat. Referre, referirse a)”*¹⁴¹.

La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho

Se ha señalado que el principio intervencionista del Estado social, puede conducir a un Derecho penal más preocupado por la eficacia de sí mismo que por servir a todos los ciudadanos, de manera que la pena se convirtió muchas veces en un arma del Estado esgrimida en contra de la sociedad, trocándose la eficacia de la pena en terror penal. Es el peligro que encierra un Derecho penal concebido para ser eficaz, es decir, pensado sólo en la medida que se prevengan delitos. Es por tal razón que la pena preventiva debe someterse a un control riguroso. Aquí encontramos el papel que juega un Estado democrático, el cual debe velar por evitar que el Estado se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo. Es decir, el ejercicio del *ius puniendi* ejercido en un Estado democrático, no

¹⁴⁰ MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. p. 36.

¹⁴¹ ROXIN, Claus. Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. p. 85.

puede pasar por alto las garantías propias del Estado de Derecho, o sea, aquellas que se desprenden del principio de legalidad.

La fórmula que nos propone Mir Puig es la siguiente ; “ *el Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos –bienes no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales-, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático). Un tal Derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad*”¹⁴².

Entonces, en el Estado social y democrático de Derecho se exige por parte del Estado la prevención de delitos con arreglo a ciertos principios que se desprenden del Estado de Derecho, de manera que en la medida que queda sujeto a éstos y a su carácter democrático se evita que el Estado sea un fin en sí mismo, por sobre los intereses de los miembros de la comunidad social, lo que constituye un Estado totalitario.

El carácter democrático del Estado otorga características primordiales que nos permitirán entender las críticas que se le formulan al discurso de Jakobs, de manera que nos parece que el fondo del asunto está determinado por las características propias de los Estados modernos occidentales.

Señala Mir Puig; “*quiero subrayar que un Estado democrático ha de apoyar su Derecho penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las*

¹⁴² MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. p. 39.

valoraciones de la sociedad. La fuerza de convicción de un Derecho penal democrático se basa en el hecho que sólo se usa de la intimidación de la pena en la medida en que con ella afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las minorías. Un derecho penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo. Dos son, pues, los aspectos que debe adoptar la prevención general en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho: junto al aspecto de prevención intimidatoria (también llamada prevención especial o negativa), debe concurrir el aspecto de una prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general o positiva)”¹⁴³.

Se trata entonces de evitar la pura intimidación estatal que crea posible prescindir de toda consideración de consenso social. Este objetivo se conseguirá siempre cuando la intimidación penal se ejerza dentro de los límites señalados a un Estado social y democrático de Derecho (exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad, etc.), y entonces la prevención general se presentará necesariamente como correcta intimidación estabilizadora. No se debe olvidar que si la intimidación penal no respetase dichos límites políticos podría llevar al terror penal como ha sucedido en los Estados absolutos.

Ahora bien, el planteamiento democrático no sólo debe servir a la mayoría, sino también debe respetar y atender a toda minoría y todo ciudadano, en la medida que ello sea compatible con la paz social. *“Desde esta perspectiva el Derecho penal no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal. Lo primero impide la imposición de penas incompatibles con la sensibilidad de nuestro momento histórico: torturas, muerte (...). Lo segundo obliga a ofrecer al condenado posibilidades para su resocialización y reinserción social”¹⁴⁴.*

¹⁴³ *Ibid.* p. 38.

¹⁴⁴ *Ibid.* p. 40.

En definitiva, la prevención general y la especial tienden al mismo objetivo último: la evitación de delitos como forma de proteger a la sociedad. La necesidad de ambos tipos de prevención puede fundarse en la imagen del Estado social y democrático de Derecho, que es el modelo que rige a la mayoría de las sociedades occidentales.

SINTESIS

Hemos abordado la concepción del Estado social y democrático de Derecho teniendo en vista la formulación de las críticas vertidas respecto del discurso doctrinario del Derecho penal del enemigo, las cuales han sido desarrolladas a partir del modelo de Estado que hemos revisado en las páginas anteriores. Debido a esto, es que hemos precisado señalar las consecuencias que para el Derecho penal –específicamente respecto de los fines de la pena- tiene el modelo de Estado que se adopte, de manera que hemos concluido que para el Estado social y democrático de Derecho es indispensable una concepción utilitarista de la pena, en la medida que tenga por objeto cumplir con una utilidad para la sociedad, y no configure sólo la satisfacción de valores supremos como la Justicia, o constituya sólo una reacción o retribución carente de sentido o contenido valórico. La revisión que hemos realizado constituye un elemento fundamental si se quiere entender las posturas disidentes del planteamiento de Jakobs, toda vez que estas apuntan principalmente a la función que tiene la pena en el discurso del Derecho penal del enemigo, así como respecto de las consecuencias que acarrea tal proposición respecto de los principios del Derecho penal democrático.

Resistencia al Derecho penal del enemigo

Anteriormente hemos señalado el carácter poco pacífico en torno al debate del Derecho penal del enemigo, la doctrina en general no ha visto con buenos ojos la proposición realizada por Jakobs. Este Derecho penal del enemigo ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal. Sin embargo, parece reconocerse por todos la existencia real de un corpus legal de *enemigos* en el Derecho penal y procesal penal de la actualidad que, obviamente, es objeto de crítica y de rechazo por la doctrina mayoritaria contraria al discurso doctrinal del Derecho penal del enemigo. Como hemos dicho anteriormente, las críticas realizadas se posan en los principios del Estado democrático y social de Derecho, pretendemos abarcar algunas de éstas – las más importantes- para lograr obtener la visión general de la discusión, que es la pretensión de este trabajo. De esta manera propondremos como manera organizativa, poner en la mesa primero las críticas más apriorísticas o más superficiales, para ir adentrándonos cada vez más en aquellas posturas que tienen carácter más medular.

El problema es histórico, político y violento

En concordancia con lo anterior queremos señalar lo siguiente: el contexto político no puede menos que influir en cualquier teórico del Derecho. *“Por más que se pretenda ocultar bajo conceptos jurídicos la reacción que provoca la presencia de los enemigos de la sociedad en el derecho penal es de carácter político, la cuestión que plantea es y siempre fue, de esa naturaleza. Cada vez que se discute si se puede tratar a algunos seres humanos por su peligro o dañosidad y se busca una racionalización más elaborada, no puede obviarse la*

*invocación a Hobbes y, por ende, a la cuestión de la soberanía, materia que de modo incuestionable pertenece a la teoría política*¹⁴⁵.

Pero aún cuando sea una cuestión relativa finalmente a la teoría política no puede dejar de manifestarse un interés en el estudio del asunto desde un punto de vista jurídico, toda vez que a lo largo de la historia, la problemática política del amigo-enemigo se ha traducido en una manifestación a nivel normativo que no es posible soslayar.

No puede desconocerse entonces el contexto político en que se ha manifestado esta discusión, hemos señalado los acontecimientos del 11 de Septiembre de 2001 como un hito a partir del cual se intensifica el debate. Ahora bien, como una crítica muy general Zaffaroni señala; *“los crímenes de destrucción masiva e indiscriminada del 11-S y del 11-M son expresiones de brutal violencia que en opinión de los internacionalistas configuran crímenes de lesa humanidad, pero que a su vez, son respuestas a otra violencia. Si siguiéramos esta lógica, sin embargo, podríamos seguir regresando hasta Adán y Eva o hasta el primer golpe que un homínido haya propinado a otro, y no llegaríamos a ninguna solución con vistas a una convivencia racional del futuro. No es necesario adoptar ninguna posición radical o de pacifismo dogmático ni sostener a priori que a toda violencia debe responderse con la no violencia para verificar que nunca un conflicto fue solucionado definitivamente por la violencia, salvo que se confunda la solución definitiva con la final (genocidio)*¹⁴⁶.

Es decir, para Zaffaroni no se puede caer en el círculo vicioso de la violencia en respuesta a violencia, pues aún cuando el Derecho penal del enemigo corresponde a una respuesta institucionalizada (en la medida que es adoptada dentro de los ordenamientos jurídicos), siempre el sustrato último de tal discurso es la violencia, y ésta no puede ser utilizada en el dominio de los fines sino que de los medios. En relación a la violencia como fin en sí mismo dentro del Derecho señala Benjamín; *“es evidente que la relación fundamental y más*

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Raúl. El enemigo en el derecho penal. p. 16.

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 17.

*elemental de todo ordenamiento jurídico es la de fin y medio; y que la violencia, para comenzar, sólo puede ser buscada en el reino de los medios y no el de los fines*¹⁴⁷. Ahora bien, Zaffaroni añade; “*La historia nos demuestra que los conflictos que no terminaron en genocidio se solucionaron por la negociación, que pertenece al campo de la política. Sin embargo, la globalización al debilitar el poder de decisión de los Estados nacionales empobreció la política hasta reducirla a su mínima expresión. De esta manera las decisiones estructurales actuales asumen en la práctica la forma premoderna definida por Carl Schmitt, o sea, se limitan al mero ejercicio de poder señalar al enemigo para destruirlo o reducirlo a la impotencia total*”¹⁴⁸.

Es decir, Zaffaroni pone el problema del Derecho penal del enemigo en el dominio de lo político, prueba de ello es que cada vez que se pretende resolver el tratamiento que se debe otorgar a individuos o seres humanos que se muestran contrarios al poder, o bien constituyen obstáculos o molestias al mismo, se recurre a conceptos y problemas relativos a los conceptos de Soberanía, Estado y Representación, conceptos que caen en el reino de la Teoría Política. A su vez la Política se encuentra deteriorada de tal manera – menciona a la globalización como causa principal- que esta ha quedado reducida a un ámbito muy restringido y por lo tanto anticuado, o como él señala, *premoderno*. De esta manera, la Política sólo se plantea en el sentido de separar el trato respecto de aquellos que son *amigos* y quienes son *enemigos*, de manera que dicho ejercicio es el propuesto por Carl Schmitt como ejercicio exclusivo y excluyente de la Política. Bien es sabido que Carl Schmitt constituye el principal teórico político del Estado Absoluto, de manera que su visión se encuentra limitada a este tipo de Estado.

Ahora bien, si observamos al Derecho como herramienta de esta visión del problema, es decir, el único, exclusivo y determinante ejercicio de la Política es determinar quienes son los *enemigos* y quienes los *amigos*, entonces podemos

¹⁴⁷ BENJAMIN, Walter. Para una crítica de la violencia. [en línea] <www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/736.pdf> , [consulta: 16 de octubre de 2008]

¹⁴⁸ ZAFFARONI, Raúl. El enemigo en el derecho penal. p. 18.

comprender que el Derecho penal del enemigo corresponde a un arma institucionalizada de los Estados para combatir a sus enemigos, es decir, "*frente al enemigo es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra*"¹⁴⁹. Por lo tanto, detrás de esta reacción normada se esconde violencia pura, guerra del Estado contra miembros que se excluyen, autoexcluyen, o pretenden excluir de la vida del Estado.

Así las cosas, encontramos el mismo final a través de caminos distintos, puesto que la construcción del Derecho penal del enemigo está determinada por la justificación de la actuación violenta por parte del Estado. Se pretende justificar una reacción facilista, una reacción al alcance de la mano pero que en definitiva lo único que hace es continuar con la escalada de violencia, la cual no responde a principio alguno sino que se convierte en un combate en el cual aquel que triunfa impone las reglas al costo que sea. "*Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación*"¹⁵⁰. Benjamin nos señala que la violencia se justifica en la medida que responda a algún fin distinto de la misma, puesto que no se puede justificar la violencia como fin en sí mismo, no por lo menos en las sociedades actuales que a lo menos formalmente se fundan en valores de libertad igualdad y tolerancia. He aquí un error en cuanto a los fines que se pretende conseguir con el Derecho penal del enemigo, pues no se logra con él nada más que violencia de ambos lados (Estado y respecto de los que se pretende ver un enemigo) la cual no encuentra justificación al menos filosóficamente.

¹⁴⁹ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. p. 33.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 41.

De la validez de los fundamentos ius filosóficos

Observamos en la primera parte de este trabajo el planteamiento material del Derecho penal del enemigo, lo cual nos llevó inevitablemente a acercarnos a las ideas de Rousseau, Fichte, Hobbes y Kant. Pues bien, pareciera ser que al leer la proposición de Jakobs se dejara por sentado que lo señalado por los teóricos políticos respecto de la justificación del trato diferenciado a ciudadanos y *enemigos* tuviera validez por sí misma. Se propone por parte de Jakobs la validez inmediata de sus postulados por el hecho de basarse en pensamientos que tienen arraigo histórico pero que en medida alguna deben ser compartidos actualmente, toda vez que las circunstancias histórico políticas son notablemente diferentes. Así por ejemplo, ni el contexto histórico en el que Kant formuló su opinión es el actual, ni Alemania había pasado por la experiencia nacional socialista, incluso dentro de la concepción Kantiana de la pena como imperativo categórico de justicia se puede encontrar un fundamento para la pena de muerte, de la cual Kant como otros grandes filósofos y pensadores, seguramente era partidario. “*Bueno, ¿y qué? También Aristóteles defendía la esclavitud, algunos teólogos españoles del siglo XVI ponían en cuestión que los indios fueran personas y discutían sobre si las relaciones sexuales con ellos era pecado de sodomía o de bestialismo, y Schopenhauer decía que la mujer era un ser inferior al hombre, etc., etc. ¿Qué es lo que se quiere demostrar con este tipo de citas de autoridad? ¿Habrá que seguir las opiniones de todos los ilustres pensadores que ha habido en la Historia, incluso las que después y en otro contexto se han demostrado como aberrantes?*”¹⁵¹.

Hemos señalado algunos reparos respecto de la proposición de Jakobs, - relativos a los resquemores que genera el propio término *enemigo*, y respecto de una ligazón del discurso doctrinario del Derecho penal del enemigo con la

¹⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. p. 125.

tradición teórica política del Estado absoluto de Carl Schmitt, también respecto de la figura de la violencia como fin en sí mismo concepto cuestionado por Walter Benjamin, finalmente, observamos cómo las bases ius filosóficas son cuestionadas en tanto se presentan por Jakobs como verdades aceptadas-. Las preguntas que surgen a estas alturas del trabajo dicen relación no tanto con cuestiones de índole política, histórica ni filosófica, que como hemos visto están en íntima relación con la cuestión en estudio, sino que más bien siendo este un estudio de Derecho penal, las preguntas dicen relación con lo siguiente; Si observamos el Derecho penal del enemigo dentro de lo que hemos llamado un Estado social y democrático de Derecho, nos preguntamos, ¿constituye el Derecho penal del enemigo parte del Derecho penal o bien constituye una reacción del Estado ante conductas que lo atemorizan en sus más íntimas convicciones que no debe ser llamado Derecho? ¿es el Derecho penal del enemigo funcional al Estado social y democrático de Derecho? , al parecer las preguntas planteadas en definitiva se funden en la siguiente, ¿tiene el Derecho penal del enemigo cabida en el Estado social y democrático de Derecho?

Esta problemática la cual constituye objetivo importante dentro de nuestro trabajo se pretende responder en seguida.

SEGUNDA PARTE

DISIDENCIA MEDULAR

Hemos nominado este apartado de esta manera debido a que como anteriormente se señaló, las críticas apuntan al fondo del debate desde un punto de vista penal y no ya, histórico, filosófico o político. Es decir, el análisis se enmarca dentro de los reconocidos principios del Derecho penal, y funciones del mismo en un Estado Social y democrático de Derecho y las consecuencias que para éstos provoca el discurso del Derecho penal del enemigo.

Para comenzar es necesario recordar cuáles constituyen las características principales del Derecho penal del enemigo:

- 1.- Se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual- retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido).
- 2.- Las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en consideración para reducir en correspondencia la pena amenazada.
- 3.- Determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

He aquí la descripción, la cuestión que se plantea ahora es qué es lo que hay que hacer en el plano teórico-sistemático con la constatación de esa realidad. ¿Debemos detenernos en la constatación?

Este trabajo no se detiene sino que observará la proposición de Jakobs desde una visión crítica. Cabe señalar lo siguiente; los autores ante la existencia innegable tanto de la proposición jakobsiana como de su plasmación práctica se realizan las siguientes preguntas. ¿Este fenómeno hay que intentar limitarlo en la medida de lo posible, quizás domándolo al introducirlo en el ordenamiento jurídico penal, o simplemente es necesario erradicarlo? ¿El discurso teórico es afirmativo o meramente descriptivo? ¿Es ilegítimo?

Pues bien, la esencia del concepto de Derecho penal del enemigo está en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus *enemigos*. En otras palabras, la reacción del Estado no significa nada, sino que sólo coacción. “*el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el derecho penal de las medidas de seguridad) combate peligros (...)*”¹⁵²

Para Jakobs el Derecho penal del enemigo es funcional a la seguridad de las personas, debido a que el deber de obediencia al Estado por parte de los ciudadanos se funda en el deber de protección del Estado para con ellos. Jakobs ve en el Derecho penal *normal* (entendido dentro del Estado de Derecho, como control de pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la persona del delincuente en un proceso penal, etc.) un obstáculo a la necesidad de protección de los ciudadanos respecto de los *enemigos*, en la medida que sería necesario respetar al autor como persona, respecto de aquel “*que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal*”¹⁵³.

¹⁵² JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. p. 33.

¹⁵³ *Ibid.* p. 42.

En definitiva, la situación de guerra entre el Estado y los disidentes *“tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”*¹⁵⁴.

A partir de lo anterior, ¿qué función tiene la pena en el discurso del derecho penal del enemigo? ¿Esta función o significancia se corresponde con el Estado social y democrático de Derecho? ¿Una reacción del Estado, respecto de la cual el autor mismo no la denomina pena, en el sentido de no atribuirle función alguna más que la eliminación de un peligro puede ser aceptada sin más, haciendo vista gorda respecto del planteamiento teórico como de su plasmación legal? ¿Puede el Estado social y democrático de Derecho distinguir entre ciudadanos y enemigos y realizar un trato diferenciado en base a tal distinción? ¿es conveniente desde el punto de vista de las funciones del Estado social y democrático de Derecho un Derecho penal especial para los individuos especialmente peligrosos? ¿en definitiva cuáles son los criterios objetivos para determinar quién es el enemigo?

Estas preguntas aparecen inevitablemente a partir del desarrollo de la proposición de Jakobs, al excluir a ciertos individuos de la categoría de personas, de manera que son despojados de los derechos que le asisten a todos los seres humanos por el hecho de serlo, basado en una concepción normativa de la categoría de persona en la cual la concepción de persona es una atribución normativa del sujeto en tanto perteneciente a un Estado del cual pasa a depender para ser sujeto de Derechos y no en la medida que sus Derechos le corresponden sin posibilidad de despojo.

Pues bien, todo lo dicho respecto del discurso Derecho penal del enemigo puede ser revisado.

Cuando se aborda una valoración del Derecho penal del enemigo en cuanto parte del ordenamiento jurídico penal sobre todo se pregunta si debe ser

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 56.

aceptado como inevitable segmento instrumental de un Derecho penal moderno. Cuando se contesta esta pregunta de un modo negativo puede recurrirse a razones tales como:

- 1.- No debe haber Derecho penal del enemigo porque es políticamente erróneo (o: inconstitucional).
- 2.- Puede argumentarse dentro del paradigma de seguridad o efectividad en el que la cuestión es situada habitualmente por los agentes políticos que promueven este tipo de normas penales: el Derecho penal del enemigo no debe ser porque no contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos.
- 3.- En cuanto a un análisis previo, interno al sistema jurídico-penal en sentido estricto: ¿el Derecho penal del enemigo (fácticamente existente) forma parte conceptualmente del Derecho penal?

Respecto a estas tres maneras de abordar la problemática Cancio Meliá señala que a partir de la tercera manera de enfocar el problema se responden las otras dos, es decir, *“con esta formulación como es evidente, se implica que en la utilización del concepto se lleva a cabo sobre todo una descripción: la valoración (política) cae por su propio peso una vez dada la respuesta”*¹⁵⁵. Por ello, abordaremos el análisis respecto de la posibilidad de inclusión del Derecho penal del enemigo dentro del Derecho penal (obviamente dentro del Estado social y democrático de Derecho).

Para Cancio Meliá no es posible incluir al Derecho penal del enemigo dentro del Derecho penal por dos motivos;

“A) el derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino que demoniza a determinados grupos de infractores;

¹⁵⁵ CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo?. p. 26.

B) en consecuencia el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor”¹⁵⁶.

A) En torno a las funciones de la pena, la Teoría de la Normalidad.

La característica del delincuente por principio está en que se trata de un autor de comportamientos delictivos que afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión, desde un plano *simbólico*. Como hemos revisado anteriormente Jakobs plantea una teoría del delito y del Derecho penal en la que ocupa un lugar preeminente el entendimiento del fenómeno penal como perteneciente al mundo de lo normativo, de los significados, por contraposición al de las cosas. Desde esta perspectiva toda infracción criminal supone, como resultado específicamente penal, el quebrantamiento de la norma, de manera que se pone en duda la vigencia de la misma; a su vez, la pena reacciona frente a ese cuestionamiento por medio del delito reafirmando la validez de la norma: prevención general positiva. Ahora bien, los supuestos de conductas de los *enemigos* se caracterizan por producir un quebrantamiento de las normas respecto de configuraciones sociales estimadas como esenciales, que son especialmente vulnerables, mas allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual. Entonces, *“si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclama Derecho penal del enemigo está en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial debe estar en la manifestación de normalidad, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que*

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 28.

*están en la base del sistema jurídico penal normal. Así se niega al infractor la capacidad de cuestionar, precisamente, esos elementos esenciales amenazados*¹⁵⁷.

Lo que Cancio Meliá observa es que al reaccionar el ordenamiento jurídico a través del Derecho penal del enemigo (como derecho penal especial o diferenciado del normal y sus premisas básicas) lo que hace es otorgar competencia a la conducta desviada, es decir, a partir de la inclusión de otro Derecho penal, se da una señal de que los actos de los sujetos especialmente peligrosos sí ponen en duda la vigencia de las normas, toda vez que producto de su actuar entran en juego normas distintas que las que se aplican en situación de normalidad. De esta forma lo que hacen los sujetos es una autoexclusión de su personalidad y como hemos observado con anterioridad la personalidad en la concepción de Jakobs, es una atribución que le otorga el Estado al sujeto la cual no puede ser renunciada. Por lo tanto *“la mayor desautorización que puede corresponder a esa desafección intentada por el enemigo es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor. Por lo tanto la cuestión de si puede haber Derecho penal del enemigo queda resuelta negativamente. Precisamente desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del Derecho penal con base en la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción del enemigo mediante un cambio de paradigma de principios y reglas de responsabilidad penal es disfuncional de acuerdo con el concepto de Derecho penal. Desde esta perspectiva, cabe afirmar que el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo cumple una función distinta del Derecho penal (del ciudadano): se trata de cosas distintas. El derecho penal del enemigo prácticamente reconoce al optar por una reacción estructuralmente diversa, la excepcional, la competencia normativa (la capacidad de cuestionar la norma) del infractor; mediante la demonización de los grupos de*

¹⁵⁷ *Ibid.* p. 31.

autores implícita en su tipificación –una forma exacerbada de reproche –da resonancia a sus hechos”¹⁵⁸.

Por lo tanto, la Teoría de la Normalidad de Cancio Meliá, sólo es entendida bajo la perspectiva de un Derecho penal en que prima la prevención general positiva o integradora.

La concepción clásica de la prevención general veía en la pena la amenaza de un mal destinada a intimidar a los posibles delincuentes que pudieran surgir de la colectividad. Sin embargo, Feuerbach vinculó a la ley la función de intimidación de la pena mediante su famosa teoría de “coacción psicológica”. Frente a ello, la doctrina de la prevención general positiva no busca intimidar al posible delincuente, sino afirmar por medio de la pena la “conciencia social de la norma”, confirmar la vigencia de la norma. Cambió el punto de vista, la pena no se dirige sólo a los eventuales delincuentes, pues no trata de inhibir su posible inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que tiene por objeto confirmar la confianza de la norma.

A saber, los partidarios de prevención general positiva pueden ser agrupados en dos direcciones. Por una parte, quienes defienden aquella forma de prevención como *fundamentadora*, y en su caso *ampliatoria*, de la intervención del Derecho penal. Por otra parte, los que con aquella concepción pretenden poner freno a la prevención general intimidatoria y/o a la prevención especial. En relación a las concepciones de la prevención general positiva Silva Sánchez señala; “*en realidad desde el análisis realizado por Mir Puig, puede distinguirse entre concepciones fundamentadoras y limitadoras de la prevención general positiva. Las primeras (Welzel, Jakobs, Armin Kaufmann, según la interpretación de Mir) permitirían ir mas allá de lo preciso para la intimidación por razones de integración social. Las segundas, en cambio, sólo buscarían limitar los excesos*

¹⁵⁸ *Ibid.* p. 33.

de pena debidos a razones intimidatorias, exigiendo penas que respondan a la conciencia social (así, Roxin, Hassemer, Zipf, según los interpreta Mir)”¹⁵⁹.

Jakobs se ubica dentro de la primera tendencia, señalando que la única meta que corresponde al Derecho penal es garantizar la función orientadora de las normas jurídicas. Parte el tratadista alemán de la concepción del Derecho de Luhmann, como instrumento de estabilización social mediante la orientación de las acciones a través de la institucionalización de las expectativas sociales. La vida social requiere una cierta seguridad y estabilidad de las expectativas de cada sujeto frente al comportamiento de los demás. Es decir, las normas jurídicas estabilizan e institucionalizan expectativas sociales y sirven, así, de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social. Cuando se produce la infracción de una norma, conviene dejar en claro que ésta sigue en pie y mantiene su vigencia pese a la infracción, de lo contrario se pondría en entredicho la confianza en la norma y su función orientadora. La sanción refuerza contrafácticamente la vigencia de la norma, puesta en tela de juicio por la comisión del delito, mostrando que lo incorrecto es precisamente el delito y que la norma continúa marcando una pauta de conducta vinculante.

Ahora bien, “así entendida, la prevención general positiva permite, e incluso obliga, utilizar la pena aunque no lo exija la inmediata protección de los bienes jurídicos a través de la prevención general tradicional (como intimidación) ni de la prevención especial. En Jakobs, además, desaparecen los límites materiales que debería respetar la concepción tradicional de la retribución al vaciar al delito de contenido intrínseco y definirlo, únicamente, como función de la norma, cualquiera que ésta sea”¹⁶⁰.

A partir de lo anterior podemos analizar las críticas desde una doble perspectiva;

1.- Por una parte tomando la concepción del Derecho penal fundado en la prevención general positiva de Jakobs (es decir concepción *fundamentadora* de

¹⁵⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús. Aproximación al derecho penal contemporáneo. p. 228.

¹⁶⁰ MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. p. 135.

la prevención general positiva), el discurso del Derecho penal del enemigo es disfuncional en tanto que con su inclusión lo que se hace no es reafirmar la vigencia de la norma, sino que por el contrario, lo que se hace es reconocer la competencia normativa a los sujetos que pretenden autoexcluirse del sistema, de manera que sí queda en suspenso la norma, toda vez que se llaman a colación otras normas distintas que las normales para hacerle frente a los ataques de que son objeto.

Es decir, esta primera observación se realiza dentro de la misma concepción de Jakobs de la pena, denotando al penalista que la proposición Derecho penal del enemigo no se sostiene dentro de su propia concepción de la pena.

2.- La segunda crítica se realiza no ya desde una concepción *fundamentadora* de la prevención general positiva, sino que se pone en entredicho dicha elaboración a la luz de la llamada prevención general *limitadora*.

Así la formulación funcionalista ha recibido críticas de Baratta, el cual efectúa críticas a la postura de Jakobs desde un punto de vista sistémico como extrasistémico. Desde un punto de vista sistémico o interno del sistema, cabe destacar la que queda sin explicar por qué la estabilización de expectativas ha de tener lugar por medio de la imposición de un castigo y no por otros medios menos lesivos y funcionalmente equivalentes. Mir Puig ahonda en este punto: “*si como pretende Jakobs, la función del Derecho penal fuera sólo la confirmación de la confianza en las normas y supusiera únicamente una reacción destinada a poner de manifiesto que sigue en pie la vigencia de las expectativas normativas ¿por qué no bastaría con una declaración inequívoca al respecto? ¿por qué es preciso imponer un mal, como pena, si ésta no busca la intimidación, sino sólo evitar posibles dudas acerca de la vigencia de la norma infringida?*”¹⁶¹.

Las críticas extrasistémicas que Baratta dirige a la construcción de Jakobs culminan en la conclusión de que la misma tiene una “*función conservadora y legitimante respecto de la actual tendencia de expansión e intensificación de la*

¹⁶¹ *Ibid.* p. 138.

*respuesta penal ante los problemas sociales*¹⁶². Es decir, ante la alternativa entre sistema social e individuo, Jakobs opta por el primero, “*dando prevalencia a la conservación del sistema social respecto a las necesidades y valores de los individuos*¹⁶³”. Al atender sólo a las necesidades de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales, como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad, la teoría sistémica de la prevención general positiva aparece como más peligrosa que las teorías retributivas liberales.

Como elemento trascendental de las teorías de la prevención general positiva se encuentra su fin educador, es decir, en palabras de Silva Sánchez; “*para las teorías de la prevención general positiva, la misión del Derecho penal se proyecta fundamentalmente sobre el fuero interno de los ciudadanos. Es ahí donde se trata de generar una actitud de convencimiento, de fidelidad al Derecho, mucho más eficaz, sin duda, que la mera intimidación, para el fin de la protección de los bienes jurídicos de la sociedad*”¹⁶⁴. Para cumplir esta función educativa que se pretende es preciso que la sanción integre contenidos como la culpabilidad, la proporcionalidad que están arraigados en la conciencia popular y sin cuyo respeto al sancionar al infractor el Derecho penal no podría conseguir esa fidelidad que pretende conseguir de la población.

En otras palabras, la teoría de la prevención general positiva *fundamentadora* no es funcional a la idea que subyace a la prevención general positiva en el sentido de educar a la población, estabilizarse la norma, en la medida de proyectarse sobre el fuero interno de los ciudadanos para conseguir la fidelidad de estos al ordenamiento jurídico, toda vez que con el objeto de reafirmar la vigencia de la norma como único fin de la pena ésta queda vacía en cuanto al contenido de los principios como la culpabilidad y proporcionalidad, lo que trae como consecuencia el peligro de que los sujetos perciban las normas como ilegítimas y por tanto su infidelidad a las mismas. Así para Hassemer: “*las normas no se*

¹⁶² BARATTA, Alessandro, en MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. p. 139.

¹⁶³ *Ídem*. p. 139.

¹⁶⁴ SILVA, Jesús. Aproximación al derecho penal contemporáneo. p. 231.

estabilizan en las personas y en los grupos por la intimidación, sino, al contrario, por el convencimiento de que son idóneas para mejorar la convivencia. Este convencimiento es perturbado cuando las normas son excesivamente gravosas, y, en cambio, es reforzado cuando la conminación penal y la ejecución de la pena –a pesar de su tosquedad y violencia- se presentan como medios para garantizar los bienes jurídicos y posibilitar la libertad humana. La teoría de la prevención general, entendida correctamente, encierra, pues, dentro de sí misma su propia limitación jurídico estatal. Sólo dentro de estos límites puede el sistema jurídico penal ayudar a la estabilización de las normas sociales”¹⁶⁵.

Es por lo antedicho que es frecuente que se afirme una vocación limitadora de la intervención penal que subyace a las concepciones de la prevención general positiva.

En esta línea se encuentra Mir Puig, en el sentido de que en tanto observamos las distintas críticas a la prevención general integradora *fundamentadora o ampliatoria* de la intervención penal es aconsejable rechazar dicha concepción en base al Derecho penal que corresponde a un Estado Social y democrático de Derecho. En palabras de Mir Puig; *“me parece progresiva, en un Estado social y democrático de Derecho, la utilización limitadora del concepto de prevención general positiva. Un Estado social está empeñado en la misión de proteger a la sociedad y para ello debe acudir al Derecho penal si es absolutamente necesario. El primer fundamento de la intervención penal es su estricta necesidad para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales. Pero no toda pena necesaria para la prevención de delitos resulta admisible en un Estado democrático de Derecho respetuoso de la dignidad de todo hombre –también del delincuente-. Un tal Estado ha de restringir el Derecho penal mediante una serie de límites, y no sólo por el de culpabilidad, sino también por los de legalidad, humanidad, proporcionalidad, resocialización y otros. El concepto de prevención: general positiva será oportuno si se entiende que ha de integrar todos estos*

¹⁶⁵ HASSEMER, Winfried, en SILVA SANCHEZ, Jesús. Aproximación al derecho penal contemporáneo. p. 232.

límites armonizando sus contradicciones recíprocas: si se entiende que una razonable afirmación del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho exige el respeto de dichas limitaciones. (...) sí importa exigir que la pena, además de ser necesaria para la prevención de delitos, respete aquellos límites fuera de los cuales no supone ya la afirmación de un Derecho social y democrático, sino precisamente su negación”¹⁶⁶.

Un Estado democrático ha de apoyar su Derecho penal en el consenso de sus ciudadanos, de manera que la prevención general ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad. La fuerza de convicción de un Derecho penal democrático se basa en el hecho de que sólo usa de la intimidación de la pena en la medida en que con ella afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las minorías. *“El Derecho penal es un sistema de imputación cuyas reglas se fijarían en virtud del acuerdo de las personas que integran la sociedad sobre los criterios, objetivos y subjetivos, que hay que tener en cuenta para imputar un determinado suceso llamado delito a una persona como responsable del mismo al objeto de poder imponerle una pena (o, en su caso, una medida de seguridad) y restablecer así la vigencia del Ordenamiento jurídico conculcado por el delito. Tales reglas de la imputación no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo, es decir, de una determinada concepción del ser humano, de la sociedad y del Estado”¹⁶⁷.*

Arribamos a la siguiente idea: el Derecho penal del enemigo en la medida que abandona los valores consensuados por la sociedad suprimiendo las garantías individuales a cierto grupo de sujetos, no tiene cabida en un Estado social y democrático de Derecho, pues no se concibe un Derecho penal que castigue sólo como reafirmador de su eficacia obviando el aspecto material de su intervención, lo que correspondería a los valores de la sociedad en los que descansa (dignidad del hombre), sino que se trata de un fenómeno

¹⁶⁶ MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. p. 140.

¹⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. De Nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. p. 111.

característico de los Estados Totalitarios, donde la pena está más al servicio del Estado que de los ciudadanos. La *“reacción de combate”* -Derecho penal del enemigo-, implica entonces la negación del Estado social y democrático de Derecho. No se puede estabilizar el sistema si no se respetan los valores que la misma sociedad ha consensuado, pues lo que se produce es que se desestabilice aún más, en tanto los individuos perciben leyes penales carentes de los principios y valores consensuados -aún cuando sean eficaces en la represión de delitos,- éstas les serán ilegítimas y extrañas. En relación a la reacción penal y el peligro que encierra la falta de adecuación a los valores sociales se refiere Foucault ; *“en este punto en el que el pueblo es atraído a un espectáculo dispuesto para aterrarlo puede precipitar su rechazo del poder punitivo, y a veces su rebelión. Impedir una ejecución que se estima injusta, arrancar a un condenado de manos del verdugo, obtener por la fuerza su perdón, perseguir eventualmente y asaltar a los ejecutores de la justicia, maldecir en todo caso a los jueces y alborotar contra la sentencia, todo esto forma parte de las prácticas populares que invaden, atraviesan y trastornan a menudo el ritual de los suplicios. La cosa, naturalmente, es frecuente cuando las sentencias sancionan motines o revueltas”*¹⁶⁸. Y en este respecto ¿qué otra cosa es la conducta desviada que desestabiliza los valores estimados como fundamentales para la sociedad sino un motín o una revuelta en concepto de los Estados modernos?

En definitiva, el Derecho penal del enemigo no puede pertenecer al Derecho penal -a partir de la función de la pena en un Estado social y democrático de Derecho- desde dos puntos de vista:

- a- No es funcional ni siquiera a la luz de la concepción de la pena del propio Jakobs como prevención general positiva *fundamentadora*, toda vez que se propone aquí la Teoría de la normalidad.

¹⁶⁸ FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. p. 64.

- b- La idea de prevención general positiva *fundamentadora* no tiene cabida en un Derecho penal democrático el cual a lo menos se funda en la prevención general positiva *limitadora*.

Lo que observamos es que el Derecho penal del enemigo se asemeja más a un Derecho penal de Estados Totalitarios que al Derecho penal democrático toda vez que la pena no va acompañada por los principios del Derecho penal democrático sino que tiene sólo por objeto reafirmar la vigencia de la norma sin mención de limitaciones, con lo cual se sitúa la razón de Estado por sobre la dignidad humana. En otras palabras, se prefiere la inclusión de un Derecho penal del enemigo en la medida que se estima que es más eficaz en la lucha contra la criminalidad, cosa que se discute desde un punto de vista preventivo. Ahora bien, aún cuando sea más eficaz, *“la vía argumentativa de la eficacia y la seguridad, sin perjuicio de las consecuencias que de la misma se puede extraer por vía negativa, está vedada en la esfera axiológica, pues como es sabido, la validez no puede derivarse en ningún caso de la eficacia”*¹⁶⁹.

B) Derecho penal del enemigo, Derecho penal de autor.

*“La punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuro, no a la sanción de hechos cometidos”*¹⁷⁰.

Señalamos que dentro de las características del Derecho penal del enemigo se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (tiene como punto de referencia un hecho futuro) de manera que se produce un adelantamiento en la barrera de la punibilidad. Pues bien, es aquí donde los

¹⁶⁹ DEMETRIO, Eduardo. Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. p. 1030.

¹⁷⁰ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. p. 40.

autores creen ver la manifestación del Derecho penal de autor en contraposición al Derecho penal del hecho característico del Derecho penal liberal.

En la discusión, se afirma habitualmente, que el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo vulnera en diversos puntos el principio del hecho. *“En la doctrina tradicional, el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la actitud interna del autor. Si se lleva este punto de partida coherentemente hasta sus últimas consecuencias –mérito que corresponde Jakobs-, queda claro que en una sociedad moderna, con buenas razones funcionales, la esfera de intimidad adscrita al ciudadano no puede quedar limitada a los impulsos neuronales –algo más que los pensamientos son libres. Esto cristaliza en la necesidad estructural de un hecho como contenido central del tipo (Derecho penal del hecho en lugar de Derecho penal de autor)”¹⁷¹.*

El derecho penal de autor y de acto

La clasificación de discursos legitimantes del poder punitivo -desde la perspectiva de las funciones manifiestas asignadas a la pena por las dispares teorías legitimantes del poder punitivo-, puede reordenarse desde cualquiera de las consecuencias que se derivan de ellas, por ejemplo; en relación con la proyección de la función mediata (distintas versiones de la defensa social), desde los criterios de medición de la pena o de responsabilidad por el delito, o desde la esencia asignada al delito. Si se opta por replantear la cuestión desde el plano de la esencia del delito, puede reordenarse la clasificación en razón de las dispares concepciones de la relación del delito con el autor. En este sentido hay dos tendencias bien diferenciadas:

¹⁷¹ CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo?. p. 34.

- Para unos el delito es una infracción o lesión jurídica, para otros es el signo o síntoma de una inferioridad moral, biológica o psicológica. Para los primeros, el desvalor se agota en el acto mismo (lesión). Es lo que llamamos Derecho penal del hecho, el que comprende *“una regulación legal en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo”*¹⁷².

Para los segundos, el delito es sólo un lente que permite ver algo en lo que se deposita el desvalor y que se halla en una característica del autor. Es decir, se arriba a que la esencia del delito radica en una característica del autor que explica la pena. *“Se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea tal se convierte en objeto de la censura legal; allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el si y el como de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal”*¹⁷³. El conjunto de teorías que comparte este criterio configura el llamado Derecho penal de autor.

Este Derecho penal imagina que el delito es síntoma de estado del autor, siempre inferior al resto de las personas consideradas *normales*. Este estado de inferioridad tiene para unos una naturaleza moral y, por ende, se trata de una versión secularizada de un estado de pecado jurídico, en tanto que para otros tiene naturaleza mecánica y, por lo tanto, se trata de un *estado peligroso*. Los

¹⁷² ROXIN, Claus. Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. p. 176.

¹⁷³ BOCKELMAN en ROXIN, Claus. Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. p. 177.

primeros asumen expresa o tácitamente la función de divinidad personal y los segundos asumen la de divinidad impersonal y mecánica.

Para aquellos que asumen una identidad divina personal, el ser humano incurre en delitos que lo colocan en estado de pecado penal. Este estado se elige libremente, pero cuanto más se permanece en él, más difícil resulta salir y menos libertad se tiene para hacerlo. En consecuencia, se le reprocha ese estado de pecado penal y la pena debe adecuarse a ese grado de perversión pecaminosa que haya alcanzado su conducción de vida. *“El delito no es más que el signo que indica al Estado la necesidad de que su sistema penal investigue y reproche toda la vida pecaminosa del autor. Para este Derecho penal el Estado es una escuela autoritaria, en la que el valor fundamental es la disciplina conforme a pautas que las personas deben introyectar (no sólo cumplir), y las agencias jurídicas son tribunales disciplinarios que juzgan hasta qué punto las personas han internalizado las pautas estatales. No se reprocha el acto sino la existencia: los operadores jurídicos traducen la omnipotencia del Estado omnisciente, que niega muestras de infinita bondad a los disidentes”¹⁷⁴ .*

Ahora bien, para el Derecho penal de autor identificado con una divinidad impersonal y mecánica, el delito es signo de una falla en un aparato complejo, pero que no pasa de ser una complicada pieza de otro mayor, que sería la sociedad. Esta falla del mecanismo pequeño importa un peligro para el mecanismo mayor, es decir, indica un estado de peligrosidad. Los agentes jurídicos constituyen aparatos mecánicamente determinados a la corrección o neutralización de las piezas falladas. Dentro de esta corriente ni los criminalizados ni los operadores jurídicos son personas, sino cosas complicadas, destinadas unas por sus fallas a sufrir criminalización y otras por su especial composición a ejercerla. *“se trata de un juego de parásitos y leucocitos del gran organismo social, pero que no interesan en su individualidad sino sólo en razón de la salud de éste”¹⁷⁵ .*

¹⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio. Derecho penal Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2002. p. 63.

¹⁷⁵ *Ibid.* p. 64.

Para Zaffaroni en ambos planteos el criminalizado es un ser inferior y por eso es penado, ya sea por su inferioridad moral como por su inferioridad mecánica. Sin embargo, *“no es su persona la única que se desconoce, pues el discurso del Derecho penal de autor le propone a los operadores jurídicos la negación de su propia condición de personas. En un caso se le propone su autopercepción como procurador de una omnipotencia que interviene en las decisiones existenciales de las personas: en el otro, como pequeña pieza destinada a eliminar fallas peligrosas de un mecanismo mayor”*¹⁷⁶.

Pues bien, el concepto de *estado de peligrosidad* no nos es ajeno. La concepción del Derecho penal del enemigo tiene como objeto de las normas especiales de tratamiento a aquel sujeto que constituye un *foco de peligro* para el ordenamiento jurídico, es decir *“la reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza (...), por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro”*¹⁷⁷. La peligrosidad para Jakobs es entendida no en la forma que adopta la concepción moral del delito, sino con aquella que adopta una divinidad impersonal y mecánica, en la cual el delito es visto como un pequeño problema para un sistema mayor que es la sociedad. La falla del mecanismo pequeño importa un peligro para el mecanismo mayor, es decir, indica un *estado de peligrosidad*. Ahora bien, ante la imposibilidad legitimante de las teorías puras se ha procurado neutralizar la insuficiencia de las tesis con elemento de otra u otras, hasta el punto que en la doctrina contemporánea no se sostiene ninguna teoría en estado puro, es decir no hay sólo derecho penal del hecho sino que se combina a veces con el derecho penal de autor, como es el caso de las medidas de seguridad o aseguramiento. Es necesario señalar lo afirmado por Zaffaroni en relación a la prevención general positiva, toda vez que dentro de esta concepción de la pena se enmarca Jakobs. *“La propia teoría de la prevención general positiva encarna una defensa social que presupone un*

¹⁷⁶ *Ídem*. p. 64.

¹⁷⁷ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. p. 40.

concepto de sociedad como sistema basado en el consenso y muy cercano al organicismo, pero entendido como una tecnología de conservación del sistema, que no requiere eliminar ningún agente infeccioso sino normalizar a las personas: les propone a los operadores judiciales una autopercepción como minielementos de un gigantesco artefacto robotizado y autoequilibrable”¹⁷⁸.

Lo dicho, tiene importancia a partir del momento en que vemos que la concepción de la teoría de la pena para Jakobs se basa en la prevención general positiva *fundamentadora*, situación que hemos analizado anteriormente. Una cualidad importante de esta teoría de Jakobs es el hecho de que se puede adaptar tanto al Derecho penal de autor como al Derecho penal del hecho, puesto que *“coherentemente desarrollada puede sostener un Derecho penal de autor o de acto, siempre que sea eficaz para que los subsistemas del constructo no demanden más de lo que la totalidad del sistema puede ofrecer. De una visión biológica de la sociedad como organismo y los seres humanos como células se ha pasado a una electrónica que concibe a la misma como robot y a los seres humanos como minicomponentes, por efecto de la cibernética”¹⁷⁹.*

Es lo que vemos en el Derecho penal del enemigo, donde la idea de prevención general positiva queda sin contenido alguno en el sentido de que no reafirma la vigencia de la norma sino que lo que hace es *eliminar un peligro*. Con esto lo que observamos son dos cosas:

Por un lado, Jakobs abandona la prevención general positiva al señalar que la reacción del ordenamiento jurídico no es ya la comunicación con un ciudadano ni la reafirmación de la vigencia dañada de la norma, pues la pena nada comunica ni significa, sino que lo único que hace es la eliminación de un *peligro*. Por otro, la reacción del ordenamiento jurídico se adelanta en cuanto a la barrera de punibilidad interceptando al agente antes que este lesione bien jurídico alguno, de manera que para Jakobs el Derecho penal del ciudadano es Derecho penal del hecho el cual muda a Derecho penal de autor en tanto es Derecho penal del enemigo, lo cual es coherente con lo señalado por Zaffaroni respecto de la

¹⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio. Derecho penal Parte General. p. 65.

¹⁷⁹ *Ídem*. p. 65.

posibilidad de concebirse la prevención general positiva en términos de Derecho penal de autor o Derecho penal del hecho.

Se trata entonces del abandono de la función preventiva de la pena, para pasar a una mera reacción violenta entre *enemigos* en la cual el sistema lo que hace es eliminar a *elementos peligrosos* para el funcionamiento de la sociedad de manera que ve en el delito el síntoma de un *estado de peligrosidad* de sujetos que son despersonalizados por los agentes jurídicos que a su vez también pierden su personalidad, toda vez que el Derecho penal del enemigo les propone autoconcebirse *como* pequeña pieza destinada a eliminar fallas peligrosas de un mecanismo mayor. *“En su coherencia completa, el derecho penal de autor parece ser producto de un desequilibrio crítico deteriorante de la dignidad humana de quienes lo padecen y practican”*¹⁸⁰. Como puede observarse, la tesis de Jakobs se produce cuando acepta sin límites un modelo penal y procesal funcionalista en el que prima la defensa de la seguridad del Estado y la ausencia de principios liberales. Reflejo de lo anterior es lo siguiente:

1.- La pena –si se le puede llamar de esta forma- en el Derecho penal del enemigo ha abandonado su función de prevención general positiva para consistir en una reacción del ordenamiento jurídico que no tiene significancia alguna en la medida que no reafirma la vigencia de la norma transgredida sino que sólo *elimina un peligro*.

2.- Como hemos visto, dentro de un Estado social y democrático de Derecho la pena está concebida en términos utilitaristas toda vez que ésta tiene la función de prevenir delitos. Ahora bien, la reacción del ordenamiento jurídico en el Derecho penal del enemigo no cumple con los fines preventivos, toda vez que se ofrece en este trabajo la alternativa de la teoría de la Normalidad de Cancio Meliá. A la luz de lo anterior es que diremos que la *reacción de combate* Derecho penal del enemigo no pertenece al Derecho penal de un Estado social y democrático pues a todas luces no cumple los fines preventivos y abandona los principios estimados como esenciales para la sociedad y que deben ser

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 64.

respetados en la medida que estamos hablando de un Derecho penal dentro de un Estado democrático. En términos de la prevención general positiva no se reafirma la vigencia de la norma sino que se la pone aún más en duda en la medida que se llama a escena a normativas especiales ante la vulneración de la misma en vez de mantener los principios clásicos del Derecho penal de manera que se comunicara a la Sociedad que la situación se mantiene en normalidad negando la competencia al agente infractor de negar la vigencia de la norma. En otras palabras, cómo puede el Derecho penal reafirmarse a sí mismo o bien a los valores fundamentales consensuados de la Sociedad si al verse amenazado por individuos que se encuentran en su propia conformación muta a un Derecho penal distinto del normal que no reconoce los valores de la Sociedad sino que expresamente los niega. El Derecho penal basado en los principios liberales sufre así una doble negación, tanto del infractor de la norma como de él mismo al recurrir al Derecho penal del enemigo.

3.- Se ha señalado que el principio intervencionista del Estado social, puede conducir a un Derecho penal más preocupado por la eficacia de sí mismo que por servir a todos los ciudadanos, de manera que la pena se convirtió muchas veces en un arma del Estado esgrimida en contra de la sociedad, trocándose la eficacia de la pena en terror penal. Es el peligro que encierra un Derecho penal concebido para ser eficaz como es el caso del Derecho penal del enemigo, toda vez que se piensa este Derecho en la medida que se pretende asumir que dicha reacción es más eficaz que la utilización del Derecho penal normal o clásico respetuoso de los principios liberales. De manera que en este ámbito el Derecho penal del enemigo resuelve la problemática de la criminalidad a favor del intervencionismo del Estado en desmedro de los principios liberales. Es la clásica disputa entre el papel que juega el Estado en relación a sus principios sociales de intervención y los principios que consagra el Estado liberal, lo cual hemos resuelto con la fórmula Estado social y democrático de Derecho, respecto del cual el elemento Democrático le exige que toda intervención debe ser funcional al interés de la mayoría y en respeto de los valores consensuados por

la mayoría, lo cual el Derecho penal del enemigo no realiza en la medida que recorta las garantías individuales basadas en valores que a lo menos formalmente las sociedades occidentales han erigido. Al hilo de estas objeciones que se han ido señalando sobresalen aquellas que plasman en la extensión del poder de intervención del Estado un abandono inaceptable de los principios del proceso penal liberal. Esta tesis es defendida fundamentalmente por un grupo de profesores de Francfort, que observa dos tendencias peligrosas en el actual desarrollo del Derecho. De una parte, se denuncia el abuso de la técnica de anticipación de lo punible, del recurso a los delitos de peligro en la nueva criminalización; de otra se acusa la aparición de un pragmatismo político-penal que contamina las nuevas reglas del Derecho procesal, sacrificando la libertad de los individuos para fortalecer el poder estatal.

4.- El Derecho penal del enemigo se inserta dentro de lo que llamamos Derecho penal de autor, como vimos anteriormente, éste pretende una despersonalización antiliberal, tanto de los sujetos que contradicen las normas como de los operadores jurídicos que pretenden llevarlas a cabo. Y consiste en un modelo autoritario del Estado toda vez que pretende irrumpir y cuestionar la vida y el fuero interno de los individuos más que la exteriorización de sus voluntades, de manera que se pretende reducir la competencia propia de los sujetos a los impulsos neuronales, pues incluso los pensamientos serían reprochables penalmente, de manera que se pretende construir e intervenir en la autoconcepción de los individuos. En relación a esto Muñoz Conde; *“la primera observación que se puede hacer a Jakobs es que su Derecho penal del enemigo recuerda mucho al Derecho penal de autor que propugnaron los penalistas nazis, según el cual lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la perversión, inclinación o tendencia al delito o peligrosidad criminal, que pudiera tener su autor. En efecto, es esta la impresión que da cuando Jakobs menciona varios de los sujetos que pueden calificarse según él como enemigos”*¹⁸¹.

¹⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. De Nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. p .126.

SÍNTESIS

Como idea conclusiva tenemos que el Derecho penal del enemigo no puede pertenecer y de hecho no pertenece al Derecho penal de un Estado Social y democrático, de manera que si bien se reconoce la existencia de esta normativa peculiar dentro de los ordenamientos jurídicos actuales, -ya bien como tratamiento excluyente de ciertos sujetos por su especial peligrosidad o bien como parte del Derecho penal respecto de las medidas de seguridad como presencia del Derecho de autor, o en un análisis desapasionado de la pena en términos *jakobsianos*-, no se comparte por la mayoría doctrinaria su conveniencia en términos de los fines del Estado y por consiguiente los fines que se le atribuyen a la pena y los fundamentos del *ius puniendi* estatal. La vulneración de los principios del Derecho penal liberal y la negación misma de los valores consensuados por los Estados democráticos –de los cuales son manifestación clara las garantías procesales, en la medida que se ha dicho clásicamente que el termómetro de un Derecho penal liberal o autoritario está en su propio Derecho procesal penal- constituyen un antecedente ineludible a la hora de pensar en la posibilidad de pertenencia del Derecho penal del enemigo al Derecho penal. A raíz de estos antecedentes podemos concluir en la negativa de la posibilidad de inclusión o bien reconocimiento de pertenencia y avanzamos, aún más, en la ubicación de este fenómeno no ya solamente como excluido del Derecho penal basado en los principios liberales, sino que aún más, lo posicionamos como un elemento esclarecedor de lo que constituye el *no Derecho penal*. En relación a esto Cancio Meliá; “*desde la perspectiva del sistema jurídico penal actualmente practicado el concepto de Derecho penal del enemigo sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no- Derecho penal presente en las legislaciones positivas*”¹⁸². Las consecuencias de este discurso alcanzan tal nivel que nos permiten servir de indicador de la normativa penal que constituye una zona de No-Derecho

¹⁸² CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo?. p. 17.

penal. ¿Hasta qué punto es legítimo entonces un Derecho penal del enemigo que no se atenga a los principios del Estado de Derecho y viole preceptos constitucionales y declaraciones internacionales a favor de los derechos humanos? ¿Cuáles son los límites que debe tener el mismo, si es que, por su naturaleza, admite algún tipo de límites? y en definitiva ¿quién va a proceder a la definición de enemigos?¹⁸³

Ahora bien, hemos abordado bajo el apartado de la disidencia medular, las críticas que apuntan a las consecuencias del discurso del Derecho penal del enemigo para los principios y funciones que se le atribuyen al Estado social y democrático de Derecho y por consiguiente al fundamento del *ius puniendi* estatal y función de la pena. Pero las críticas realizadas a la *fórmula del enemigo* no sólo se realizan a partir de las *consecuencias* que se ocasionan con su inclusión normativa en los términos antes señalados, sino que además se observa una crítica a la *construcción* misma de la Teoría. Es decir, por una parte se analiza la proposición y se analizan sus *consecuencias* y por otro lado, la crítica se realiza en un momento anterior a las consecuencias o efectos del discurso y se aparta o diside en la *construcción* de la misma. Al primer enfoque de las críticas lo llamamos disidencia medular, el segundo y que constituye un paso anterior en la secuencia crítica¹⁸⁴ se analizará en seguida. Diremos ahora, que tanto la disidencia medular como la disidencia en la construcción arriban a las mismas conclusiones en tanto ambas reconocen o alinean al Derecho penal del enemigo como parte de un Estado absoluto y no de Derecho, por lo tanto el resultado de ambas es el mismo pero diferenciado en el camino recorrido para su obtención.

¹⁸³ SCHUNEMAN en PORTILLAS, Guillermo. El derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos. Apunte del Master de Derecho Penal. pp. 17, p. 698.

¹⁸⁴ El orden de las críticas no ha sido escogido arbitrariamente, sino que se ha pretendido analizar las mismas desde el punto de vista de las *consecuencias* en la medida que pensamos que tiene mayor importancia para el análisis basado en la legitimación del *ius puniendi*. El enfoque desde el punto de vista de la *construcción* de la Teoría se realiza para completar el análisis de la disidencia y tener una global de la misma.

TERCERA PARTE

DISIDENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN

En el primer capítulo tuvimos la oportunidad de analizar cómo Jakobs construye su idea del Derecho penal del enemigo y a lo largo de todo este trabajo hemos podido observar que en cuanto a esta proposición existirían 2 grupos de ideas en los cuales descansa la proposición: El funcionalismo sistémico de Luhmann y las ideas ius filosóficas y teórico políticas. En principio, las opiniones se distancian de las regulaciones jurídicas que responden a las características del Derecho penal del enemigo, y también de la doctrina que pretende legitimarlas y sostenerlas. El Derecho penal del enemigo y el discurso teórico que trata de fundamentarlo parece susceptible de una crítica plural, pero aquí planteamos reflexiones políticas y ius filosóficas respecto del paradigma en torno al cual se quiere configurar un Derecho penal del enemigo, es decir, respecto de la negación de la condición de personas a los *enemigos*.

Las críticas que analizaremos se dirigen preferentemente a ambos grupos de ideas, las cuales como ya señalamos son los cimientos del discurso Derecho penal del enemigo.

Crítica dialéctica de Gracia Martín

Desde un punto de vista dialéctico puede ser criticada la proposición de Jakobs, preguntándonos si el mismo conduce o no un callejón sin salida. *“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 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*¹⁸⁵. El discurso del Derecho penal del enemigo dice encontrar ese concepto previo de no-persona que le es necesario para poder entrar en acción, en el dato de que un individuo ha abandonado de modo duradero el Derecho. Ahora bien, si esto fuera así, no parece que precise de ninguna demostración que ese Derecho que tiene que ser reiterada y permanentemente infringido por el individuo en cuestión sólo puede ser el de ciudadano. Sin embargo, un Derecho sólo puede ser infringido por un destinatario de sus normas y, como reconoce el discurso del Derecho penal del enemigo, sólo puede ser destinatario de una norma jurídica una persona. Por tanto, quien infringe reiteradamente y de modo duradero el Derecho (del ciudadano), tiene que ser por fuerza una persona. Ahora bien, *“para comprobar que el individuo en cuestión ha infringido realmente el Derecho del ciudadano habrá que someterle necesariamente a un proceso penal que obviamente también debe seguir las reglas del Derecho del ciudadano. Esto, sin embargo, significa que cuando el sujeto entra en el proceso lo hace con la condición de ciudadano, y, por lo tanto, que lo hace con todos sus derechos de ciudadano y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal del ciudadano, en particular por la garantía de la presunción de inocencia. Ahora bien, si en el proceso se obtiene se obtiene la certeza de que el sujeto ha cometido la infracción, entonces lo que habrá de seguir a dicha comprobación no podrá ser distinto a las consecuencias jurídicas del Derecho del ciudadano, por ser éste el Derecho que ha infringido y conforma al cual se le ha juzgado. Pero entonces, si según los postulados de la doctrina del Derecho penal del enemigo, todo el que*

¹⁸⁵ GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 29.

*es juzgado por el Derecho penal del ciudadano lo es en su condición de persona, y si la pena que se le impone al que resulta condenado por este Derecho en nada le priva de su status de ciudadano ni de su condición de persona, los cuales conserva legítimamente a pesar de su condena ¿dónde puede encontrar el Derecho penal del enemigo a sus destinatarios, es decir, a individuos que carezcan de la condición de persona y que preexistan lógicamente a toda pretendida regulación y aplicación de tal Derecho?”¹⁸⁶. A lo anterior se podría contestar que es justamente el proceso el que determina finalmente la privación al individuo de su condición de persona y con ello su exclusión de la ciudadanía y su declaración como enemigo. Sin embargo, esto para nada afectaría a que el proceso tuviera que desarrollarse con todas las garantías propias del ciudadano, pues desde el inicio de aquél y, al menos, hasta su conclusión mediante una sentencia condenatoria, el imputado no puede encontrarse en ningún otro status que no sea el de ciudadano. Con lo cual se demuestra, en principio, que al Derecho penal del enemigo sólo le es posible partir de la existencia previa de personas, y que si esto es así, entonces los contenidos y las reglas materiales de ese Derecho no podrán ser otras distintas a las del Derecho penal del ciudadano. Es decir, para poder hablar de una infracción de norma obligatoriamente debemos hablar de ciudadano, de lo contrario no habría norma alguna que le fuera destinada en tanto sólo sería un *enemigo* en el estado de naturaleza precontractual en el cual sólo prima la ley del más fuerte. “*La argumentación desarrollada, sin embargo, (...) no tiene más valor que el dialéctico, y por consiguiente no puede ser acogida como decisiva en contra del Derecho penal del enemigo*”¹⁸⁷. De esta manera, para realizar una crítica valedera se debe recurrir a otros términos.*

¹⁸⁶ *Ídem.*, p, 29,

¹⁸⁷ *Ídem.* p, 29,

El concepto de persona determina la construcción de los discursos

Si bien las sociedades modernas se fundamentan según Luhmann en los principios de igualdad y libertad deducidos de la teoría del contrato social – libertad para la aceptación del contrato social e igualdad de todos los que forman parte del mismo-, las diferencias se forman a partir del uso de la libertad de los concretos sistemas parciales y, particularmente, de la idea de organización formal. Las expectativas dirigidas hacia las personas se basan, ante todo, en el contraste entre pasado y futuro centrado en la biografía. Por ello, no todos pueden participar en los sistemas de modo integral pues va a depender de las formas de organización de la comunicación. De modo paralelo, esta afirmación expresa la separación entre la igualdad formal en el ámbito del sistema parcial y la desigualdad real en el espacio de organización formal. Es evidente que la exclusión de los subsistemas puede llevar al individuo a ser irrelevante como persona; esto puede ocurrir, bien por la exclusión de la organización formal o por la autoexclusión del contrato social que impide la participación en el sistema parcial. Esta construcción constituye el contexto del que parten tanto Jakobs como sus seguidores en la concepción del Derecho penal del enemigo.

Contrarios a este planteamiento sistémico sobre el Derecho penal-procesal del enemigo se han pronunciado diversos autores que estiman inaceptable el método funcionalista de legitimación de la ausencia de derechos, subraya especialmente Shunemann; “*aunque sea punible cualquier acto de enemistad, sí se debe mantener para el acusado de lesionar la norma un procedimiento sancionatorio y, como persona, todos los derechos ciudadanos que le corresponden (...).*”¹⁸⁸. Así mismo en una dirección igualmente opuesta a la tesis funcionalista del *enemigo* señala Schulz “*de la identificación que Jakobs establece entre el Derecho penal del enemigo y la guerra, subyace, en realidad,*

¹⁸⁸ SCHUNEMAN en PORTILLAS, Guillermo. El derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos. Apunte del Master de Derecho Penal. p. 706..

*su indiferencia por la legalidad del procedimiento. La radicalidad del término Derecho penal del enemigo puede llegar a apoyar fenómenos que, a veces, restan importancia técnica al proceso penal*¹⁸⁹.

*“En un sentido material, y desde una primera valoración que puede hacerse sobre las regulaciones típicas del denominado Derecho penal del enemigo debe llevar a la conclusión de que a las mismas no se les puede reconocer ya el carácter de Derecho”*¹⁹⁰. A esta conclusión tiene que conducir ya inmediatamente, y por sí mismo, el propio paradigma sobre el que pretende construirse semejante ordenamiento, esto es, la negación a sus destinatarios de la condición de personas. Kaufmann señala; *“el centro de gravedad y el quicio de una fundamentación jurídico no funcionalista es el concepto de persona, pues éste constituye la medida indisponible del Derecho correcto”*¹⁹¹.

En la misma línea y en referencia al Derecho natural se pronuncia Welzel al abordar la problemática que plantea la *trascendencia*. *“En la problemática del Derecho, el hombre se ve situado ante esta alternativa entre inmanencia y trascendencia de una manera tan directa y tan ineludible, que tiene que hacer frente a su decisión con toda su existencia física y espiritual: si no hubiera trascendencia, es decir, si la obligatoriedad y el deber ser trascendente a la existencia sólo fueran la proyección ilusionista de hechos psicológicos o sociológicos, entonces el hombre quedaría entregado sin remedio al poder superior”*¹⁹². Lo que se anticipa es que no se observa la sociedad y el Derecho como un entramado, circuito o sistema en el que lo que importa es la conservación del mismo, en el cual las conductas humanas tienen relevancia solamente en la medida en que comunican algo para el Sistema -para el caso de los delitos-, como un hecho revelador de una avería o de un síntoma de mal funcionamiento para el Sistema, sino que dichas exteriorizaciones consisten en conductas humanas que tienen significado en sí mismas en tanto se entiende la

¹⁸⁹ *Ibid.* p. 707.

¹⁹⁰ GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 30.

¹⁹¹ KAUFMANN, Arthur en GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 30.

¹⁹² WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del Derecho. Madrid, Aguilar, 1971. p 251

existencia humana como *dotada de sentido*. Puesto que *“desde el momento en que una potencia lograra poder ilimitado, el hombre quedaría entregado a ella, no sólo de manera física, sino también espiritual. Esta significación realmente existencial del problema jurídico la ha llevado a conciencia en todos los tiempos la idea del Derecho natural”*¹⁹³.

Con esto Welzel determina cual es el polo superior del que pende toda teoría jurídica y además se observa el correlato del deber ser vinculante: la persona responsable. Pues, *“mientras la coacción convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas, la obligatoriedad le impone responsabilidad por un orden de su vida dotado de sentido, haciendo de él el sujeto de la conformación de su vida. En el momento, por eso, en que frente a la coacción del poder superior se descubrió el carácter obligatorio del Derecho, se descubrió también, a la vez, por lo menos en germen, la personalidad del sujeto obligado”*¹⁹⁴. Por lo tanto el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto Derecho. Este contenido material está implícito necesariamente en el axioma supremo del Derecho natural, de que hay una obligatoriedad o un deber ser trascendente a la existencia.

Ahora bien, la negación del carácter de Derecho a las regulaciones del Derecho penal del enemigo, sin embargo, no parece ningún argumento suficiente, ni mucho menos definitivo, para privar a las mismas de legitimidad o de validez. Pues esa negación, al menos con respecto al individuo que es penado con arreglo a dichas regulaciones, es algo que ya ha reconocido expresamente el mismo Jakobs; *“esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado: por el contrario, el enemigo es excluido”*¹⁹⁵. La cuestión entonces ha de plantearse en términos de si en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho se puede legitimar la

¹⁹³ *Ídem*. p. 251.

¹⁹⁴ *Ídem*. p 251.

¹⁹⁵ JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. p. 56.

existencia de un “Derecho de lucha contra los enemigos” como complemento del Derecho penal y, por ello, como una excepción a éste que no tendrá el carácter de “Derecho” porque el contenido de sus regulaciones será únicamente el ejercicio de la coacción y la fuerza. La cuestión es si se pueden legitimar reglas de actuación estatal que afecten a la libertad de sus destinatarios sin reconocerles como personas y, por consiguiente, que –como sucede con las de Derecho penal del enemigo- permitan una actuación estatal que traspase los límites que impone la condición de persona.

Cuando observamos los principios de un Estado social y democrático de Derecho que nos entregaba Mir Puig concluimos que el Derecho penal corresponde a un sistema de imputación cuyas reglas se fijarían en virtud del acuerdo de las personas que integran la sociedad sobre los criterios, objetivos y subjetivos, que hay que tener en cuenta para imputar un determinado suceso llamado delito a una persona como responsable del mismo al objeto de poder imponerle una pena y restablecer así la vigencia del Ordenamiento jurídico conculcado por el delito. Según lo visto, tales reglas de imputación no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo, es decir, de una determinada concepción del ser humano, de la sociedad y del Estado. Es decir, en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano nadie puede ser nunca definido como no persona. Sin embargo, *“Jakobs no encontraría dificultades serias para superar estas objeciones. En primer lugar, y para comenzar con lo último, la Teoría de Jakobs es precisamente un claro exponente de la derivación de determinadas reglas de imputación –y no de otras distintas- precisamente de una determinada concepción acerca del hombre (este es sólo un sistema psíquico) y de la sociedad (nada más que un sistema de comunicaciones), concepción que, como es sabido, infiere de una determinada teoría de sistemas”*¹⁹⁶. Como hemos visto con anterioridad, para Jakobs no es precisamente el *hombre* el sujeto del Derecho penal, sino la *persona*, y, por lo tanto, sólo ésta es sujeto de la

¹⁹⁶ GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 32.

imputación. Ahora bien, la persona no está dada por la naturaleza sino que “ es el correspondiente complejo de normas el que constituye los criterios para definir lo que se considera una persona. En la práctica un sujeto es siempre persona en muchos sentidos, debido a que desempeña diversos roles”¹⁹⁷. De esta forma es posible que en el discurso de Jakobs aparezcan no-personas, y de acuerdo con dicha lógica estas ya no podrían ser susceptibles de de imputación jurídico penal. Conforme a esa lógica los *enemigos* son *no-personas*, entonces tampoco se les imputará ningún delito para imponerles una pena como consecuencia y restablecer así la vigencia de la norma.

Por otra parte, si las reglas de imputación se constituyeran a partir del acuerdo de quienes integran la sociedad, nada impediría que mediante un tal acuerdo la sociedad conviniera en negar la condición de personas a determinados individuos y en que estos quedaran excluidos del Derecho penal, esto es, de las reglas de imputación jurídico-penal.

El punto en discordia entre aquellas teorías que rechazan el Derecho penal del enemigo y aquellas que lo proponen es que ambas desarrollan sus discursos a partir de paradigmas distintos.

El concepto de persona que utilizan aquellas teorías que se oponen a un Derecho penal del enemigo es aquel que identifica a la persona con el *hombre*, con el *individuo humano*. El concepto de persona que utiliza Jakobs, en cambio, y como ya hemos señalado anteriormente, se diferencia del ser humano, pues es sólo una construcción normativa que se atribuye a los hombres, si bien *no a todos*.

“En la lógica del discurso de Jakobs, el despojo de la condición de persona debe tener como consecuencia la aparición del hombre o individuo como ser existencial. Las reglas del Derecho penal del enemigo operan sobre el hombre, y no sobre la persona”¹⁹⁸. Es decir, por un lado se plantea por Jakobs un Derecho

¹⁹⁷ JAKOBS, Gunther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. p. 83.

¹⁹⁸ GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 33.

penal cuyos destinatarios son las personas, y por otro, el Derecho penal del enemigo que se dirige al *hombre, individuo o conciencia psíquica* (Luhmann).

Es interesante señalar la etimología de la palabra persona para entender la visión de Jakobs. La misma etimología de la palabra demuestra que es un concepto sobreañadido al concepto de hombre. Un refrán de origen jurídico, también lo recuerda: *homo plures personas sustinet*, es decir, el hombre sostiene o desempeña muchas máscaras o papeles (un mismo hombre es empresario y delincuente, es padre y metalúrgico, &c.). «Persona» era, en efecto, la máscara o careta que usaban los actores de la tragedia para hablar *–per sonare*. Así pues, persona significaría primero ‘máscara’, ‘papel del actor’, ‘carácter’ y finalmente ‘persona’. Persona correspondería al griego πρόσωπον (πρόσωπον).

Con la despersonalización lo que se hace es quitar la máscara o el papel que le corresponde al sujeto dentro del entramado social para dejar sólo al individuo o ser humano y “*es inevitable que en cuanto el Estado procede de esa manera, porque detrás de la máscara cree encontrar a su enemigo, le arrebatada la máscara y con ello, automáticamente, lo elimina de su teatro (o de su carnaval, según los casos)*”¹⁹⁹.

Una vez que hemos señalado que la discusión entre los discursos radica primeramente en una diferenciación entre los conceptos de *persona* que se manejan, ahora cabe preguntarse como señala Gracia Martín respecto de quiénes constituyen los destinatarios del Derecho penal. Puesto que si se responde que si el destinatario del Derecho penal corresponde a la persona normativa entonces podría pensarse en la inclusión de una normativa especial para aquellos sujetos que no son personas sino únicamente individuos como concepto de una *conciencia psíquica*. En cambio, si se determina que el destinatario del Derecho penal es la persona como ente psíquico no cabría

¹⁹⁹ ZAFFARONI, Raúl. El enemigo en el derecho penal. p. 19.

aplicar un Derecho especial en la medida que no cabría discriminar entre individuos iguales con Derechos o cuerpos normativos distintos.

El destinatario del Derecho penal

La construcción de un “Derecho penal del enemigo” podría ser válida si, a su vez, se aceptara también como válida la diferenciación que hace Jakobs entre persona e individuo en relación precisamente con el Derecho penal, en el sentido de que éste se dirigiría sólo –y, por ello, tendría como sujetos de la imputación jurídico penal exclusivamente- a las personas. Por lo tanto, quienes no fueran reconocidos como personas, sino sólo como *individuos*, no podrían estar sujetos al Derecho penal y estarían sujetos a una reacción del Estado que se basa en una legitimación o fundamentación distinta que la del Derecho penal. La cuestión es si puede sostenerse que el Derecho penal tiene como destinatario realmente a la persona, en el sentido de Jakobs, y no al *individuo*, es decir, al *hombre real individual o empírico*. Si esto último fuera correcto, entonces no podría justificarse ya ningún Derecho penal del enemigo excepcional, pues su destinatario sería idéntico al del Derecho penal “ordinario” y, por ello, debería regirse por los mismos principios que éste y quedar sometido a sus mismas reglas, límites y garantías.

Es sabido que, sin duda, el ordenamiento jurídico tiene un concepto de persona entendido como una construcción normativa en alguno de sus ámbitos particulares, como en Derecho civil o Derecho público. Respecto a esto se tiene la concepción de Kelsen que señala; *“la teoría tradicional identifica el concepto de sujeto de derecho con el de persona. Define: persona es el hombre en cuanto sujeto de derechos y obligaciones. Pero como no sólo los hombres sino también otros entes –como ciertos grupos: asociaciones, sociedades anónimas por acciones, municipios y Estados- pueden ser representados como personas, se define el concepto de persona como el de portador de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, donde portador puede ser no sólo el hombre sino también*

esos otros entes. El concepto de un portador de derechos y obligaciones jurídicas desempeña un papel decisivo en la teoría tradicional de la personalidad jurídica. Si el hombre es el portador de los derechos y obligaciones que interesan, se habla de una persona física; si son esos otros entes los portadores de los derechos y obligaciones jurídicas en cuestión, se habla de personas jurídicas. Se contrapone así a la persona física como una persona natural, a la persona jurídica, que sería una personalidad artificial (...). La persona física o jurídica que tiene, como su portador, obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, es esas obligaciones y derechos subjetivos; es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa unidad”²⁰⁰. En este plano, necesariamente abstracto, también es posible entender, incluso que, en principio, para nada entra en consideración el individuo real con sus capacidades y facultades psicofísicas. “Ahora bien, y sin embargo, también parece que hay que entender que, en rigor, este no es el plano que corresponde propiamente a la regulación de conductas humanas, sino más bien el propio de las normas impersonales de valoración o bien el de las denominadas como normas o proposiciones distributivas por Josep Esser”²⁰¹. Esser las define como aquellas que “determinan el otorgamiento de bienes y otros valores, pero también de perjuicios, gastos y riesgos (peligrosos),”²⁰². Entonces entendemos por distribución también la atribución de derechos y deberes, de roles y expectativas normativas y, por lo tanto, el modo en que el orden normativo constituye a la persona como centro de imputación de derechos y de deberes. Así Kaufmann señala que; “estas proposiciones que vinculan valores objetivos con personas (naturales o jurídicas), son juicios de valor”²⁰³. Consiguientemente con esto Gracia Martín observa que en esta distribución y atribución, “no parece que quepa ver nada más que juicios de valor

²⁰⁰ KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. México, Porrúa, 1991. p 182 y ss.

²⁰¹ GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 35.

²⁰² ESSER, Josep en KAUFFMAN, Armin. Teoría de las normas. Buenos Aires, De palma, 1977. p. 353.

²⁰³ KAUFFMAN, Armin. Teoría de las normas. p. 353.

o de deber ser que no pueden fundamentar más que un deber impersonal cuyo significado no va más allá de que las relaciones de adjudicación establecidas mediante la distribución tienen que realizarse. Para esta concepción del deber, empero, la persona no entra en consideración como sujeto sino sólo como objeto de la distribución". Ahora bien, los deberes impersonales o normas de distribución carecen completamente de fuerza para realizarse, por tanto, para ello se debe apelar entonces, a alguna fuerza externa, a diferencia de las leyes naturales. *"Una parte de las normas de las que aquí se trata viene dada por el mundo racional, dentro del cual se produce en la era moderna la comunicación que es de común entendimiento, y que no necesita estabilización especial: esta parte de las normas se encuentra asegurada de modo suficiente por vía cognitiva; quien no la acepte, puede que sea comprendido en algunas sociedades parciales, pero sólo allí. (...) Otra parte de las normas constitutivas de la sociedad carece por completo de tal fuerza genuina para autoestabilizarse; concretamente, todas aquellas normas que conforme a la concepción de la sociedad no pueden representarse como dadas previamente, es decir, que no pueden representarse como leyes naturales, y en el momento actual tampoco como leyes reveladas, sino sólo como normas hechas, aunque hechas por buenas razones. Mientras que las normas del primer tipo conforman una base de comportamiento obligada para todo aquel al que le resultan accesibles –y quien no tiene acceso a ellas es socialmente incompetente–, sobre las normas del segundo tipo cabe disponer subjetivamente, al menos en el caso concreto"*²⁰⁴. Como las proposiciones distributivas de Esser carecen completamente de fuerza genuina para realizarse se debe apelar entonces a alguna fuerza externa a los mismos que tenga la capacidad de realizarlas efectivamente. Para Gracia Martín *"esta fuerza capaz de realizar el deber o de cumplir con las expectativas del rol no puede ser la persona misma. Ésta no es más que el objeto que resulta de la imputación de deberes o de la asignación de roles cargados de expectativas normativas. Por ello, y más allá de una contemplación abstracta, sólo cabe*

²⁰⁴ JAKOBS, Gunther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. p. 26.

*entender que la efectiva realización del deber, o bien el efectivo cumplimiento de las expectativas del rol, serán el modo en virtud del cual se puede actualizar la persona. Pero entonces hay que reconocer que aquello por medio de lo cual se dé al deber o a la expectativa el cumplimiento que actualizará a la persona tiene que ser algo distinto a la persona misma. Así tiene que reconocerlo el mismo Jakobs*²⁰⁵. Gracia Martín desprende tal conclusión desde la concepción de persona del mismo Jakobs, donde éste reconoce la necesidad de la conciencia para la persona física. *“La persona es algo distinto de un ser humano, un individuo humano, éste es el resultado de procesos naturales, aquélla un producto social (de lo contrario nunca podría haber habido esclavos, y no podrían existir las personas jurídicas). Este producto es- en el caso de la persona física – la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una conciencia. (...) la conciencia es necesaria porque la comunicación se halla estructuralmente acoplada a ella*²⁰⁶”. Es por esto que no es en modo alguno la persona, sino el *hombre empírico y concreto* del mundo de la experiencia el que puede y tiene que ser destinatario de los dispositivos que se establezcan para asegurar el cumplimiento de los deberes y de las expectativas normativas. Es a esto lo que se refiere Armin Kauffmann cuando señala *“la relación a un hombre es, por tanto, esencial a la norma, y en ello hay acuerdo. El hombre es el obligado; él es el sujeto de la norma, el portador del deber (...). La norma se dirige, por tanto, a la capacidad, al poder del hombre, (...) el hombre es una unidad psicofísica, y sólo a esta unidad se refiere la exigencia y la esperanza de la norma*²⁰⁷. Es por esto que el sujeto de las consecuencias jurídico-penales también es el hombre y no la persona, *“el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real y de carne y hueso*²⁰⁸.

²⁰⁵ GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 36.

²⁰⁶ JAKOBS, Gunther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. p. 21.

²⁰⁷ KAUFFMAN, Armin. Teoría de las normas. p. 139.

²⁰⁸ SCHUNEMMAN en GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 37.

Como antes se señaló, el orden social constituido por el conjunto de normas de valoración y distribución carece en sí mismo de fuerzas o mecanismos que aseguren su realización efectiva o su vigencia real. Dicho aseguramiento sólo puede ser producto de la coacción o mediante la creación de una obligación y sólo en este último término podemos hablar de Derecho. Ahora bien, cuando hablamos de obligación no se habla ya de un *deber ser* impersonal, puramente valorativo, sino que se trata de un concepto de en sentido mas bien teleológico, porque su fin es un deber ser que tiene por objeto precisamente, el contenido axiológico de aquel *deber ser* impersonal. *“De todo esto sólo puede resultar como conclusión válida que la teoría de la responsabilidad penal –de la imputación- no toma como referencia a la persona en cuanto construcción social o normativa, sino al hombre”*²⁰⁹. No sólo el *hombre empírico* es el destinatario de la norma sino que es el *hombre* quien sufre el castigo de la pena. Ya las teorías retributivas hablaban respecto de la no instrumentalización del hombre en sacrificio de la sociedad, de esa manera pareciera ser que la persona como destinatario de las normas penales consistiría en una instrumentalización del *individuo* o *entidad biopsíquica* para fundar una teoría o idea de sociedad. Señala Kant; *“pues bien, yo digo: el hombre y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como medio para el uso a discreción de esta o aquella voluntad, sino que tiene que ser considerado en todas sus acciones, tanto en las dirigidas a sí mismo como también en las dirigidas a otros seres racionales, siempre a la vez como fin”*²¹⁰. Para Kant el delincuente no debe ser utilizado como medio para alcanzar fines sociales, por lo tanto también tiene como referencia al hombre, y no a la persona, es la personalidad innata la que sirve de contención ante la instrumentalización del individuo.

Ahora bien, si señalamos que el Derecho penal debe partir de la concepción del hombre como persona responsable esto implica que aquello que hace al hombre

²⁰⁹ GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 37.

²¹⁰ KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Barcelona, Ariel, 1996. p 187

precisamente una persona responsable (Welzel) y no algo distinto tiene que estar ya previamente dado en la estructura ontológica del mismo ser humano, o bien, en la naturaleza humana. Es bajo este respecto que Welzel señala que hay una obligatoriedad o un deber ser trascendente a la existencia. Las teorías naturales parten de este deber ser trascendente a la existencia y vinculante como se parte de un axioma. Que estas teorías traten de este deber como de un axioma, no tiene nada de extrañar, ya que, de hecho, es un dato último, desde el cual puede procederse a una prueba, pero que en sí mismo no puede ser probado. Lo que sí puede hacerse, es mostrar fenómenos que lo evidencian y que hacen verosímil su contenido. “*En este respecto, figura, en primer lugar, la voz de la conciencia (...) La voz de la conciencia es la percepción de la trascendencia en la inmanencia*”²¹¹. Es en el sentido de trascendencia donde se puede encontrar la superposición de la entidad humana al poder superior, de manera que ya no puede sacrificarse el primero en pos del segundo, pues “*sino hubiera trascendencia, es decir, si la obligatoriedad y el deber ser trascendente a la existencia sólo fueran la proyección ilusionista de hechos psicológicos o sociológicos, entonces el hombre se encontraría entregado sin remedio al poder superior*”²¹². Entendiendo en el hombre un *deber ser trascendente* se da una vida humana dotada de sentido, de ahí el concepto de *persona responsable*., pues, mientras la coacción convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas, la obligatoriedad le impone la responsabilidad por un orden de su vida dotada de sentido.

La estructura ontológica derivada de la *trascendencia* ante la *inmanencia* del ser humano que necesariamente debe ser respetada por el Derecho, está constituida por todo aquello que fundamenta la *dignidad humana*²¹³. Ésta no es producto ni resulta de ninguna construcción normativa, sino que se entiende como algo de lo que es portador en sí mismo todo hombre por el hecho de su existencia. Pufendorf advirtió de esto señalando “*in ipso quippe hominis*

²¹¹ WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del Derecho. p. 250.

²¹² *Ibid.* p 251

²¹³ La *Dignitas humana* no es, naturalmente una invención de Pufendorf, pero sí aparece en él por primera vez como un concepto iusnaturalista central.

*vacabulo iudicatur innese aliqua dignatio*²¹⁴; “ya en la mera palabra de hombre hay alguna dignidad”. Pufendorf subraya que el principio supremo del Derecho natural no es un axioma directamente evidente, sino obtenido de la observación, brindado por la naturaleza de las cosas y del hombre, y que ningún hombre con sentido común puede poner en duda. “Este principio supremo del Derecho natural lo obtiene Pufendorf de la observación de la naturaleza humana, cuya cualidad más sobresaliente es la imbecilítas: es decir, el desamparo del hombre entregado a sí mismo. Uno de los caminos metódicos por los que deduce la imbecilítas es la ficción de un hombre abandonado en un país desierto. De la imbecilítas sigue, como principio regulativo supremo del Derecho natural, la socialítas, es decir, la necesidad para el hombre de vivir en sociedad”²¹⁵. La dignidad del hombre radica, por un lado, en que posee la luz del entendimiento y la capacidad de distinguir y de elegir; “*maxima inde homini dignatio, quod animam obtinet inmortalem, lumine intellectus, facultate res diudicandi eligendi praeditam, in plurimas artes foletiffimam*”²¹⁶. Por esto es que el hombre es un ser éticamente libre, y por otro lado en su sociabilidad, es decir, en su capacidad de vinculación al orden ético social de una comunidad. Es decir, “de la libertad ética, que constituye la dignidad del hombre, se deriva la igualdad del Derecho natural, y de este, la libertad de Derecho natural”²¹⁷. Esto supone que la dignidad del hombre radica ante todo en su facultad o capacidad de obrar finalmente, es decir, conforme a sentido, y en su capacidad de vinculación a un orden ético-social (sociabilidad), esto es, con la conciencia de que le es posible cumplir su compromiso con dicho orden. No es necesario entonces, que el hombre actualice tales capacidades, ya que la sociabilidad no tiene por sí misma ninguna fuerza vinculante. “Dignidad humana la poseería en igual medida que cualquier otro hombre, aquél que decidiera apartarse por completo de toda comunidad de hombres para vivir completamente sólo y en un estado completamente inactivo. Así pues, teóricamente sería posible imaginar, como describe el discurso del

²¹⁴ PUFENDORF, Samuel. De iure naturae et Gentium. Londres, Humphrey Milford, 1934. p 224

²¹⁵ WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del Derecho. p. 143.

²¹⁶ PUFENDORF, Samuel. De iure naturae et Gentium. p. 101.

²¹⁷ WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del Derecho. p. 146

*Derecho penal del enemigo, que algún o algunos hombres renunciaran a la sociabilidad y optaran de ese modo por configurar su vida fuera y al margen de la sociedad, e incluso por oponerse frontalmente al orden de la misma. En estos casos ninguna razón puede haber para negar que una decisión semejante sea la expresión de un hombre éticamente libre, con lo cual también quienes decidieran separarse de un modo duradero de un orden social tendrían que ser reconocidos como personas responsables y ser tratados como tales*²¹⁸. Esto lo recalca Pufendorf cuando señala; “*aun cuando no se espere de otro hombre nada bueno ni malo la naturaleza quiere que se le trate como afín y semejante nuestro. Esta razón basta a sola, aunque no hubiera otra, para que el género humano forme una comunidad pacífica*”²¹⁹. Pufendorf no señala ninguna base para excluir a ningún hombre de la sociedad. Esto es lógico, pues no establece distinciones entre los hombres en virtud de ninguna atribución de *status*, sino que se sitúa en el plano ontológico de la *dignidad* del hombre el cual poseen todos por igual y no puede ser negada a ninguno, como la dignidad corresponde por igual a todos los hombres, todo hombre es igual a los otros por naturaleza, “*esta igualdad natural no es una igualdad en las fuerzas, como pensaba Hobbes, sino una igualdad en el Derecho, cuyo fundamento se halla en que el deber de sociabilidad une igualmente a todos los hombres, ya que está dado con la naturaleza humana como tal*”²²⁰.

Esta idea de dignidad humana vinculante para el Derecho constituye el argumento decisivo contra el Derecho penal del enemigo. En este sentido, la idea de dignidad humana formulada por Pufendorf²²¹ constituye la base a partir de la cual se desarrolla la noción de los *derechos del hombre* y de la libertad.

²¹⁸ GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 40

²¹⁹ WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del Derecho. p. 143.

²²⁰ *Ibid.* p. 145.

²²¹ Hay una gran relevancia histórica en el planteamiento de Pufendorf, pues ayudó históricamente a preparar la declaración de derechos norteamericana, y es digno de notar que su teoría del Derecho natural llegará al continente americano antes que la de Locke. Pufendorf encontró un partidario entusiasta y un divulgador de su doctrina en el párroco de Ipswich, John Wise (1652-1725), el primer gran demócrata americano y padre de la democracia americana, como le han llamado sus compatriotas. En la lucha de los congregacionalistas con los

La idea de la dignidad del hombre explica que en la tradición jurídica de las declaraciones de derechos se distinga entre derechos –y garantías- de la *persona*, a la cual hay que entender en este contexto como sinónimo de *hombre*, y derechos del *ciudadano*. Los primeros se reconocen a todo hombre por el mero hecho de existir. Los segundos, en cambio, y como es lógico, sólo se reconocen a quienes, como ciudadanos, forman parte de una determinada comunidad política, y sí pueden ser objeto de limitación y de privación. “Desde la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de Agosto de 1789, hombre y ciudadano constituyen dos status subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales, los de la personalidad que corresponden a todos los seres humanos en cuanto individuos o personas, y los de ciudadanía, que corresponden en exclusiva a los ciudadanos”²²².

Entre los derechos del hombre en cuanto individuo humano, la Declaración enumera en sus artículos 7 a 10 garantías del Habeas corpus y todas las garantías penales y procesales. Estas garantías del hombre deben considerarse intangibles con respecto a todos, y en su violación hay que ver siempre un atentado a la dignidad del ser humano.

Como ya observamos para Pufendorf la cualidad más sobresaliente del hombre es la que él designó con el nombre de *imbecilitas* y entendió como el desamparo del hombre entregado a sí mismo. Semejante cualidad tiene como fuerza neutralizadora a la *socialitas*, es decir, a la necesidad para el hombre de vivir en sociedad con otros hombres, la cual es actualizable gracias a la libertad ética del hombre, es decir, a su dignidad. Un hombre que, renunciando a la sociabilidad, optara por configurar su vida fuera y al margen de la sociedad, y se opusiera incluso frontalmente a su orden, expresaría también en ello una decisión de libertad ética y con ello mantendría intacta su dignidad. “De hecho si la valoración de la interioridad moral y de la autonomía de la conciencia es el rasgo

presbiterianos, Wise buscó apoyo en la doctrina de Pufendorf, y desarrolló, siguiéndole de cerca, y, en parte, tomando literalmente partes enteras del *De iure naturae et Gentium*, las ideas de la sociabilidad de la dignidad humana y de la democracia.

²²² FERRAJOLI, Luigi en GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p. 41.

distintivo de la ética laica moderna, la reivindicación de la absoluta licitud jurídica de los actos internos y, aún más, de un derecho natural a la inmoralidad es quizá el principio más auténticamente revolucionario del liberalismo moderno. Observado en negativo, como límite a la intervención penal del Estado, este principio marca el nacimiento de la moderna figura del ciudadano, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune en su ser, a límites y controles (...). Observado en positivo, se traduce en el respeto a la persona humana en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al Estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su dignidad personal²²³". Es así como ante la propia legitimidad en cuanto a la disidencia y a la hostilidad frente al poder, el Derecho no puede reaccionar menoscabando la dignidad humana si quiere conservar el sustantivo de Derecho para pasar a ser meramente coacción de manera que existiría legitimidad absoluta en negar el carácter de Derecho a tal normativa.

Pues bien, Welzel concluye *"en la regulación de las consecuencias jurídicas deberá respetar la sinceridad de las decisiones según criterios distintos. También aquí, y precisamente aquí, el Derecho deberá mostrarse como Derecho y no simplemente como poder. (...) La lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica entre ideas, y no se trate de poner fin a ellas por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre"*²²⁴.

Finalmente, una vez que hemos observado los puntos en que han discrepado los distintos discursos respecto de la proposición del Derecho penal del enemigo hemos arribado a lo siguiente: la primera diferenciación se sostiene respecto de los paradigmas a partir de los cuales se construye cada uno de los discursos, es decir, por una parte la concepción normativa de la persona y por otro lado la

²²³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. p. 481.

²²⁴ WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del Derecho. p. 267.

persona como *ser humano* o *individuo biopsíquico*. A partir de estas distintas concepciones nos fue necesario determinar quién es el destinatario del Derecho penal, en relación a los dos paradigmas mencionados; bajo el respecto de que los discursos disidentes de la proposición de Jakobs ven al destinatario del derecho penal en el *individuo* u *hombre empírico*, no cabría la posibilidad de desarrollar un Derecho penal del enemigo como normativa excepcional ni especial, toda vez que tiene como destinatario de sus normas al mismo destinatario que tiene el Derecho penal *normal*, por lo tanto las posturas críticas a este tipo de normativa le niegan el carácter de Derecho y fundan tal dirección en base a su falta de legitimidad al vulnerar la *dignatio humana* (Pufendorf).

Pero, ¿qué es lo que acontece entonces con un Derecho penal del enemigo, que postula una despersonalización que deja al descubierto al *homo phenomenon* - en tanto hombre real- y que al verse confrontado a éste pasa por alto la *dignatio humana* que asiste a todo individuo?, ¿quién es el destinatario entonces del Derecho penal del enemigo? Desarrollaremos estas preguntas puesto que no nos detendremos en constatar la traslación que se produce respecto de los destinatarios del Derecho penal en relación con los destinatarios del Derecho penal del enemigo, puesto que a primera vista observamos que dicho discurso teórico no puede dirigirse ni siquiera al hombre empírico toda vez que no respeta su dignidad, sino que más bien y es lo que plantea esta exposición, la reacción que pretende la proposición en cuestión no toma en cuenta a la persona ni normativa ni empírica, sino que realiza el ejercicio de *cosificar* al ser humano.

La Nuda vida

En tanto que los *enemigos* no son efectivamente personas para el Derecho penal del enemigo lo que se postula es que en una sociedad puede haber dos clases diferentes de destinatarios del Derecho penal, las personas -o si se quiere el individuo humano- y las no- personas o los no humanos (utilizando los conceptos a los que arribamos cuando se determinó el destinatario del Derecho

penal). Se ha señalado que este planteamiento no es nada nuevo, también en el pasado se han dado fundamentaciones doctrinales similares y se ha defendido la existencia de “dos Derechos penales”, sacando de ello determinadas consecuencias teóricas y prácticas. Como vimos anteriormente, el Derecho penal del enemigo no puede ser Derecho en la medida que no respeta la dignidad humana y trata al hombre real como una cosa, es lo que hemos llamado la *cosificación* del ser humano por el Derecho penal del enemigo y es en este respecto que nos encontramos con un trabajo reciente del filósofo italiano Giorgio Agamben, quien comentando la tesis de Carl Schmitt sobre la distinción entre amigo-enemigo y la concepción que éste tenía del “*estado de excepción*”, como expresión del poder soberano, analiza el “*campo de concentración*” como paradigma biopolítico de lo moderno.

Biopolítica corresponde a un concepto acuñado por Foucault en los últimos años de su vida, mientras trabajaba en la historia de la sexualidad y se ocupaba en desenmascarar, también dentro de este ámbito, los dispositivos del poder. La biopolítica corresponde a la creciente implicación de la vida natural del hombre en los mecanismos y cálculos del poder. En el decir de Foucault, “*durante milenios, el hombre siguió siendo lo que era para Aristóteles: un animal viviente y capaz, además de existencia política; el hombre moderno es un animal en cuya política está puesta en entredicho su vida de ser viviente*”²²⁵.

Según Agamben, una de las características de los regímenes nazi y fascista fue la separación del hombre como simple *nuda vida*, es decir, pura cosa viva sin derecho, y el hombre como ciudadano, como ser político y titular de derechos. Esta distinción se llevaba a cabo además con un criterio biopolítico, determinado por la sangre y por la herencia genética, donde la eugenesia le servía de herramienta.

La primera consecuencia de esta distinción fue, ya en abril de 1933, la Ley para la depuración de la función pública de elementos judíos; pero sobre todo las leyes de Nuremberg de 1935, por las que se privaba a los judíos alemanes de la

²²⁵ FOUCAULT, Michel en AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida. p. 151.

nacionalidad alemana, se les rebajaba a la categoría de sujetos de segunda clase, se prohibían sus matrimonios con persona de raza aria y se penalizaba con delito de “*ultraje a la raza*” que tuvieran relaciones sexuales con tales personas. Pero además de este criterio biológico racista se utilizaron otros también de tipo biopolítico de carácter eugenésico como las medidas esterilizadoras para los portadores de enfermedades hereditarias con una ley de 1933, y se llegaron a adoptar incluso medidas eutanásicas para enfermos mentales y terminales a través de unas órdenes secretas que dictó el propio Hitler a principio de los años 40. Todo ello fue acompañado además por leyes y medidas policiales para la erradicación de los asociales, marginados sociales, delincuentes habituales, alcohólicos, homosexuales, etc., que cuajaron en un Proyecto de ley para el tratamiento de los que eufemísticamente se denominaron los “*extraños*” y “*enemigos*” de la comunidad. Términos que nos son familiares en el estudio que nos convoca.

La culminación de la biopolítica fue el campo de concentración, al que se destinaban tanto los “*impuros racialmente*”, como a los que por su forma de vida habían perdido su dignidad como alemanes y no merecían ser tratados como tales. A tal exclusión jurídica le seguía, una física de exterminio de los “*elementos dañinos al pueblo y a la raza*”, por la que directamente eran eliminados en “*campos de exterminio*” como Auschwitz. La vida de los allí internados “*nuda vida*” según Agamben indica corresponde a “*una vida absolutamente expuesta a que se le dé muerte, objeto de una violencia que excede a la vez la esfera del Derecho y la del sacrificio*”²²⁶. Se caracteriza desde el punto de vista jurídico como una exclusión, por su consideración como no persona, como no ciudadano, carente por tanto, de unos mínimos derechos. Y el lugar destinado para ellos, el campo de exterminio o de concentración, como un lugar caracterizado por su falta de toda regla jurídica, por su carácter excepcional pero permanente, como un “*estado de excepción permanente*”.

“*Era, pues, la cosificación del ser humano como mera mano de obra o como soldado educado en la obediencia ciega, bien preparado físicamente,*

²²⁶ AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida. p. 112.

*disciplinado y dispuesto a morir por la patria, lo que fundamentaba un tratamiento puramente biológico, casi veterinario, de los que no eran aptos para estos menesteres y, por tanto, debían ser eliminados como seres inútiles*²²⁷.

Ahora bien, qué es este concepto de *nuda vida*. Agamben citando a Festo asocia el concepto de *nuda vida* a una figura del Derecho romano arcaico en el cual el carácter de sacralidad se vincula por primera vez a una vida humana como tal.

*“At homo sacer is est, quem populus iuducavit ob maleficium; neque fast est eum inmolari, sed qui occidit, parricide non damnatur; nam lege tribunicia prima cavetur si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit. Ex quo quivis homo Malus aqtue improbus sacer apellari solet*²²⁸.

“Hombre sagrado es, empero, aquel a quien el pueblo ha juzgado por un delito; no es lícito sacrificarle, pero quien le mate, no será condenado por homicidio. En efecto, en la primera ley tribunicia se advierte que si alguien mata a aquel que es sagrado por plebiscito, no será considerado homicida. De aquí viene que se suela llamar sagrado a un hombre malo e impuro”.

El Homo sacer representa aquel individuo que ha sido despojado de su condición de *ser humano*. Se caracteriza desde el punto de vista jurídico como una exclusión, por su consideración como no persona, como no ciudadano, carente por tanto, de unos mínimos derechos. La *nuda vida*, es entonces, pura cosa viva sin derecho, lo que se corresponde con la llamada *cosificación* del ser humano que se deriva del no respeto de la *dignatio humana* (Puffendorf) por parte del Derecho penal del enemigo, en la medida que este realiza la diferenciación entre ciudadano y *nuda vida*. Se concluye entonces que el destinatario del Derecho penal del enemigo es la *nuda vida*, toda vez que el trato que se le da al objeto del Derecho penal del enemigo es de un *simple cuerpo o cosa*.

²²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. [en línea] <http://criminnet.ugr.es/recpc_04-05.html> [consulta: 16 de Octubre de 2008]

²²⁸ FESTO, en AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida. p. 94.

Esta distinción fue empleada también para fundamentar entonces la existencia de “*Dos derechos penales*”. Así por ejemplo, decía el famoso penalista alemán Edmund Mezger en los informes que redactó en 1943 para el régimen nacional socialista sobre un Proyecto de Ley sobre el tratamiento de “*Extraños a la Comunidad*” lo siguiente: “*En el futuro habrá (dos o más) derechos penales: -un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y -un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión... Una vez que se realice la inclusión, el Derecho especial (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas... esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un nuevo comienzo)*”²²⁹.

Sin embargo, no podemos hacer un paralelo entre lo que sucede con Mezger y su proposición de “*Dos derechos penales*”, uno para los *extraños a la comunidad* y otro para quienes forman parte de esta, o bien, uno para los *enemigos* y otro para los *amigos*, pues ésta distinción es difícilmente asumible en el Estado de Derecho, el cual por definición no admite que se pueda distinguir entre ciudadanos y *enemigos* (o *amigos y enemigos* para Schmitt), como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica. Ahora bien, la inclusión del ser humano como simple *nuda vida* por parte del Derecho penal del enemigo provoca la desmantelación del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente técnico o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus veladores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. “*No sé si Jakobs llegaría a admitir, siquiera como hipótesis un planteamiento tan extremo como éste, pero no cabe duda de*

²²⁹ MEZGER, Edmund en MUÑOZ CONDE, Francisco. De Nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. p. 132.

que es posible llegar a esta conclusión, cuando se admite la existencia de dos Derechos penales distintos, inspirados en principios diferentes y con distintas finalidades o funciones. (...) en mi opinión, la tesis de Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo es una construcción valorativamente ambigua, que lo mismo vale para un sistema democrático, que para uno totalitario. El sistema, el que sea, y su mantenimiento, a toda costa, eso es lo único que importa”²³⁰.

SINTESIS

Hemos avanzado en determinar cuáles constituyen los puntos en discordia respecto de los distintos enfoques doctrinarios que plantea el Derecho penal del enemigo; bajo este respecto, comenzamos con una diferenciación desde el punto de vista de los paradigmas de que parte cada postura en relación con el concepto de persona; es decir, la persona como *construcción normativa* y la persona en tanto *ser humano* o *ente biopsíquico*. Señalamos luego, que a partir de dichas concepciones toma capital relevancia determinar quién constituye el destinatario de las normas penales, si la concepción *normativa* o la concepción *biopsíquica* de persona. Una vez que se determina tal cuestión se dejan ver las consecuencias que trae el Derecho penal del enemigo, a las preguntas que nos formulamos al inicio de este apartado. Es decir, el Derecho penal del enemigo pudiera encontrar un espacio legítimo únicamente en el caso de que el Derecho penal ordinario tuviera como destinataria a la persona, o si se prefiere, al ciudadano, pues un despojo de estas condiciones deja al descubierto al *individuo humano*, dicho despojo aún dejaría un espacio de legitimidad para una regulación jurídica que, aun siendo diferente y excepcional, no entrara en conflicto con la dignidad del *ser humano*. Ahora bien, como hemos revisado

²³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. De Nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. p. 133.

diversos autores parecen concluir que el Derecho penal no tiene como destinatario a la *persona* entendida como construcción normativa, sino al *hombre*, entendido como *individuo humano*, entonces no debe ser posible fundamentar legítimamente ningún “Derecho penal del enemigo”, esto es, ningún ordenamiento diferente y excepcional. Si las reglas de este Derecho penal tuvieran unas características sólo especiales –no excepcionales- en razón de las particularidades de los hechos o de los autores a los que se dirige, de tal modo que las mismas partieran de la consideración de sus destinatarios como personas responsables y fueran, por consiguiente, compatibles con el debido respeto a la dignidad del ser humano (Pufendorf), entonces estaríamos en presencia de un mero sector del Derecho penal. Si, por el contrario, las reglas de un tal ordenamiento prescindieran de la consideración de sus destinatarios como personas responsables, de modo que implicaran una infracción del principio material de justicia, de validez a priori, del respeto a la dignidad del ser humano, entonces habría un fundamento absoluto para reconocer a tales reglas como injustas, negarles el carácter de Derecho y, con esto, también su fuerza obligatoria. En este sentido, si se reconoce que el Derecho penal del enemigo vulnera la *dignatio humana*, esto quiere decir entonces que no puede ser el *ser humano* el destinatario del Derecho penal del enemigo, en tanto que no se le trata como tal, sino que observamos que el destino de las normas de este Derecho especial (al cual al parecer no podemos ya llamar Derecho) es simplemente un *cuero* o una *cosa*, es decir lo que hemos llamado *nuda vida* (Agamben). Ya advertimos esto en lo señalado por Lesh discípulo de Jakobs cuando señalaba, “*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*”²³¹.

Finalmente, constatada la transformación del *hombre* en *cosa* queda señalar lo siguiente:

²³¹ LESCH, en GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. p .22.

El Derecho así entendido se convierte en puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El Derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos. *“La única diferencia entre la fundamentación funcionalista actual del Derecho penal y la que ofrecía el nacionalsocialismo es que el funcionalismo está dispuesto a asumir también que Derecho es lo que es funcional al sistema democrático, aunque muchos de sus preceptos no tengan nada de democrático. En definitiva, la razón de estado, que es el que monopoliza el poder punitivo, o la funcionalidad de sus sistema, independientemente de que sea democrático o autoritario, se convierte en el único fundamento del Derecho penal”*²³².

Y es en esta medida que se ha señalado que la mantención del sistema no puede ser el único fundamento del sistema penal, la introducción del *hostis* (Zaffaroni) y la *nuda vida* (Agamben) del mismo, son elementos contradictorios dentro del Estado de Derecho pues arrastran la semilla de su destrucción. La presencia del *hostis* y la *nuda vida* corresponde a *“una cuña de extraña madera metida en el mismo pensamiento moderno y que lo carcome y demuele desde su interior, se trata de una rémora del pensamiento premoderno arrastrada contradictoriamente por la modernidad”*²³³.

Por lo tanto el concepto de *enemigo* nunca es compatible con el Estado de Derecho ni con los principios del liberalismo político. La admisión jurídica del concepto de *enemigo* en el Derecho siempre ha sido lógica e históricamente el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del Estado de Derecho, puesto que se trata sólo de una cuestión de cantidad de poder, y no de una cuestión de calidad. *“El camino hacia la reducción del ciudadano a nuda vida se recorrerá más rápidamente donde el contexto del Estado de Derecho precedente sea más débil y viceversa”*²³⁴.

²³² MEZGER, Edmund en MUÑOZ CONDE, Francisco. De Nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. p. 133.

²³³ ZAFFARONI, Raúl. El enemigo en el derecho penal. p. 25.

²³⁴. *Ibid.* p. 150.

La *cosificación* del *ser humano* no puede ser nunca esgrimida en pos de la mantención del Sistema, sea democrático o totalitario (Muñoz Conde) toda vez que se tiene la idea de que “*el hombre y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo*”²³⁵ y que “*ya en la mera palabra de hombre hay alguna dignidad*”²³⁶.

Por lo tanto, en la medida que observamos que el concepto de enemigo ya había sido introducido y abarcado por Schmitt como criterio exclusivo de lo Político y se ha señalado que la proposición de Jakobs se basaría en aquella, podemos señalar que a Schmitt se le critica su opción reaccionaria por el Estado absoluto, en tanto que a Jakobs se le debe criticar su introducción de elementos propios del Estado absoluto dentro del Estado de Derecho sin advertir que lo implosiona. La crítica se observa en el destino que le apareja tal proposición al Estado de Derecho, y es que conduce y acaba irremediabilmente en el Estado absoluto.

²³⁵ KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. p. 187.

²³⁶ PUFENDORF, Samuel. De iure naturae et Gentium. p. 224.

CAPÍTULO III

El enemigo en el derecho positivo

APROXIMACIÓN

En esta última parte pretendemos aterrizar la discusión doctrinaria entorno al discurso del Derecho penal del enemigo en la legislación actual que se ha ido desarrollando respecto de este tema. La presentación del Derecho penal del enemigo por una parte y las posturas críticas por otro, nos han brindado una imagen general de la discusión doctrinaria de la actualidad, sin embargo, nada hemos visto respecto de la plasmación de ambos discursos en la técnica legislativa, la cual corresponde a todas luces al indicador que nos permite observar la medida en que el Derecho penal del enemigo se concreta en la práctica normativa como alternativa a la contención de la criminalidad que ya hemos caracterizado.

La manera de abordar este asunto no tiene que ver especialmente con un ordenamiento jurídico en específico, sino que más bien y en la medida en que hemos reconocido el fenómeno como algo común a la mayoría de los sistemas democráticos de occidente, la situación se planteará a través de la generalidad de las realidades jurídicas siendo decidoras en vistas a tener una visión mas o menos amplia de lo que se desarrolla en la actualidad.

Ahora bien, creemos que antes de iniciar el análisis de la legislación que escogimos: es primordial distinguir la diferencia entre el Derecho humanitario y el Derecho penal del enemigo, discurrir respecto de dicha diferencia corresponde a la primera parte de este capítulo, para luego avanzar en legislación ejemplificadora al respecto y finalizar con el pensamiento del memorista.

PRIMERA PARTE

LA GUERRA Y EL ENEMIGO

La relación entre el Estado y sus ciudadanos queda determinada por el Derecho penal *normal*, en tanto que respecto de aquellos sujetos que no brindan la seguridad cognitiva de que sujetarán su actuar conforme a las normas, la relación que se da respecto del Estado es puramente coacción hasta llegar a la *guerra*. Esta corresponde a la premisa básica del Derecho penal del enemigo. Ahora bien, la puesta en escena del concepto *guerra* nos hace pensar que dicho problema podría estar ya solucionado por el Derecho Humanitario, que es aquel que determina la normativa aplicable en tiempos de *guerra*.

Hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, los tipos de conflictos armados conceptualizados en el Derecho Internacional o por tratadistas de Derecho Internacional eran los siguientes: a) guerra convencional entre Estados; b) hostilidades o uso de la fuerza entre Estados (represalias, acciones para proteger a nacionales, etc.) que no constituyen guerra, porque falta la intención de pasar a un tipo de enfrentamiento generalizado propio de la guerra; c) el espontáneo alzamiento en masa de la población de un Estado ante la aproximación de un enemigo, sin haber tenido tiempo para organizarse militarmente; d) la guerra civil, si el Estado que enfrenta la insurgencia armada reconoce a los alzados como beligerantes, o en la medida que terceros Estados los reconozcan.

La Segunda Guerra Mundial cambió fundamentalmente la concepción de la guerra, sobre todo por la radical eliminación, en la práctica, de la distinción entre civiles y combatientes y entre blancos militares y no militares (bombardeos masivos, ataque nuclear, genocidio). Durante el período de la Guerra Fría se asistió al desarrollo de nuevas formas de insurgencia o guerras de guerrilla, o

“guerra sucia”, y de nuevas formas de terrorismo. Especialmente después de los ataques de 11 de Septiembre de 2001 se habla de una nueva forma de guerra, donde el *enemigo* ha adoptado nuevas estrategias de ataque, apareciendo no ya como el enemigo exterior, sino que el *enemigo* aparece inserto en la propia sociedad. Aún es demasiado pronto si, para que se haya producido una conceptualización normativa de tal tipo de conflicto que haya podido conducir a nuevas convenciones internacionales. Es decir, ante un cambio en el panorama mundial relativo al tipo de guerra que se ha conocido hasta la actualidad, el acontecer normativo no ha respondido con la generación de un paquete normativo universal para estos nuevos tipos de conflictos. Ahora bien, el problema no solamente radica respecto de los nuevos tipos de actos terroristas, sino que además se engloba en tal problemática el crimen organizado, el narcotráfico, la disidencia política armada y en general todas aquellas manifestaciones que enrostran en su actuación la no aceptación de los valores estimados como esenciales para la “*convivencia social*” y respecto de los cuales cierto sector de la Teoría política ha planteado la existencia de una *guerra distinta a la convencional*.

La inclusión del concepto “*guerra*” respecto de tipos de individuos pertenecientes al propio Estado provoca en sí misma un recelo inicial. Si concebimos la guerra -al menos como se ha concebido clásicamente-, como hostilidad convencional entre dos Estados, o bien como guerra civil, para el caso que se reconozca beligerancia a la insurgencia por parte del Estado o de un tercero; entonces, ¿a qué guerra corresponde aquella que tiene un Estado para con un tipo de individuos que se caracteriza por negar las normas de convivencia social estimadas como esenciales? ¿Esta guerra del Estado contra *miembros excluibles*, es una guerra que requiere ser declarada o bien tiene carácter permanente? ¿Si en verdad corresponde a un nuevo tipo de guerra, en qué medida entran en juego las reglas del Derecho humanitario? ¿Cómo se ha resuelto a nivel normativo la regulación de esta supuesta *nueva guerra*?

Lo cierto es que, se desprende de la proposición de Jakobs la existencia de una guerra *permanente e irregular*. El concepto de *enemigo* ineludiblemente requiere hablar de *guerra*, pues no hay enemigo sin *guerra*. Con esta idea de *hostis* – como *enemigo* en una guerra que para algunos no es guerra-, que implica medidas de *excepción* y de *emergencia*, una excepción abarcada por el derecho ordinario, una *excepción que no es excepción*, una *ordinarización de lo excepcional*, o lo que fuere, se oculta siempre, más allá de toda confusión, la admisión de una guerra *irregular y permanente*, porque es una contradicción en los términos hablar de *enemigo* sin *guerra*, ya sea esta real o inminente. La no inclusión del concepto guerra puede ser soslayada señalando que correspondería a una normativa de emergencia, pero esto es cuestionable ¿se trataría de una emergencia permanente?²³⁷ “*Esta guerra irregular y permanente no puede ser soslayada con argumentos alambicados y sutiles consideraciones incomprensibles. El estado de excepción está incorporado a las constituciones democráticas con bastante cuidado y tiene sus límites perfectamente establecidos y sus controles también regulados. No hay razón alguna para confundir el estado constitucional excepcional con una guerra irregular o permanente, que por no ser la guerra en sentido estricto, acabe siendo una guerra exenta de la observación de las normas del Derecho internacional humanitario*”²³⁸. Es decir, cuando se habla del *hostis* como *enemigo* introducido en el Derecho penal o administrativo normal, o sea fuera del contexto bélico en sentido estricto, no se hace referencia a la guerra que debe respetar los principios del Derecho Internacional Humanitario de Ginebra.

La problemática se ha resuelto por los ordenamientos jurídicos locales no con la derivación del conflicto a las normas del Derecho internacional Humanitario, sino que se ha preferido integrar el concepto de *enemigo* al Derecho ordinario (que no es propiamente bélico o de guerra) de cada Estado, con lo cual se ha producido una confusión en los límites del Derecho penal cuando se invoca la

²³⁷ Cfr. AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida.

²³⁸ ZAFFARONI, Raúl. El enemigo en el derecho penal. p. 143.

guerra y también cuando se pretende evitar la actuación del Derecho Humanitario esgrimiendo la *criminalidad*.

Es decir, ante la proposición de la existencia de una *guerra* del Estado para con sus miembros disidentes, se plantea la alternativa de incluir la contención de este nuevo tipo de criminalidad dentro del Derecho Internacional Humanitario, en tanto, este corresponde a la normativa internacional que entra en juego cuando se trata de conflictos que caigan dentro de la categoría de guerra. La otra alternativa es incluir la reacción estatal a través de una normativa especial dentro de los ordenamientos jurídicos ordinarios locales incluyendo dentro de éstos los conceptos de *enemigo* y de *guerra*. Con la solución primera lo que ocurre es que se respetarían los principios del Derecho Humanitario respecto del cual ni siquiera en la guerra formal, acudiendo incluso al criterio tomista de *bellum justum* podría dejar de considerarse persona al *enemigo*. Lo que ocurre cuando se resuelve el dilema en base a la inclusión de la *guerra* dentro del propio Estado es que en esta guerra por ser un tipo de guerra distinto, *-irregular y permanente-*, no se respetan las directrices del Derecho internacional Humanitario y el *enemigo* del Estado como parte de este nuevo tipo de guerra queda al desamparo de toda regulación consensuada, recibiendo un trato aún más básico que el recibido por un enemigo en tiempos de guerra convencional.

Los ordenamientos jurídicos han tendido a resolver la problemática con la inclusión de una normativa distinguible a primera vista por sus características antiliberales, pues pasan por alto los principios clásicos del Derecho penal, de manera que vienen a constituir una especie de cuerpo normativo alternativo o especial que se rige por otro tipo de principios, formando así una zona del Derecho penal actual en el cual se reconoce las características del Derecho penal del enemigo (el adelanto en la punibilidad, recorte de garantías, derecho penal de autor), con lo cual podemos observar que la discusión doctrinaria en la práctica se ha inclinado a resolver a favor de la inclusión del Derecho penal del enemigo dentro de la legislación ordinaria. Sin embargo, es necesario recalcar lo siguiente, la inclusión de este tipo de normativa no ha sido realizada de modo

programático, sino que en más de los casos se ha incluido dentro de paquetes normativos que no responden en su totalidad a las características de la normativa del *enemigo*. Ahora bien esto tampoco quiere decir que no hayan casos de legislación marcadamente *jakobsiana*, como es el caso de la ley “Antimara” , que corresponde a la herramienta legal con que contó el Plan Súper Mano dura implementado por el Presidente Francisco Flores en el Salvador.

Una vez que hemos observado cuál es la problemática actual respecto de la colisión entre la normativa Humanitaria y los ordenamientos jurídicos ordinarios respecto del tipo de *guerra* que se ha planteado por el Derecho penal del enemigo, resuelta con la inclusión de los conceptos de *enemigo* y *guerra* dentro de los cuerpos normativos ordinarios (no bélicos estrictamente), podemos revisar cierta normativa que nos parece ejemplificadora respecto del debate que se ha planteado cuando se ha incluido legislación que reúne caracteres señalados por Jakobs.

SEGUNDA PARTE

ALGO DE LEGISLACIÓN ENEMIGA

Plan Súper Mano dura (El Salvador)

El fenómeno de las pandillas juveniles en el Salvador ha proporcionado uno de los debates más representativos dentro de la discusión práctica respecto de la inclusión de una legislación especial para el tratamiento de un tipo de criminalidad que también tiene sus características diferenciadoras.

El complejo cuadro que presentan las pandillas juveniles en Norteamérica y Centroamérica (especialmente Guatemala, el Salvador, Honduras y Nicaragua) tiene sus raíces en la época de las guerras civiles que aquejaban a la mayoría de estos países durante la Guerra Fría. Producto de estas guerras una gran cantidad de población centroamericana emigró hacia Estados Unidos arrancando de los conflictos bélicos que desangraban a sus países. La gran mayoría de la población centroamericana tuvo como nuevo hogar los estados del sur de Estados Unidos, en especial Tejas y California, particularmente Los Angeles California, donde se asentaron creando una importante colonia en suelo ajeno. La situación a la que se vio expuesta la mayoría de los inmigrantes centroamericanos fue la de pasar a ocupar y habitar los territorios suburbanos de las grandes urbes, respecto de las cuales ya existía la repartición de las zonas de influencia y poder por parte de las diferentes etnias que convivían en las zonas excluidas de la ciudades; afroamericanos y mexicanos. Ante la organización en bandas o pandillas de los mexicanos y de los grupos afroamericanos, las cuales tenían sus propios códigos, apropiación de espacios públicos y límites territoriales, la población centroamericana, especialmente la

población salvadoreña, debió adoptar una organización similar a aquellas que ya eran “*dueñas del territorio*” para poder entrar en la competencia por el poder y para poder básicamente sobrevivir. De esta forma y tomando como referentes las pandillas mexicanas que ya existían en el Sur de Los Ángeles se forman en esta ciudad la Mara Salvatrucha, y la M -18. La diferencia de estas pandillas con las ya formadas por afroamericanos y mexicanos radicaba en que los elementos que forman las pandillas salvadoreñas venían de sufrir en su país la crueldad de la guerra civil más sangrienta en Latinoamérica, la cual tuvo como campo de batalla no solamente las áreas rurales como se había dado en la mayoría de las guerras civiles de la zona, sino que se presentaba manzana a manzana en las grandes ciudades, por lo cual nadie fue indiferente a las hostilidades entre ambos bandos de manera que la carga de violencia con que habían lidiado los Salvadoreños inmigrantes les permitía tener una predisposición más rápida a la violencia y más propensa a una violencia intensa.

Con el fin de la guerra civil en el Salvador y la firma del tratado de paz, el gobierno de los Estados Unidos, preocupado por la criminalidad de las pandillas centroamericanas, comenzó un proceso de deportación de individuos conflictivos, es decir, aquellos con antecedentes penales, convictos, reincidentes, pandilleros etc. los cuales constituían una carga que el país del norte no estaba dispuesto a soportar.

Con la llegada de este contingente de delincuentes a su tierra de origen, lo que encontraron estos sujetos fue un país cuya institucionalidad y democracia no estaba asentada, pues recién comenzaba a caminar por los tiempos de la paz, luego de haber vivido una guerra civil sin parangón. Ante tal situación de desorganización (especie de caldo de cultivo para la criminalidad) los individuos comenzaron a organizarse nuevamente en torno a la cultura pandillera y criminal que habían adquirido en Estados Unidos, de manera que comenzaron a marcar su territorio y a repartirse sus áreas de influencia, llegando a controlar gran parte del territorio Salvadoreño. La mara Salvatrucha y la M-18 tienen su origen en Los Ángeles California, pero con la deportación de salvadoreños y centroamericanos con antecedentes criminales, se asientan primeramente en el Salvador, para

luego expandirse por la mayoría de los pueblos centroamericanos, México y gran parte de los Estados sureños de los Estados Unidos. En los países centroamericanos la situación es más compleja aún, puesto que las pandillas no están relegadas a la marginalidad, como había ocurrido en las urbes norteamericanas o en México donde se ubican preferentemente en las zonas rurales o limítrofes, en Centroamérica las “Maras” carcomen tanto las zonas urbanas como las rurales pasando a tomar el control de bastas áreas del territorio de los Estados, estableciendo una organización pandillera, en donde la violencia, el narcotráfico, el tráfico de armas, los homicidios y el cobro de tarifas a los ciudadanos comunes y corrientes es lo que se respira cuando la “Mara” es dueña del “*barrio*”. Las pandillas centroamericanas han sido sindicadas como las más violentas dentro del *rubro* y corresponden a una de las modalidades más complejas y desconocidas del crimen organizado.

Es en este escenario que en el año 2003 y dentro del marco del llamado “Plan Súper mano dura” y bajo el mandato del Presidente de la República de el Salvador Francisco Flores se aprobó la “ley Anti Maras” cuyo fin era terminar con la violencia e impunidad que aquejaba a la sociedad salvadoreña producto del actuar del crimen organizado. Esta ley fue aprobada sólo con el carácter de temporal. En la lógica del “Plan Súper Mano dura” se está en presencia de una *guerra o combate* contra el crimen organizado el cual se caracteriza por estar conformado por sujetos asociales que constituyen enemigos para la sociedad y que por tanto deben ser neutralizados mediante una legislación efectiva

El decreto nro. 154 que le daba vigencia a la ley consideraba lo siguiente en su punto III: *“Que dados los niveles actuales de violencia asociada a grupos delincuenciales conocidos como maras o pandillas se vuelve imperativo crear una Ley de carácter especial y temporal que sirva como instrumento punitivo para estos grupos y que contenga los procedimientos y las sanciones correspondientes”*²³⁹.

²³⁹ Ley Antimaras. Decreto No 154. Diario Oficial N ° 188. San Salvador, el Salvador, Octubre de 2003. 10p.

De manera que se recalca que se trata de una legislación especial y temporal, proposición que deriva en un trato diferenciado respecto de este grupo *especial de delincuentes*.

Ahora bien, producto de la demanda²⁴⁰ promovida por Alamanni de Carrillo, procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, el 1 de abril de 2004, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador concluyó que todos los artículos de la Ley Antimaras infringían la Constitución, ya que violaban principios fundamentales de igualdad ante la ley. La Sala concluyó que la Ley presuponía que los individuos se dedicaban a actividades delictivas basándose en sus circunstancias personales o sociales, y no en si realmente habían cometido un delito²⁴¹. También concluyó que, al dar la posibilidad de que un niño fuera juzgado como adulto, la Ley colocaba a los niños en una situación desfavorable, e infringía la Convención sobre los Derechos del Niño. Algunos de los artículos más polémicos y que coinciden con las críticas que se han vertido sobre el Derecho penal del enemigo, por lo cual se pretendió la declaración de inconstitucionalidad son los que veremos a continuación:

En su artículo 1° referido al objeto de aplicación de la ley se señala lo siguiente:

“La presente Ley tiene como objeto establecer un régimen especial y temporal para el combate legal de las agrupaciones conocidas como maras o pandillas.

Para los efectos de esta ley se considerará como asociación ilícita denominada mara o pandilla aquella agrupación de personas que actúan para alterar el orden público o atentar contra el decoro y las buenas costumbres y que cumplan varios o todos los criterios siguientes: se reúnan habitualmente, que señalan

²⁴⁰ v. Demanda inconstitucionalidad ley antimara. [en línea] <<http://www.pddh.gob.sv/docs/doc00003.pdf> > [consulta: 28 de octubre de 2008]. En el libelo de la demanda se hace mención expresa a la proposición de Jakobs de la eliminación del enemigo y a la noción del lupo hobbesiano con la inserción del estado de naturaleza en la sociedad civil., tópicos fundamentales para el discurso de la legislación enemiga.

²⁴¹ V. Sentencia de inconstitucionalidad ley Antimara Corte Suprema de El Salvador. [en línea] <<http://www.pddh.gob.sv/docs/doc00001.pdf>>[consulta: 28 de octubre de 2008]

segmentos de territorio como propio, que tenga señas o símbolos como medios de identificación, que se marquen el cuerpo con cicatrices o tatuajes”²⁴².

La crítica versa respecto de la justificación del establecimiento de un régimen especial para penalizar conductas de cierto grupo de personas, pues no responde a los fines y presupuestos que la Constitución establece para la punición de los delitos, por lo tanto, se declara que en los arts. 1 inc. 1° y 3 Ley Antimaras, existe la inconstitucionalidad, en cuanto a la violación al derecho de igualdad, consagrado en el art. 3 de la Constitución Nacional de el Salvador, pues el tratamiento diferenciado no obedece a fines constitucionales.

Respecto al inciso 2^a. Para la Sala este inciso establece impropiaamente como criterio definidor de una “mara”, la finalidad de “alterar el orden público o atentar contra el decoro y las buenas costumbres”. Esto es inadmisibile en materia penal, es decir mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados penaliza la pertenencia a una agrupación que no se relaciona con actividades antijurídicas penalmente tipificadas o determinadas.

Por lo tanto, existe la inconstitucionalidad por violar el principio de lesividad, consagrado en el art. 2 inc. 1° Cn., al penalizar conductas que no dañan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales. Asimismo, la parte final de este inciso violenta el principio de culpabilidad consagrado en el art. 12 Cn.

El artículo 2 señala inciso 3°; *“Cuando un menor comprendido entre las edades de doce a dieciocho años de edad, cometa delitos o faltas contempladas en esta ley o en el Código Penal y la Fiscalía General de la República advierta que posee discernimiento de adulto, solicitará al Juez de Menores que evalúe esta situación; si el Juez de menores considera que está en capacidad de discernir la ilicitud de las conductas e infracciones cometidas como un adulto lo declarará como adulto habilitado y se le aplicará la legislación pertinente”.*

²⁴² *Idem.*

Al establecer que los menores de edad sean procesados en iguales circunstancias –procesales- que los adultos, se verifica la violación tanto al art. 35 inc. 2º Cn., como al art. 40 CDN, que ignora el art. 144 inc. 2º. Cn, el cual determina el valor y posición de los tratados que confluyen en los objetivos constitucionales o amplían el ámbito de protección y garantía por la Ley Suprema –como es el caso de los tratados que pertenecen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH-. Por lo tanto, existe la inconstitucionalidad por violar los arts. 35 inc. 2 de la Constitución y, al estar en contradicción con el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, contraviene el Art. 144 inc. 2º Cn.

Art. 6. inc. 1.- *“El que integre una mara o pandilla de las que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de dos a cinco años”.*

Se refiere a supuestos de peligrosidad criminal propiamente dicha; es decir, no a la realización de hechos delictivos, sino *peligrosidad predelictual* e incluso basada en circunstancias personales o sociales de las personas integrantes de pandillas. Es decir se denota la inclusión de un Derecho Penal de autor, al establecer la punición sólo por la apariencia o pertenencia a una pandilla.

Por lo tanto, existe la inconstitucionalidad por haberse establecido la violación al principio de culpabilidad, por establecer penalidad de apariencias, que conduce a un derecho penal de autor.

El Art. 18 señala; *“Los que por medio de señas o tatuajes se identifiquen con maras o pandillas o grupos delincuenciales serán sancionados con sesenta días multa”.*

La identificación entre miembros de pandillas a través de señas o tatuajes; lo cual –identificarse con señas-, si bien es empíricamente denotable, no lesiona ni constituye un peligro o lesión a terceros, sino simplemente es una acción que, analizada a partir del principio de lesividad, se vuelve penalmente irrelevante, en tanto que con su prohibición y punición no se protege bien jurídico alguna.

Lo que hemos tratado de exponer mediante la revisión de la ley Antimara de El Salvador y su consiguiente inconstitucionalidad es el debate práctico que gira en torno a la positivación normativa del discurso del Derecho penal del enemigo. Así podemos encontrar tópicos que caracterizan la problemática teórica que hemos analizado en los capítulos anteriores:

1.- Las “Maras” o pandillas centroamericanas constituyen lo que Jakobs ha mencionado como aquellos individuos que se han alejado del Derecho de manera permanente por principio, y que en tanto no prestan la seguridad cognitiva de que sujetarán su actuar conforme a las normas se les puede obligar a ser parte del pacto o a obligarlos a alejarse (Kant).

2.- Respecto de las “Maras” se pretende una legislación *especial* distinta a la normativa normal que prescribe el Código penal salvadoreño, que corresponde a la herramienta normativa del llamado “ Plan Súper Mano dura” el cual corresponde más bien una guerra declarada contra *enemigos* (Schmitt, Jakobs) que el trato con ciudadanos comunes y corrientes.

3.- Dentro de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ley “Antimara” se observó nítidamente ciertos puntos que caracterizan al Derecho penal del enemigo. Dentro de ellos se estimó que el artículo 1 viola el principio de igualdad ante la ley, respecto de la proposición de establecer una ley especial para cierto tipo de sujetos (binomio enemigo-ciudadano). Es decir, la Corte determina que ante la posibilidad de la existencia de un paquete normativo especial para el trato de ciertos sujetos cabe estimar tal proposición como inconstitucional por su carácter discriminatorio.

Respecto del artículo 2 inciso 3° al establecer que los menores de edad sean procesados en iguales circunstancias –procesales- que los adultos, la Corte razona en cuanto a que no se acepta tal recorte de garantías procesales para los menores toda vez que éstos están amparados por Tratados Internacionales ratificados por El Salvador que no pueden ser desconocidos.

En relación al artículo 18 se denota el adelanto de la barrera de punición en tanto la norma observa el delito prospectivamente y no respecto de un hecho ya acaecido, lo cual deriva en un Derecho penal de autor vulnerando el principio de culpabilidad.

Finalmente en el artículo 6 inciso 1° en cuanto se adelanta la punición a supuestos en que no se lesiona bien jurídico alguno tampoco se produce la correlativa disminución proporcional de la pena cuando no se ha producido lesión de bien jurídico alguno.

Por tanto hemos obtenido del análisis de esta normativa las cualidades que Cancio Meliá nos entregara respecto del Derecho penal del enemigo, a saber: en primer lugar se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (tiene como punto de referencia un hecho futuro) de manera que sanciona la peligrosidad y cualidades particulares de los individuos más que la lesión de un bien jurídico, abandonando el derecho penal de hecho por uno de autor. En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada, lo que se desprende de la pena establecida por el sólo hecho de pertenecer a una “mara” (artículo 6 ley Antimara). En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas (en el caso de la ley Antimara, especialmente aclaratorio es la posibilidad de procesar a menores de edad en calidad de adulto).

TERCERA PARTE

PENSAMIENTO DEL MEMORISTA

El derecho penal del enemigo no constituye una idea propia del profesor alemán Gunther Jakobs, sino que esta proposición encuentra sus raíces ya en el Derecho Romano como en el Derecho Germánico y su *Friedlos* (el sin paz). Se ha discutido entonces si lo que hace Jakobs es proponer un Derecho penal del enemigo o bien demostrar su existencia en los ordenamientos jurídicos, (específicamente el alemán en su caso) no adscribiendo a ninguna postura sino que sólo siendo *el mensajero de una mala noticia*. En este último sentido se ha dicho que no se trata de matar al mensajero sino que hacerse cargo del mensaje. Es esto lo que realmente interesa, pues el mensaje que trae el Derecho penal del enemigo pone de relieve problemáticas que trascienden el campo del Derecho, debiendo fijar su mirada aquéllos que pretenden asir el problema hacia la Teoría Política, la Filosofía y la Criminología. La crisis del Estado de Derecho y el nulo conocimiento y determinación de los principios materiales del mismo atentan contra cualquier proposición que no se haga cargo de éstos. Jakobs nos demuestra y pone de relieve la incongruencia entre los principios de los Estados democráticos de Derecho, el Derecho penal subjetivo (*ius puniendi* estatal) y sus limitaciones, y la necesidad del Estado de otorgar seguridad a sus ciudadanos en tanto que su obediencia se debe a la seguridad brindada; ya decía Hobbes que la razón de la obediencia de los súbditos es la seguridad. Si observamos la privación de libertad -dice Jakobs-, por un lado la pena se está comunicando con la Sociedad en el sentido que la vigencia de la norma no se ha visto afectada producto de la desviación de la conducta del delincuente. Pero por otro lado, la pena no establece comunicación alguna, sino que se dirige directamente al *cuerpo de los suplicados* (Foucault) de manera que actúa de en el ámbito material ejecutando *un mal* respecto de un sujeto el

cual es observado no como individuo dueño de su propia dignidad, sino que se le observa como un *foco peligroso* que debe ser neutralizado. Es verdad la advertencia de Jakobs, dentro del ordenamiento jurídico hay dos polos o extremos que no se presentan de manera pura, sino que se presentan mediante una alquimia compleja en distintas normas del Sistema penal, configurando un entramado que se da a conocer de manera especialmente ilustrativa dentro de las penas establecidas en los cuerpos normativos. Eso sin ahondar más en lo referido a las medidas de seguridad y su cuestionable legitimidad. ¿Por qué desconocer entonces que dentro del ordenamiento jurídico y específicamente dentro de las penas que tenemos asignadas para ciertos delitos está el binomio persona- no persona?

Lo que parece más sensato no es demonizar al *mensajero*, ni quemar el *mensaje*, sino que hacer del mensaje una herramienta útil para volver la mirada hacia los principios limitativos del *ius puniendi* estatal y determinar en qué medida y de qué manera se está llevando a cabo la política criminal a nivel normativo. La búsqueda incansable de algunos por fijar un Sistema funcional tanto a las garantías como a la efectividad del propio Sistema ha dado lugar al interés por determinar los principios que debiesen orientar el camino de un Estado Social y Democrático y su poder sancionatorio. Es por ello que el Derecho penal del enemigo se ha elaborado de manera brillante recordándonos que los principios sobre los que creemos descansa el Derecho Penal no han sido alcanzados nunca, pues si se hubiesen alcanzado de manera absoluta ¿tendría lugar la prisión preventiva? Con la misma sencillez de Jakobs al denotar la falta de concreción de los principios clásicos del Derecho penal podemos revisar nuestro ordenamiento y encontrar aquello que es Derecho penal del enemigo lo cual nos es sumamente útil para en un principio distinguir aquellas zonas donde pareciera estar librándose la *guerra*. Una vez que se hace el ejercicio de reconocimiento de aquellas zonas que denotan el desapego a los principios que se enseñan en la mayoría de las cátedras damos un paso gigantesco pero no determinante del todo, pues si bien el primer paso está dado el camino que se debe seguir resulta más complejo. Determinar el contenido

material de un Estado Social y democrático de Derecho no parece ser labor de un cercano al Derecho, y pensaremos de qué manera el Derecho penal se debe acercar a tal tarea. Pues bien, si bien es cierto que la Teoría del Estado y el contenido material de sus principios se acerca más a la Filosofía Política, a la Sociología o la Teoría Política, no es menos cierto que el Derecho Penal consiste en la herramienta sancionatoria del Estado y en cuanto tal la intervención más violenta en los derechos y, *sin rodeos*, en los cuerpos de los ciudadanos. Es por ello que el acercamiento a los contenidos que integran los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho es una tarea inherente a quien pretenda hacerse cargo del estudio de la problemática, pues en la medida que tales directrices no queden determinadas, entonces se seguirá incurriendo en la incoherencia sistemática en la técnica legislativa penal.

Ahora bien, no basta con hacer una descripción de la situación como el médico que diagnostica una enfermedad y pone fin a su labor. En este sentido se discute si Jakobs constituye sólo el médico que diagnostica o bien diagnostica y propone una solución. Al respecto entendemos que Jakobs hace una simple proposición; no debemos desconocer la enfermedad sino que una vez que la reconocemos se debe delimitar su avance y las zonas en las cuales no debe tener llegada. Es decir, no se detiene Jakobs en un discurso de carácter descriptivo, sino que avanza señalando la necesidad de delimitar aquello que es Derecho penal del enemigo y aquello que debe ser Derecho penal del ciudadano, de manera que se evite caer en la incoherencia en los términos, "*proceso y guerra*", lo cual no debe extrañar cuando no se ha reconocido la situación y menos (como es obvio) se ha delimitado sus alcances. En nuestro ordenamiento jurídico la situación es aclaratoria, Jakobs pondría su mirada en el conflicto mapuche y reconocería en él el dilema de un Proceso penal con características que no le son propias, toda vez que el problema parece trascender la situación común de los delincuentes y está envuelto en antecedentes históricos que se arraigan completamente con la crisis del Estado de Derecho adquiriendo los caracteres de resistencia étnica. Ante tal situación Jakobs propone delimitar el Derecho penal del enemigo y reservarlo para aquella

delincuencia que no se agota en el hecho mismo, sino que dicho hecho debe representar una especial contradicción al ordenamiento jurídico, tal negación se referiría a los valores más arraigados a la sociedad, es decir aquellos que son indispensables para la convivencia en común. Dentro de aquellos valores el primero que aparece y que es consecuencia de la lógica del Pacto social, es la obediencia, es decir, para ser parte de este Contrato social debo ser obediente en primer término. Aquellos que desconocen el poder del Estado, negando su competencia y poder son los primeros destinatarios del Derecho penal del enemigo. De esta manera el problema de las etnias originarias que desconocen el poder del Estado (opresor) es resuelto por Jakobs con la siguiente fórmula; el grupo organizado “etnias originarias” desobediente del Pacto social por principio es *enemigo* del pacto mismo, pues no pertenece a él y pretende quebrarlo, o bien su actuación es una señal de la debilidad del mismo, por tanto dicho grupo no tiene derecho alguno, es un *enemigo* en guerra y no hay ya pena contra él sino que sólo coacción. Tampoco hay proceso alguno (el cual contiene tradicionalmente las garantías de un debido proceso) sino que sólo se realizan actos tendientes a la neutralización. En la proposición de Jakobs nunca se hubiese dado el conflicto mapuche a nivel jurídico, puesto que los conceptos guerra y debido proceso no van de la mano, de esta manera se podría dejar indefensos a aquellos grupos molestos para aquellos que sí respetan las cláusulas que impone el contrato.

Como señalamos anteriormente Jakobs nos aporta una visión fría del asunto que no podemos desechar, pues nos sirve para dar el primer paso de un análisis acabado. La determinación o delimitación del Derecho penal del enemigo. Pero como dijimos anteriormente no nos quedamos en la distinción de aquello que es legislación de guerra y aquello que es el trato con un ciudadano. Sino que la labor de la dogmática está en determinar la correspondencia de un Derecho de *reacción* una vez que este ha sido detectado y su funcionalidad a un Derecho penal garantístico o bien aquel Derecho penal que pone sus esfuerzos en garantizar la dignidad de todos los seres humanos y no sólo de aquellos que son parte de la mayoría, es decir, de un Derecho penal democrático.

Este esfuerzo por determinar la posibilidad de un Derecho penal del enemigo no debe ser apasionado ni ciego, muchos han caído en una lucha apasionada contra el discurso del Derecho penal del enemigo puesto que observan una sombra de los totalitarismos. No se ha dudado en relacionar a Jakobs con Carl Schmitt, con Edmund Mezger y los movimientos totalitarios de mediados del siglo pasado. No creemos que esta sea la dirección que adopta Jakobs cuando propone un Derecho penal distinto al clásico, sino que estimamos que la proposición del profesor de Bohn se agota en *delatar* la existencia de un Derecho penal del enemigo y *delimitar* tal fenómeno. Sería un despropósito pensar que Jakobs propone experimentos con cobayas humanos o la creación de campos de concentración. El error en que incurre Jakobs es el siguiente: aún cuando se haya limitado a describir el fenómeno (existencia de Derecho penal del enemigo) y a proponer que se acote su aplicación, no ha propuesto concretamente el establecimiento de normas de reconocimiento de la criminalidad por principio, no ha dado luces para determinar qué se debe hacer con tales sujetos, tampoco ha ideado congruentemente la aceptación de un Derecho penal del enemigo limitado a la *criminalidad especial*, ni menos ha demostrado que tal planteamiento sea efectivo en términos de reducir las tasas de criminalidad. No era el propósito de Jakobs fijar tales tópicos, sino que el propósito de Jakobs era dar el puntapié inicial a una discusión de gran alcance práctico, como se ha dado en Colombia, El Salvador, Honduras y últimamente en Chile. Ante estas falencias creemos que la mirada no debe centrarse ya en la obra de Jakobs la cual, como hemos señalado, no tiene por propósito fijar las normas que procedan aplicar dentro de un Derecho penal del enemigo que en último término no es Derecho como bien aclara Jakobs. El estudio debe centrarse en la factibilidad de tal reacción coactiva del Estado, en relación con su conveniencia desde el punto de vista de sus efectos en la población. En este sentido Cancio Meliá nos señalaba su desavenencia con la proposición desde un punto de vista preventivo general.

Algunas objeciones que surgen de la obra de Jakobs van más allá de la propia elaboración del autor alemán pues como señalamos su intención no es agotar el

problema sino que ponerlo encima de la mesa. Sin embargo, es legítimo preguntarse ¿quién determina al enemigo? Tan importante cuestión debiera ser resuelta a nivel normativo como se hizo en El Salvador estableciendo quién es enemigo de la sociedad; aquel que raya murallas, usa tatuajes, o hace gestos con sus manos. O bien, dicha determinación se debe entregar a los jueces. Esta situación es de suma importancia, pues se ha visto a lo largo de la Historia que el poder de turno determina quienes son sus *enemigos*, es decir, el poder de turno no determina quienes son los enemigos de la Sociedad, sino que determina quienes son enemigos del poder, creando e inventando *enemigos* a su antojo para poder ejercer su voluntad sin contrapeso. En Chile se ha declarado por figuras políticas la existencia de *enemigos* del Estado de Derecho, sin medir las consecuencias que tiene el alcance de tal concepto. Carl Schmitt ya lo desarrolló con notable detenimiento, pero no olvidemos que el politólogo alemán era defensor del Estado Absoluto. No pareciera ser viable para un Estado democrático tener *enemigos* en su propia conformación. Como una especie de premisa ¿quién quiere tener *enemigos*? La creación o declaración de enemistad encierra en sí una intención oculta que va más allá de los principios democráticos que no se corresponden con la Política del Estado Absoluto donde todo está determinado por el reconocimiento de quienes son nuestros amigos y quienes nuestros enemigos. La indeterminación normativa de quién es el enemigo de la sociedad es un peligroso vacío por donde se pueden fugar todos los principios alcanzados por la Historia de los Derechos Humanos, la idea del Pacto Social y la idea de un estado de naturaleza y un Estado en términos hobbesianos ha sido utilizada para abandonar aquel estado presocial donde el hombre deambulaba rodeado de *enemigos*. Pues bien, la posibilidad de la inserción del concepto de *enemigos* en las sociedades actuales correspondería a un retroceso al estado de naturaleza donde se nos propone observar a algunos de nuestros conciudadanos como *hominine lupus*. Pues bien, alguno puede argumentar que tal situación es totalmente real, grandes zonas de las urbes están bajo el control del crimen organizado, inmigrantes, etnias originarias, pandillas juveniles etc. Pero no se puede perder el idealismo cuando se trata de

la rigurosidad de poder determinar quien es aquél que no merece derechos. Pues si bien Jakobs no establece un desconocimiento total de los Derechos de los enemigos toda vez que incluso se les reconocen sus Derechos sucesorios por ejemplo, la falta de sujeción a ciertos principios, normas o directrices a la que se abandona la coacción del Estado permite u otorga una herramienta sumamente peligrosa a la hora de ser eficaces en la lucha contra la criminalidad toda vez que la Historia ha demostrado con creces que se han cometido errores lamentables (alguna vez fueron las mujeres, indígenas, herejes, judíos). Y bien, si estamos ante la presencia de enemigos de la sociedad como señala Jakobs, ¿porqué no acudir a la legislación de Guerra que sin duda alguna es más benigna que la legislación enemiga? ¿Qué es lo que hace a un enemigo interno adolecer de un menor status que un enemigo externo? A primera vista podemos negar legitimación a dicha diferenciación, toda vez que si bien podría decirse que la comunidad internacional como tal sólo tiene carácter programático, es decir, representa sólo un modelo a alcanzar , pero bien, este modelo ideal sí respeta la dignidad humana en su derecho de guerra (Convención de Ginebra), entonces con mayor razón en los ordenamientos jurídicos locales, en tanto Estados de Derecho, se debiese respetar aquella dignidad humana señalada por Puffendorf. Negamos así tal diferenciación en razón de su discriminación arbitraria, toda vez que Jakobs no da fundamento alguno de ella.

La sujeción irrestricta de Jakobs a las ideas de Hobbes y de Kant no pueden ser soslayadas simplemente, pues es factible preguntarse ¿por qué Hobbes y no Locke?, ¿por qué Kant y no Feuerbach? ¿qué validez tienen los postulados de tales filósofos para un Estado democrático de Derecho? Lo que se quiere decir es que la adscripción de Jakobs a Hobbes y a Kant no puede pasar desapercibida para nosotros. En la medida que Jakobs cita la teoría de los autores mencionados inevitablemente se viene a nuestra mente la idea del Estado Absoluto. En qué sentido decimos esto; el planteamiento de Hobbes y de Kant no permite la posibilidad por parte de los individuos de ejercer el llamado derecho a la resistencia al soberano, pues consiste en reintroducir el *bellium omnium contra omnes* (la guerra de todos contra todos), y precisamente por eso,

quien resiste el poder del soberano no es penado, sino sometido a contención forzada, porque no es un delincuente sino un *enemigo* que con su resistencia reintroduce la guerra. El pensamiento que se opone a esta idea es el de Locke, quien señala que en el estado de naturaleza hay una ley natural, por ende hay derechos. En el pensamiento de Locke está implícito que la sociedad civil es anterior al Estado, de lo que se podría deducir que hay dos contratos. Lo cierto es que, una vez constituida la sociedad civil, la mayoría decide el contrato estatal y, por ende, no puede ceder en este todos los derechos, sino sólo lo necesario para la perfección y conservación de esos derechos. Para Locke, como crítico de la monarquía absoluta, quien realiza un acto de resistencia legítimo reclamando el respeto de derechos anteriores al contrato estatal es un ciudadano que ejerce su derecho; para Hobbes, como defensor del Estado absoluto, es un enemigo al que es menester contener por la fuerza sin respetar los márgenes de la pena. El relevo de tal discusión lo tomó por un lado Kant y por el otro Feuerbach, quien a temprana edad, en 1798, escribió el *Antihobbes*.

Observamos así la correspondencia de Jakobs con teorías que legitiman el Estado Absoluto, y es en esta medida que damos razón a aquellos que vislumbran en el Derecho penal del enemigo, planteado desde Hobbes y Kant, la retirada del Estado democrático de Derecho hacia el Estado absoluto. No es quizás la intención de Jakobs tal situación, pero bien podría pensarse que es de conocimiento del autor alemán la correspondencia que Hobbes primero y Kant después tienen con aquel modelo de Estado. Porqué entonces no citó a Locke, la respuesta aparece sola, puesto que la teoría de Locke no es funcional a la proposición de una legislación diferenciada para amigos y enemigos. La fundamentación teórico política de un Derecho penal del enemigo no puede tener su base en una teoría legitimante del Estado absoluto, toda vez que los Estados modernos se configuran al menos nominalmente como Estados democráticos de Derecho. De esta manera la decisión de Jakobs de avalar la situación actual de la normativa de combate en teorías políticas gastadas por lo menos es antojadiza y desde todo punto de vista inaceptable cuando pretendemos perfeccionar y no retroceder en la defensa de la dignidad humana.

Se ha señalado por Jakobs la necesidad de distinguir entre la idea normativa de persona y el carácter natural o biosíquico del ente real. La idea de la persona como atribución normativa no apareja problemas sistémicos desde un punto de vista privado. Con esto queremos decir, que como el Derecho civil distingue a personas y no personas, el Derecho penal no puede hacer lo propio. Pero bien, tal imposibilidad debe ser observada ya en nuestro ordenamiento jurídico y debemos determinar a quien se dirige el Derecho penal. En nuestro ordenamiento jurídico la discusión tiene asidero cuando se pretende determinar las características de la Constitución Política de la República (CPR), en la medida que se ha querido ver en ella la plasmación de una idea iusnaturalista o bien positivista. Tal cuestión es de suma importancia a la hora de determinar si los derechos de los individuos son preexistentes al Estado o bien consisten en una prerrogativa creada o bien simplemente reconocida por el mismo. Volvemos a la discusión Hobbes-Locke. Sin embargo, nosotros adscribimos a la primera postura, es decir, aún cuando se entienda que el concepto de persona es una atribución normativa, en tanto unidad ideal en la cual confluyen las expectativas normativas de la sociedad en el individuo, el Derecho penal no se dirige a dicha creación normativa sino que en su objeto último se dirige al cuerpo de los condenados. El tabú de la pena corporal debe ser abandonado y debemos reconocer que el castigo que impone el Estado basado en el monopolio de la fuerza se dirige no a una idea normativa de persona, ni a un rol social, sino que se dirige contra seres humanos que soportan las penas en sus cuerpos. No pretendemos ver en la pena sólo un acto de comunicación como se ha pretendido esbozar, sino que siguiendo al propio Jakobs, tenemos en vista que la pena es principalmente dolor, y por lo mismo es el sujeto real el que la sufre.

En cuanto a la concepción de persona que se tiene en el ordenamiento jurídico nacional podemos encontrar en el tratamiento de ciertos delitos indicios de la postura que asume la legislación chilena respecto de la persona para el Derecho penal.

Ante la discusión respecto de quién es el destinatario del Derecho penal, es decir, si la concepción normativa de persona (Jakobs) o la concepción naturalista

(Gracia Martín), un indicio de la inclinación que toma el Código penal chileno es tratado respecto del delito de aborto.

El código civil, tendría una concepción normativa de personas *en tanto unidad ideal donde confluyen todos los derechos, deberes y expectativas normativas del ordenamiento jurídico, lo cual sirve de puente entre la conciencia (individuo natural) y la sociedad (basada en comunicaciones)*. Esto lo podemos desprender del artículo 74 inciso 2° del Código Civil el cual presume que no ha existido jamás *“la criatura que muere en el vientre materno”*, este precepto civil difiere claramente del criterio penal toda vez que se castiga a quien da muerte al producto de la concepción del vientre materno antes del nacimiento, configurando el delito de aborto. De manera que se dirige no ya a la concepción civilista de persona sino que a la concepción penal de persona en tanto que se le protege sin necesidad de ser persona sino que sólo como *unidad biosíquica*, toda vez que persona se es desde el momento del nacimiento. El artículo 394 del Código penal regla el infanticidio dentro de los delitos contra las personas aclarando que tal calidad se adquiere desde el momento del parto.

Esto quiere decir que si bien se hace una distinción entre lo que son delitos contra las personas de los que no lo son, como el aborto, aquellos que no son personas son resguardados de igual manera que aquellos que lo son, toda vez que cualquier vida es protegida independiente de su desarrollo. Por tanto no hay una distinción final entre la protección de las personas como de las no-personas. Si determinamos que el destinatario del Derecho penal es la persona *individual real* y no la persona normativa como propone Jakobs, entonces no cabría hacer distinciones entre seres humanos vulnerando el principio de igualdad.

El artículo 5° de la CPR, señala; *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*. Esto señalaría claramente la procedencia de los derechos de los individuos, los cuales preexistirían a cualquier contrato social, toda vez que emanan de la propia naturaleza humana y no de un pretendido pacto voluntario de los individuos.

Si se pretende establecer un Derecho penal del enemigo que se dirija a la persona normativa, estableciendo categorías de individuos debe llamarse al Estado Social y democrático de Derecho por otro nombre, pues tal modelo de Estado no resiste desde el contenido material de sus principios la diferenciación que se pretende al aplicar dos Derechos penales. Creemos que nos da la razón el hecho de que la propia elaboración del concepto enemigo, ya sea Hobbes, Kant o Carl Scmitt, se apoya en principios ajenos al Estado democrático.

Ahora bien, otra cosa sería reconocer que el Estado social y democrático de Derecho no se ha alcanzado nunca, eso pareciera estar claro. Por lo menos siempre han persistido en los ordenamientos jurídicos rasgos de los antiguos Estado de policía, la voluntad Política no ha cedido en este sentido, sino que ha mantenido dichos rasgos como método de mantención del poder. Aceptamos tal realidad y bajo esta podría argumentarse que un Derecho penal funcional al Sistema y no tanto a los individuos como es que pretende Jakobs, le imprimiría la *versatilidad* que no le permiten los límites impuestos por los principios clásicos del Derecho penal. Esto último requiere de un replanteamiento del Derecho penal y de sus principios clásicos, pero queremos dejar en claro que el ejercicio no corresponde sólo a una práctica a nivel de dogmática penal sino que más bien se trataría de otorgar contenido a los principios que rigen en el Estado de Derecho, pues si se pretende un Derecho penal más versátil que permita en ciertos casos obviar las garantías de los individuos en pos de la seguridad de los mismos se debe replantear los fines del Derecho penal y dejar de lado o flexibilizar muchas de las directrices que han venido desarrollándose hasta ahora, toda vez que si no se revisa el Estado de Derecho desde sus interior persistirá la falta de armonía en los fundamentos últimos de la creación legislativa penal. No podemos desconocer además la realidad criminal, pues ésta ha cambiado sus formas de forma directamente proporcional a como se han desarrollado las relaciones interpersonales, es por ello que el replanteamiento del Derecho penal urge, puesto que las restricciones que constituyen los límites al *ius puniendi* en algunos casos pueden ser anacrónicas. No olvidemos que algunos de los principios que se siguen aplicando tienen su fundación en otra

realidad histórica. El Derecho penal como toda ciencia debe evolucionar y no limitarse a repetir principios como dogmas, es labor de la dogmática penal responder a los requerimientos coyunturales, nutriéndose del campo de la Filosofía, la criminología y la sociología. Pero aún cuando reconocemos la necesidad de replantear el protagonismo de los principios clásicos del Derecho penal, pareciera quedar claro que el Derecho penal del enemigo no tiene cabida. No, a lo menos, en el Estado Social y democrático de Derecho, pues la idea es avanzar a un Derecho penal más *versátil* y adecuado a la Sociedad red en que vivimos (Castell) no a un Derecho penal totalitario, en este sentido quizás es bueno recordar el *Antihobbes*.

SINTESIS

El propósito de este último capítulo fue dar a conocer la concretización de los discursos doctrinarios relativos a la proposición del Derecho penal del enemigo en los ordenamientos jurídicos actuales. La revisión se realizó a partir de la problemática que provoca la inserción del concepto *guerra* como un elemento permanente en los Estados de Derecho democráticos, a partir de lo cual se colige que se podría invocar el Derecho Internacional Humanitario para la solución de la *guerra* de la cual se habla. Sin embargo, hemos observado que la solución que se ha dado a este problema dista totalmente de ser resuelta a favor de la remisión de la problemática al Derecho Humanitario, sino que por el contrario se ha preferido la adopción de paquetes normativos dentro de los ordenamientos jurídicos ordinarios (no bélicos) locales, con lo cual se ha vulnerado toda garantía que debe resguardar a aquellos sujetos respecto de los cuales se pretende observar una relación bélica y que establece el Derecho Humanitario. De esta manera se analizó el paquete legislativo paradigmático para el Derecho penal del enemigo latinoamericano y que a nuestro parecer indica la legislación enemiga casi en estado puro. El debate que generó esta herramienta legal para el combate del crimen organizado en Centroamérica es ejemplificador respecto de los tópicos que se han analizado a lo largo de este trabajo, ya que los protagonistas conceptuales de esta discusión que fue llevada incluso a la Corte Suprema de El Salvador, dicen relación con *crimen organizado, delincuente por principio, recorte de garantías, ley especial, derecho penal de autor, dignidad humana*, etc. Debemos subrayar que la situación que analizamos en El Salvador no es exclusiva de este país, legislación enemiga aparece en la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en este sentido se ha dado el debate respecto de la reforma del Código penal español de 1995, la ley Antimara de Honduras, 18.314 sobre conductas terroristas en

Chile etc. Pero lo claro es que el ejemplo salvadoreño es sumamente útil ya que en éste se han agotado los conceptos que hemos tratado, toda vez que la proposición de una reacción de combate ante enemigos internos se ha llevado a cabo mediante la inserción de un paquete normativo especial que vulnera las garantías de los “*mareros*”, estableciendo un Derecho penal de autor y penalizando desproporcionadamente actos que no lesionan bien jurídico alguno. Como contrapartida dicha ley se llevó a su examen de constitucionalidad por parte de organizaciones de Derechos Humanos, de esta forma la Corte Suprema decidió eliminar esta ley del ordenamiento jurídico salvadoreño basándose principalmente en argumentos de autores que hemos en el desarrollo de este trabajo. La profundidad y el avance que ha tenido esta problemática en Centroamérica justifica su análisis, prefiriéndose al que también se podría hacer en nuestra ordenamiento jurídico pero respecto del cual no se han agotado todas las instancias como en El Salvador, por lo cual observamos dicha realidad por su carácter ilustrativo. La discusión, sin embargo, aún no se ha agotado, entidades del gobierno salvadoreño han pretendido impulsar la aprobación de una nueva ley Antimara de carácter permanente. Lo claro para nosotros es que la discusión *se ha puesto sobre la mesa*, y por lo menos esto debe ser imitado en nuestro país reconociendo las normas caracterizadas por la vulneración a los Derechos Humanos producto de la búsqueda de la validez en la eficacia de las normas.

CAPÍTULO IV

Conclusiones y bibliografía

CONCLUSIONES

El debate doctrinario en torno a la proposición de Jakobs en un principio pareciera haber sido resuelto con simpleza por ciertos grupos académicos basándose más bien en inclinaciones personales que en un análisis doctrinario de tal proposición. Pensamos que para entender la proposición de Jakobs cuyo mérito es haber unido ciertos cabos históricos del Derecho penal y denotar las falencias de los ordenamientos actuales poniendo en jaque brillantemente al Derecho penal clásico respecto del trato para con ciertos sujetos, es necesario entender lo siguiente; no es posible ser indiferente a la constatación de Jakobs respecto de la pena en tanto constituye Derecho penal del enemigo cuando no comunica nada sino que sólo se dirige al cuerpo de los condenados (Foucault). A partir de esto Jakobs observa la existencia del binomio Derecho penal del enemigo-Derecho penal del ciudadano, como dos polos extremos que no se presentan de manera pura. Corresponde el punto de partida de la teoría jakobsiana. Ahora bien, con esto no nos quedó completo el cuadro pues debimos buscar en la teoría política y en la influencia del pensamiento de Luhmann las herramientas que nos permitieron completar el cuadro que nos entregaba Jakobs. Existiendo dos grupos de ideas bien diferenciados pero igual de importantes que sirven de cimiento a la idea del Derecho penal del enemigo; a) El delincuente por principio no es parte del pacto social (Hobbes, Kant), b) El enemigo puede ser despersonalizado (Luhmann).

Ahora bien, el Derecho penal del enemigo puede ser entendido a partir de la teoría de las normas de Jakobs, de la Teoría política y del pensamiento de Luhmann, pero de alguna manera el Derecho penal del enemigo no corresponde a un fenómeno aislado dentro del Derecho penal actual. Concluimos que el Derecho penal del enemigo se inserta dentro de lo que ha sido llamado la expansión del Derecho penal, el cual está en relación dialéctica con la pretendida reducción del *ius puniendi* estatal, de manera que hemos ubicado al

Derecho penal del enemigo dentro de la política criminal actual, y aún más lo hemos caracterizado como parte del Derecho penal simbólico y fruto del llamado resurgir del punitivismo (a partir de la actual percepción social de la violencia). Por lo tanto, no puede ser observada la proposición de Jakobs sino dentro del fenómeno expansivo del Derecho penal.

El Derecho penal del enemigo tiene sus detractores, los cuales han dirigido sus dardos desde distintos puntos de vista algunos más elaborados y otros menos, pero lo cierto es que la crítica que se dirige y que tiene más sustento técnico doctrinario es la que se hace a partir de los fines del Derecho penal en el Estado Social y democrático de Derecho. A partir de este tipo de Estado hemos concluido que el Derecho penal del enemigo no es funcional a los fines del Derecho penal en un Estado Social y democrático de Derecho, toda vez que se le otorga competencia a los infractores de las normas para vulnerarlas, de manera que no satisface la prevención general positiva o reafirmadora. Es éste un argumento de peso para desechar la proposición de Jakobs, ya que en la medida que la prevención de delitos corresponde a una función inherente al Estado Social y el Derecho penal del enemigo no la satisface, entonces no puede ser viable. Hemos determinado además que el Derecho penal del enemigo no es funcional tampoco con la prevención general positiva fundamentadora de Jakobs, con lo cual se analiza la inviabilidad de la propuesta no ya desde el ideal de un Estado democrático, sino que a partir de la propia concepción de la pena que tiene Jakobs.

Un segundo grupo disidente es aquel que pone sus observaciones no tanto en los fines del Derecho penal, aún cuando como hemos señalado toda crítica se encuentra finalmente en los fines del Derecho penal, sino que en cuanto a la construcción del Derecho penal del enemigo. Así, hemos analizado como criterio diferenciador a la hora de fundamentar uno u otro resultado (de los discursos) la concepción o el paradigma en el cual se funda el concepto de persona. Es necesario entender que el Derecho penal del enemigo se funda en la idea de persona normativa de Luhmann, a diferencia de lo que sucede con Muñoz

Conde el cual no distingue categorías de personas sino que trata solamente de la persona como *individuo empírico* o *unidad biopsíquica*. Cuando señalamos la concepción que marca la diferencia es necesario determinar cuál de las dos concepciones corresponde al destinatario del Derecho penal; para aquellos que observan al hombre empírico como destinatario del Derecho penal, no se justificaría la existencia de un Derecho penal del enemigo toda vez que no existe fundamentación para dar un trato discriminatorio a sujetos que comparten la misma categoría. Aún más, aceptar la existencia de un Derecho penal del enemigo en tales condiciones vulnera el principio de igualdad ante la ley en los términos que señala la sentencia de la Corte Suprema de El Salvador respecto de la ley Antimara. Además para sujetos que son reconocidos como seres humanos y respecto de los cuales se vulneran sus garantías, se les aplica un Derecho penal de autor y se les aplican penas desproporcionadas, se vulnera su *dignidad humana* (Pufendorf) con un trato que corresponde más bien al que se le da a una cosa que a un ser humano. Determinamos de esta manera que ante el despojo de la personalidad por parte del Derecho penal del enemigo queda al descubierto el *ser humano*, el cual por su sola pertenencia a la especie humana tiene en sí cierta dignidad que debe ser respetada. Cuando esta dignidad no es respetada, no se puede observar ya, que el destinatario del Derecho penal es el ser humano sino que en tanto no se le trata como tal, se está tratando con *focos de peligro* que son más bien cosas. De esta manera se produce lo que hemos llamado la *cosificación* del ser humano, en la medida que a éste se le observa solamente como materia, cuerpo o carne viva, lo que Agamben ha llamado la *nuda vida*, en tanto cuerpo sin derechos. Así hemos concluido que el Derecho penal del enemigo reduce al *ser humano* a nuda vida.

Así, hemos podido determinar que el Derecho penal del enemigo no corresponde a un fenómeno novedoso dentro de la historia de las sociedades occidentales y sus correspondientes ordenamientos jurídicos, pues lo cierto es que, la figura del enemigo público, o el *hostis* aparece ya en tiempos del Imperio Romano como institución jurídica. Incluso en el Derecho romano arcaico existía la figura del *homo sacer* u hombre sagrado al cual se le podía matar sin pena

pues este carecía absolutamente de Derechos, la figura de la nuda vida tiene sus raíces en el pasado más remoto. Así mismo y siguiendo una línea cronológica observamos en el Derecho Germánico la existencia de una figura similar al que se le llamaba “*Friedlos*” o “el sin paz” que se caracterizaba por su exclusión de la comunidad a la que pertenecía por el hecho de haber vulnerado las normas sociales. En la Edad Media el concepto de *enemigo* había mutado y variado constantemente de sujetos, brujas, mujeres, templarios, y todo aquello que se opusiera al poder de turno. La existencia de dos Derechos penales uno para los amigos y otro para los enemigos puede ser actualizado en el nacionalsocialismo alemán donde Edmund Mezger proponía tal situación. Así mismo, el politólogo Carl Schmitt desarrolló su idea de *enemigo* para establecer un criterio diferenciador de la Política como disciplina autónoma, estableciendo que aquello que diferenciaba a la Política de otras áreas es que ésta sólo tenía como objeto determinar quién es amigo y quién enemigo. La existencia de Derecho penal que vulnera las garantías inherentes al *ser humano* se ha dado a lo largo de toda la historia, sin embargo y aquí está la diferencia, la aparición o más bien la pervivencia de normativa característica de Estados Absolutos o de regímenes totalitarios en los Estados democráticos actuales es una incoherencia. Al parecer el Estado de Policía no se ha extinguido sino que ha perdurado en ciertas zonas oscuras en los ordenamientos jurídicos occidentales, de manera que con la inclusión del enemigo y de la guerra en los ordenamientos comunes lo que se hace es hacer pervivir el Estado de Policía y la consiguiente caída del Estado de Derecho desde su interior. La inclusión del *enemigo* requiere de un Estado absoluto y requiere de una política orientada en términos *schmittianos*, tal inclusión corresponde a un abandono de los principios del Estado de Derecho y corresponde a un reconocimiento y cédida de terreno frente a los Estados Policiales los cuales frente a una especie de tregua instrumental (combate de cierta criminalidad) no se detendrán y sembrarán en el Estado de Derecho los gérmenes de un Estado Absoluto. De esta manera y con acierto señala Portilla Contreras que el Derecho penal del enemigo sirve como

indicador respecto de aquello que corresponde al No-Derecho penal de un Estado democrático.

BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida. Valencia, Pre-Textos. 1998.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de excepción. Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2004.

ARIAS, Manuel. Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo, [en línea] <www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/arias.pdf> [consulta: 16 de Octubre de 2008].

BARATTA, Alessandro. Principios de Derecho Penal mínimo, en Baratta Alessandro, Criminología y sistema penal (compilación in memoriam), Buenos Aires, B de F. 2004.

BENJAMIN, Walter. Para una crítica de la violencia. [en línea] <www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/736.pdf>, [consulta: 16 de octubre de 2008].

CANCIO, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo?. En: Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. Derecho penal del enemigo, Madrid, Civitas, 2003.

Demanda inconstitucionalidad ley Antimara. [en línea] <<http://www.pddh.gob.sv/docs/doc00003.pdf>> [consulta: 28 de octubre de 2008].

DEMETRIO, Eduardo. Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. In memoriam Alessandro Baratta, coordinado por Fernando Pérez Álvarez, 2004

DUBY, George. Año 1000, año 2000, la huella de nuestros miedos. Santiago, Andrés Bello, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 2001.

FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Madrid, Siglo Veintiuno, 1979.

GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. [en línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc07-02.pdf>> [consulta: 16 de octubre 2008].

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En: “et al” Pena y Estado, Santiago, Conosur, 1995.

HASSEMER, Winfried. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

HOBBS, Thomas. Leviatán la materia, forma y poder en un Estado eclesiástico y civil. Buenos Aires, Alianza, 2001

JAKOBS, Gunther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Madrid, Civitas, 1996.

JAKOBS, Gunther. Sobre la génesis de la obligación jurídica. Revista Derecho y humanidades. (8): 2000-2001.

JAKOBS, Gunther: Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. En: Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá “Derecho Penal del enemigo”, Madrid, Civitas, 2003

JAKOBS, Gunther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. Madrid, Civitas, 2003.

KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Barcelona, Ariel, 1996.

KANT, Immanuel. Sobre la paz perpetua. 6° edición, Madrid, Tecnos, 1998.

KAUFFMAN, Armin. Teoría de las normas. Buenos Aires, De palma, 1977.

KELSEN, Hans. Teoría general del Estado. Editorial Nacional. México, Nacional, 1965.

KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. México, Porrúa, 1991.

KRIELE, Martín. Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático. Buenos Aires, Declama, 1980

Ley Antimaras. Decreto No 154. Diario Oficial N ° 188. San Salvador, el Salvador, Octubre de 2003.

LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad, de la unidad a la diferencia. Madrid, Trotta, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De Nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. Revista Penal (16):, 2005

MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. Barcelona, Ariel, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. [en línea] <http://criminet.ugr.es/recpc_04-05.html> [consulta: 16 de Octubre de 2008].

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. Barcelona, Reppertor, 1998.

PORTILLA, Guillermo: La legislación de lucha contra las no- personas: represión legal del enemigo tras el atentado de 11 de septiembre de 2001. [en línea] <www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf> [consulta: 31 de octubre de 2008]

PORTILLA, Guillermo. El derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros interno-externos. Apunte del Master de Derecho Penal. Mar del Plata, Universidad de Salamanca, 2000-2002

PROTÁGORAS. El Mito de Prometeo, [en línea] <<http://roble.pntic.mec.es/~jgomez10/prometeo.html>> [consulta: 16 de octubre 2008].

PUFENDORF, Samuel. De iure naturae et Gentium. Londres, Humphrey Milford, 1934.

RIQUERT, Fabián. El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes. Revista universitaria (3); 2003.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social. Madrid, Edaf, 1978

ROXIN, Claus. Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Madrid, Civitas, 1997.

SCHMITT, Carl. El Concepto de lo político. [en línea] <www.derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/herzog/Schmitt%20%20Concepto%20de%20lo%20pol%20adobe.pdf> [consulta 16 de Octubre de 2008].

Sentencia de inconstitucionalidad ley Antimara Corte Suprema de El Salvador. [en línea] <<http://www.pddh.gob.sv/docs/doc00001.pdf>> [consulta: 28 de octubre de 2008]

SILVA SANCHEZ, Jesús. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona, José María Bosch, 1992.

SILVA SANCHEZ, Jesús. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, Civitas, 2001.

SQUELLA, Agustín. Introducción al Derecho. Santiago, Jurídica, 2000.

WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del Derecho. Madrid, Aguilar, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio. Derecho penal Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio. El enemigo en el derecho penal. Buenos Aires, Ediar, 2006.

ZUÑIGA, Laura. Viejas y nuevas tendencias político-criminales en las legislaciones penales. En: Berdugo Gómez de la Torre. Ignacio, Sanz Mulas, Nieves (coord.) Derecho penal de la democracia v/s Seguridad Pública. Granada, Comares, 2005.