

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO¹

José Urquiza Olaechea

Docente de Derecho Penal de la UNMSM.

SUMARIO: 1.- *Presentación.* 2.- *Fundamento del Derecho penal del enemigo: visión crítica.* 3.- *Observaciones.* 3.1. *Es posible diferenciar personas de no personas sin violar la dignidad humana?* 3.2. *El principio de legalidad y otras garantías personales.* 4.- *Conclusiones.* 5.- *Bibliografía*

1. Presentación

El profesor Jakobs ha advertido que dentro del sistema social existen sujetos que representan *fuentes de peligro*². Asimismo, indica que en los casos de actuación del Derecho

¹ Este trabajo ha sido realizado para un libro colectivo sobre "*Derecho penal del enemigo*" que será publicado en España. Sin embargo, gracias a la invitación del Dr. Carlos Medardo Nizama Valladolid, tengo la oportunidad de publicarlo en este número de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional mayor de San Marcos.

² Jakobs, Günther. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" en Estudios de Derecho Penal, 1era. Edición. Madrid, Civitas S.A.- UAM ediciones. Traduc-

penal en situaciones previas se evidencia no sólo el adelantamiento del Derecho penal frente al injusto, sino “tal vez” una desmedida intervención del Derecho penal. Una situación que puede afectar el conocido planteamiento “*cogitationes poenam nemo patitur*”, según el cual, el Derecho penal no puede ni debe intervenir en lo interno del sujeto. Los pensamientos no pertenecen al ámbito del Derecho penal o como señala el propio Jakobs “los asuntos internos de un sujeto no pueden constituir una perturbación social”³. Hasta aquí, el discurso de Jakobs no es sustancialmente diferente a las posiciones asentadas en el Derecho penal liberal donde: “(...) un ciudadano puede legítimamente oponerse a controles públicos, desde la intimidad del cuerpo hasta los contactos sociales reservados, no puede ser preparación punible, tentativa o, menos aún, consumación de un delito. Si, por ejemplo, en la ya mencionada tentativa de participación del parágrafo 30 del Código Penal Alemán se definen acuerdos previos como delitos, incluso si se realizan en condiciones de privacidad, v. gr. por personas entre las que media amistad, se priva a los intervinientes, en esa medida, de su ámbito interno y se les trata como enemigos a los que no se les concede el status de ciudadano. (...) Una

ción de Enrique Peñaranda Ramos. El texto corresponde a la ponencia presentada en Frankfurt en mayo de 1985. Señala Jakobs: “El autor viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta todavía no socialmente relevante, sino que es sólo **fuentes de peligro** o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico” p. 295. Posteriormente, el profesor Jakobs habló de “fuente de peligro” en otro contexto. Vid. Jakobs, Günther / Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo, 1era. Edición, Madrid, Thomson- Civitas, 2003. El artículo de Jakobs traducido por Manuel Cancio, titulado: Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Según el profesor alemán: “Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como **fuentes de peligro** o como medio para intimidar a otros” p. 22.

- ³ Jakobs, Günther. Criminalización en el estado previo. Ob. Cit. p. 295. Pero, especialmente p. 323: El principio “*cogitationis poenam nemo patitur*” designa un ámbito interno, que está delimitado, sin embargo, de acuerdo con criterios naturalísticos-sensibles y, por ello, casuales para el Derecho penal. El ámbito interno se tiene que orientar en un régimen de libertades al status del autor en cuanto ciudadano. Sin una conducta que sea tanto externa como perturbadora (esto es: una conducta que se arrogue una organización ajena), no existe razón alguna para efectuar una indagación vinculante del contexto interno del autor y, en particular, del aspecto subjetivo de su conducta (principio del hecho). Él mismo, Derecho Penal / Parte General. Fundamento y teoría de la imputación. Traducción: Joaquín Cuello Contreras- José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1995. Respecto a los casos de anticipación: “... la validez fáctica de la norma sólo se ve menoscabada cuando el autor se arroga una organización que no le está asignada” p. 58.

disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nitidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos a cualquier precio⁴, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad pero sin violar los derechos fundamentales⁵.

Por ello, con razón, se ha hecho notar que tales afirmaciones -desde la perspectiva del Derecho penal liberal- resultan absolutamente defendibles⁶. El Derecho penal liberal tiene la ventaja de ubicarse, con corrección, frente a situaciones límites (no se permiten daños colaterales⁷); en realidad se postula un Derecho de libertades legítimo que reconoce que el Derecho penal liberal no es un terreno eriaz, ni un paisaje inhóspito ni una tierra perdida⁸; por el contrario, con sus limitaciones, se desenvuelve dentro de los

⁴ En ese sentido, LOCKE refiriéndose al enemigo que hace la guerra señala: "Los enemigos no se guían por la normas de la ley común de la razón, y no tienen más regla que la fuerza y la violencia. Y, por consiguiente, pueden ser tratados como si fuesen bestias de presa ...". Vid. LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Traducción de Carlos Mellizo. 1ª ed. / 2ª reimpresión. Madrid. Alianza editorial. 1996. pp. 46 y 47.

⁵ Jakobs, Günther. Criminalización en el estadio previo. Ob. Cit. p. 298.

⁶ Vid. Prittwitz, Cornelius. Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal en La Política Criminal en Europa. Santiago Mir- Mirentxu Corcoy-Víctor Gómez Martín. Barcelona. Atelier. 2004. Textualmente: "¿Qué dijo Jakobs en Frankfurt en 1985? La ponencia pronunciada por Jakobs en el congreso celebrado en Frankfurt en el año 1985 fue presentada bajo el siguiente título «Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico». (...) Jakobs estableció una definición del Derecho penal desde la perspectiva del ciudadano. Ciertamente, el Jakobs de 1985 mantuvo como el reconocimiento al ciudadano de una esfera de libertad frente al Estado, constituye uno de los presupuestos que definen al Derecho penal propio de un Estado liberal y garantista, es decir, de un Estado de Derecho. (...) toda criminalización de un acto previo a la lesión del bien jurídico, no se ajustaba a un Derecho penal legítimo, es decir, a un "Derecho penal del ciudadano", sino que era más propio, y es, por ello, que debe ser criticado, de un "Derecho penal del enemigo" p. 110 y 111.

⁷ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. p. 46.

⁸ Jakobs, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Colombia. Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del Derecho-Universidad Externado de Colombia. 1996. Traducción del texto: Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischen' Prinzipien. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts ?, ponencia presentada en Rostock el 28 de mayo de 1995. Conforme a Jakobs: "La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por

parámetros de racionalidad y respeto, a la persona y al medio en que la persona se desarrolla, siempre dentro del círculo del Derecho. En buenas palabras, subyace la advertencia: Derecho penal, no te extiendas [no te conviertas en ilegítimo] que corres el peligro de perder tu auto referencia, tu sentido, esto es, de dirigirte a personas. No es poca cosa, si tenemos en cuenta que los cimientos de tales ideas conforman las bases del Estado de Derecho⁹.

No debe extrañar, por ello, que Jakobs en ese contexto no defina al "enemigo" y sólo plantee el Derecho penal del enemigo como una "oposición" al Derecho penal del ciudadano¹⁰. Esto cambiará, y lo que apareció como un análisis crítico de cobertura con base en principios liberales, se transformará en la idea central y tesis de la existencia de un Derecho penal del enemigo y la necesidad de utilizar diversas vías o formas para enfrentarlo; lo que realmente ocurre es un proceso de legitimación del Derecho penal del enemigo por parte de Jakobs, con lo cual abandona cualquiera tímida posibilidad de encubrir su pensamiento y lo muestra tal cual él lo cree. Dicho de otro modo, a partir de esta ponencia de 1985, sigue una profundización de la idea que el Derecho penal no es lineal o tan liberal, sino que muchas de sus parcelas pertenecen a una situación que debe denominarse -por ser lo auténtico- Derecho penal del enemigo¹¹; con lo cual a partir de ese momento se aprecian un paralelismo: un Derecho penal de libertades para ciudadanos y un Derecho penal de enemigos, para aquéllos que, *per se*, no presten al sistema jurídico de libertades, seguridades cognitivas [falta de confianza en el hacer de tales sujetos, los enemigos]. El desarrollo de la tesis propugnada por Jakobs estará siempre referido al de subsistencia del Estado y la seguridad que éste debe proveer a los ciudadanos. Modelo de esta secuencia se ve en la siguiente afirma-

tanto, la identidad social" p. 11. También, el mismo: "(...) el Derecho penal puede recordar a la sociedad que deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles ... no se puede degradar al Derecho penal al papel de mero lacayo, pues es parte de la sociedad y, dicho de modo metafórico, debe tener un aspecto respetable aun a plena luz del día" p. 15.

⁹ Vid. Tiedemann, Klaus. Constitución y Derecho penal. Lima, Palestra. 2003. Señala el autor: "El ideal tradicional del Estado de Derecho liberal exige vincular la punibilidad a la ley, a fin de posibilitar una previsibilidad y determinabilidad de la magnitud de la punibilidad y, al mismo tiempo, una aplicación jurídico penal uniforme" p. 112. Mir Puig, Santiago. El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona, Ariel. 1994. El Estado de Derecho es el Estado gobernado por la voluntad general. En cuanto social y democrático tal Estado deberá crear condiciones sociales y reales que favorezcan la vida del individuo, pp. 31, 32, 33.

¹⁰ Jakobs, Günther. Criminalización en el estadio previo. Ob. Cit. pp. 298, 299, 322, 323.

¹¹ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. p. 42

ción: "(...) los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad"¹².

2. Fundamento del Derecho penal del enemigo: visión crítica.

Hasta aquí, los rasgos del Derecho penal del enemigo no aparecen en toda su dimensión, pues, sus formas, algunas veces, se diluyen dentro del Derecho penal de libertades. Sin embargo, el presagio viene "cargado" con negras tintas. Tiempo después, el giro de Jakobs será de ciento ochenta grados¹³, esto es, se convierte en todo lo contrario. Utiliza el arsenal del Derecho penal liberal para construir lo que él ha denominado un Derecho penal del enemigo. Así, por ejemplo, sobre el criterio de persona desarrolla paralelamente el de no persona. Además como se verá la construcción jurídico-penal de Jakobs no abandona la relación por él establecida de sociedad, norma y persona.

Debe señalarse que los fundamentos liberales del Derecho penal, por sí mismos, no responden favorablemente a la creación de un modelo paralelo de Derecho penal, en ese contexto, Jakobs necesita formular los lineamientos o soportes de su posición. Para ello, por un lado, recurre a algunos autores de la filosofía moderna (Kant, Rousseau, Fichte, Hobbes, Locke) y de esta forma recordar que no es un tema marginal¹⁴. Por otro lado, recurre con la misma finalidad al Derecho positivo alemán en cuanto se refiere a la "lucha" en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, de los delitos sexuales, de la criminalidad con drogas, de la conspiración para delinquir¹⁵.

En lo que respecta al aspecto filosófico Jakobs esboza —entre otros— el planteamiento de Kant. ¿Qué dice Kant de aquéllos que no se dejan obligar a vivir en comunidad? En su escrito "Sobre la paz eterna" dedica una larga nota a pie de página al problema de cuánto se puede legítimamente proceder de modo hostil contra un ser humano, expo-

¹² Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. p. 32.

¹³ En su trabajo Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo el profesor Günther Jakobs despliega largamente el desarrollo de su teoría acerca del Derecho penal del enemigo. Lo mismo se puede decir de su artículo La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente y Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid. Thomson – Civitas. 2003. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez.

¹⁴ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. pp. 25 – 46.

¹⁵ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. pp. 38, 39 y 40. Vid. Cit.as de pie de página 29, 30, 31, 32 y 33.

niendo lo siguiente: "Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva ... (de la) seguridad (necesaria), y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (*facto*), si por la ausencia de legalidad de su estado (*statu injusto*), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo a un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad". En consecuencia, quien no participa en la vida en un "estado comunitario-legal" debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede "tratar", como anota expresamente Kant, "como un enemigo"¹⁶.

También Thomas Hobbes aporta a consolidar la tesis del profesor Jakobs, así, cuando en el capítulo 28: De los castigos o recompensas, el autor del Leviatán sostiene: " (...) que un 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. Pero cuando la hostilidad es declarada, toda inflicción de daños es legal. De lo cual se sigue que si un súbdito declara con hechos o con palabras que consciente y deliberadamente niega la autoridad al representante del Estado, éste puede legalmente imponerle el daño que le parezca oportuno (cualquiera que sea el castigo que previamente ha sido determinado para delitos de 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 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"¹⁷.

De otro lado, Jakobs señala que el Derecho penal clásico, al cual denominará Derecho penal del ciudadano, subsistirá con el Derecho penal del enemigo; sentencia: incluso en el Derecho penal del ciudadano el 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. En esta premisa se admite que existe una zona en la

¹⁶ Jakobs, Günther. Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. pp. 30-32.

¹⁷ Hobbes, Thomas. Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico y Civil. Versión, prólogo y notas de Carlos Mellizo. España. Alianza Editorial. 1ª. Reimpresión. 2001. pp. 267 y 268.

cual dos círculos se unen y no se puede diferenciar uno del otro¹⁸. Pero, eso no es todo. Aparece un cuadro de consecuencias importantes a tener en cuenta, pues, como se comprobará se presenta, por primera vez, una diferencia nítida en la aplicación de la concepción de Jakobs. Según la descripción de Zugaldía, en el Derecho penal del enemigo de Jakobs, se cobijan diversos elementos: "(...) al Derecho no le basta con restablecer la confianza en las normas que se hayan infringido, sino que debería procurar restablecer unas "condiciones aceptables de entorno". Ello se lograría mediante: A) Tipos penales que supongan un adelantamiento sustancial del momento en que el autor ha de ser sancionado: se trata de sancionar antes de que el supuesto riesgo exista en realidad en una especie de "ataque preventivo" o de defensa frente a agresiones futuras. B) El establecimiento de penas que no tienen por qué ser proporcionadas a dicho adelantamiento de la punición. C) La disminución o limitación de las garantías procesales, aunque dejando a salvo unas garantías mínimas que eviten la identificación errónea del ciudadano como enemigo"¹⁹.

Este nuevo panorama se presenta rico en posibilidades de discusión, tanto por sus aspectos descriptivos, como por sus secuencias normativas y valorativas. En el mismo nivel se encuentra el discurso justificante o ideológico-justificante de esta doctrina. Debo precisar, que desde cualquier punto de vista resulta necesario no incurrir en la mera crítica sin más [en concreto señalo las observaciones obvias o meramente referenciales o que simplemente nieguen su validez sin profundizar en el contenido presentado por Jakobs], pues, ello facilitaría su ingreso y legitimación en el Derecho penal.

Jakobs considera que [en algunos casos] el Derecho penal como tal ya no cumple su cometido, dado, que existe una demanda marcada por la necesidad de afirmación de la seguridad: "Para la mayoría de los ciudadanos la supervivencia individual está por encima de la juricidad"²⁰. La demanda de seguridad no puede ser cubierta por el Derecho penal del ciudadano, esto en virtud a que la relación del Derecho penal con el ciudadano se presenta de forma distinta. Así, revisando la teoría de la prevención general positiva del profesor Jakobs se obtiene una parte de la respuesta: las diferencias conceptuales y materiales del Derecho penal del ciudadano y del Derecho penal del

¹⁸ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. pp. 21 y 22.

¹⁹ Zugaldía Espinar, José Miguel. ¿Qué queda en pie en el Derecho penal del principio "mínima intervención, máximas garantías" en Sistemas Penales Iberoamericanos, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en sus 65 aniversario. Lima. ARA editores. 2003. Director: Manuel Jaén Vallejo; coordinador: Luis Reyna Alfaro; p. 1360.

²⁰ Jakobs, Günther. La ciencia del Derecho penal. Ob. Cit. p. 315.

enemigo. Así, en el Derecho penal del ciudadano, la pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción (“ejercicio de confianza en la norma”) ... la pena se orienta al “ejercicio de fidelidad hacia el Derecho” ... mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes, sus consecuencias penales (“ejercicio en la aceptación de las consecuencias”)²¹. En síntesis: la pena no se dirige a influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones, sino que tiene por destinatarios a todos los miembros de la sociedad, en cuanto potenciales víctimas de ellas, para reafirmarlos en la vigencia de la norma infringida. La prestación que el Derecho penal realiza para el mantenimiento del sistema social consiste en reafirmar que, pese a la infracción producida, la sociedad se mantiene firme en la vigencia de sus normas esenciales y se niega a concebirse a sí misma de otra manera²². Ahora, la prevención general positiva —a mi modo de ver— no queda bien librada en cuanto oferta para los “enemigos” pues estos [nacen] culpables y para los culpables [con o sin delitos realizados] la pena no afirma ni reafirma nada. Tanto así que tal vez lo correcto sea no hablar más de pena sino de “neutralización” o “inocuidización”²³; inocuidización para los enemigos²⁴.

²¹ Peñaranda Ramos – Suárez Gonzáles, Carlos – Cancio Meliá, Manuel (Universidad Autónoma de Barcelona). *Un nuevo sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación* de Günther Jakobs. Lima. Grijley. Biblioteca de autores extranjeros. 1998, pp. 15, 16, 17 y 18.

²² Peñaranda y otros. *Un nuevo sistema del Derecho Penal*. Ob. Cit. p.18. Aquí se destaca la ponencia del profesor Jakobs presentada en las Jornadas de los profesores alemanes de Derecho Penal celebradas en Rostock en 1995.

²³ Díez Ripollés, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado* en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 16, Lima-Perú, 2005, p. 163.

²⁴ Liszt, Franz von. *La idea de fin en el Derecho penal* en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 3, Lima-Perú, 1994. Bajo el subtítulo V. *La pena como protección jurídica consciente de su finalidad*, señala von Liszt: “Coerción directa, inmediata, mecánica o violenta. La pena es secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella” p. 394. También ha sostenido el autor: Neutralización a los delincuentes no susceptibles de corrección (...) Los irrecuperables. El combate enérgico contra la reincidencia es una de las tareas más importantes del presente. Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, de la misma manera el cáncer de la reincidencia opera con creciente profundidad en nuestra vida social (...) La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso por tiempo indeterminado)” pp. 396, 397 y 399.

Las ideas -que voy a citar- ayudarán finalmente a comprender el planteamiento de Jakobs. Este autor sostiene que sólo en el ámbito del Derecho penal del ciudadano: "La pena es coacción; ... coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad"²⁵. Por el contrario, según el profesor de Bonn, el Derecho penal tiene un desarrollo distinto en el caso de los "enemigos". Aquí, la premisa de Jakobs es la siguiente: "El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa a ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo"²⁶.

En lo que concierne al fundamento legal, para Jakobs, es determinante algunas normas de la legislación alemana, sobre todo aquellas que hacen referencia acerca de que el enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delincuencia sexual; ya que el antiguo delincuente habitual "peligroso" según el §20 a StGB [suprimido por la Primera Ley de Reforma del Derecho penal, de 25 de junio de 1969, BGBl I p. 645] o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente la delincuencia de drogas, o el ya antiguo "complot de asesinato") de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta²⁷.

De ello se sigue: para Jakobs, ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones socialmente internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la -sit venia verbo- *neutralización* de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que, a efectos prácticos, puedan ser tratados actualmente como personas. Es verdad que el procedimiento para tratamiento de los individuos hostiles está regulado jurídica-

²⁵ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. p. 23.

²⁶ Jakobs, Günther. La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente. Ob. Cit. p. 315.

²⁷ Jakobs, Günther. La ciencia del Derecho penal. Ob. Cit. p. 316. Las negritas son nuestras.

mente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: *los individuos son actualmente no personas*. Indagando en su verdadero concepto, el Derecho penal de enemigos es, por tanto, una guerra²⁸ cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuanto se tema al enemigo²⁹ [lo resaltado es nuestro].

En consecuencia, visto desde esta perspectiva, en realidad, el planteamiento del Derecho penal del enemigo desarrollado en las márgenes del Derecho penal [esto es así, porque, por ejemplo, la prevención general positiva no cumple función alguna en los sujetos enemigos o de partida el criterio de culpabilidad por el hecho queda menoscabado, pues, el hecho es un dato probable, lo esencial es precisamente la probabilidad (por falta de confianza) que el "enemigo" no se comporte conforme a las reglas de la sociedad y, por ello, portador constante de inseguridad] es un falso dilema, porque en realidad no hay nada de Derecho penal en él [léase Derecho penal de un Estado de libertades], salvo un reflejo o un espejismo. Dicho en otras palabras, se presenta el problema de la gran criminalidad en la sociedad moderna o de la criminalidad persistente y se da como respuesta el Derecho penal del enemigo. Sin embargo, el contenido de la respuesta -en concreto la de Jakobs- es cruda y de un pragmatismo tal que no es posible admitirla por las implicaciones que tiene, v.gr. afección a la dignidad de la persona humana, afección a derechos que vulneran la igualdad ante la ley, sobredimensionamiento del Estado frente al ciudadano, exacerbación de los miedos e implementación de la tecnología de la "seguridad cognitiva" a toda costa, marginación y Derecho penal de autor, instrumentalización política del recurso penal y la posibilidad nunca cerrada que tales prácticas se legitimen bajo un discurso teórico. Existe una actitud sesgada vinculada sólo y únicamente a modelos centrales de juridicidad penal que deben imponerse sacrificando a los "otros".

En ese sentido, se infiere que, para Jakobs, un respaldo para determinar si una persona es enemigo es la existencia de normas positivas que defienden a la sociedad frente a agresiones futuras³⁰. A ello se debería que los "enemigos" quedan ubicados en organizaciones criminales o terroristas; producción de narcóticos por bandas organizadas;

²⁸ Esta idea de Jakobs es similar a la planteada por Locke en el estado de guerra. Veamos: "El estado de guerra es un estado de enemistad y, por lo tanto, si un individuo, en forma premeditada e intencional, pone la vida de otro en estado de guerra ... es justo y razonable que el tercero tenga el derecho de destruir a quien amenaza con destruirlo mediante la guerra". Cfr. Vid. LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Ob. Cit. p. 46.

²⁹ Jakobs, Günther. La ciencia del Derecho penal. Ob. Cit. p. 317. El subrayado es nuestro.

³⁰ Jakobs, Günther. La ciencia del Derecho penal. Ob. Cit. p. 315.

delitos de asociaciones terroristas; delincuencia económica; delincuencia sexual y conductas penales peligrosas³¹. Se caracteriza la lucha contra ellos en virtud de su habitualidad y profesionalismo en lo criminal³². Existe en la base de este planteamiento una actitud "defensista"³³ que no es distinta de la utilizada bajo el membrete de leyes penales de emergencia donde destacan, precisamente, leyes penales retroactivas, procesos penales secretos, comisiones especiales, limitaciones al derecho de defensa, instrucciones a jueces, premios a delatores, autorizaciones judiciales para cometer delitos, etc.³⁴.

Resucitan de este modo las viejas instituciones inquisitoriales y se legitiman por su pretendida practicidad³⁵, en tanto, desaparecen los límites del Derecho penal. Aquí, se encuentran las raíces del planteamiento desarrollado por Jakobs, cuando, partiendo "de las criminalizaciones anticipadas que se encuentran en el Código Penal alemán -

³¹ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. pp. 39 y 40. El autor pone el acento en que el sujeto enemigo "(...) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan garantía mínima que es necesaria para el tratamiento como persona" p. 40. Ya antes se había utilizado el término individuo peligroso en contraposición con persona: "(...) en ese caso, la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige -y sobre todo- hacia delante; al futuro, en el que una tendencia a cometer hechos delictivos de considerable gravedad podría tener efectos peligrosos para la generalidad (contra) el individuo peligroso ... se procede ... a través de una medida de seguridad, no mediante una pena ... lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo ... p. 24.

³² Vid. Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho penal, 2da. Edición. Madrid. Civitas. 2001. pp.164 y 165.

³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia en Teorías actuales en el Derecho penal. 75 aniversario del código penal (argentino). Buenos Aires. Ad-hoc. 1998. p. 618. Vid. Tavares, Juárez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia en Teorías actuales en el Derecho penal. 75 aniversario del código penal (argentino). Buenos Aires. Ad-hoc. 1998; señala el catedrático brasileño: "Bajo el pretexto del combate a la criminalidad organizada, se vuelve a los servicios secretos, se abusa de la expropiación de bienes sospechosos, se disemina la prisión para investigaciones y, para delitos comunes, se crean los agentes especiales. La política criminal se ha transformado, en suma, en política de seguridad, incluso con el llamado a la intervención de las fuerzas armadas", p. 631.

³⁴ Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho penal. Ob. Cit. p. 166. 167.

³⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. Ob. Cit. p. 615.

que no se pueden legitimar en un Estado de libertades”³⁶ logra muy posteriormente reconducir tal conceptualización teórica hasta llevarla al punto de formular el Derecho penal del enemigo, para los que no hay respeto por su fuero interno (son los “otros”) y menos por el externo, pues, no necesitan exteriorizar nada, se les puede castigar sin haber cometido delito alguno, se mira al futuro interno³⁷.

Lo dicho anteriormente significa que Jakobs parte de la premisa que el Estado de juricidad es un Estado de validez del Derecho y en él quedan acogidos los temerosos y los heroicos, personas que quieren encontrar su modo de supervivencia. Los sujetos dentro de la juricidad deben dar muestras de seguridad cognitiva, caso contrario, se reaccionará no contra la persona, sino contra el enemigo, esto es, contra agresiones futuras³⁸. Así, “ (...) todo aquél que niegue su racionalidad de forma demasiado evidente o establezca su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de una comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como persona en Derecho, en todo caso no en ese momento³⁹. En ese contexto, Jakobs construye la imagen normativa de un sujeto que es distinto del ciudadano: el enemigo y presenta al Derecho penal del enemigo como expresión natural, en cuyas circunstancias no existirá igualdad de la persona humana, existirán o co-existirán el ciudadano y el enemigo. “Así pues, la sociedad seguirá teniendo enemigos –visibles o con piel de cordero- deambulando por ella (...) una sociedad consciente del riesgo no puede dejar de lado esta problemática (...)”⁴⁰. Para el sistema funcionalista la distinción no resulta problemática pues posee normas funcionales y normas de intervención⁴¹.

Jakobs recuerda que el Derecho penal ha utilizado y utiliza algunos instrumentos legales que, en rigor, son manifestaciones de una lucha contra el enemigo, así, en los delitos de peligro abstracto y supuestos de actos preparatorios⁴²; lo cual no es otra cosa que el

³⁶ Jakobs, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Ob. Cit. p. 293.

³⁷ Faraldo Cabana, Patricia. Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. Ob. Cit. p. 307.

³⁸ Jakobs, Günther. La ciencia del Derecho penal. Ob. Cit. p. 315.

³⁹ Jakobs, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Ob. Cit. p. 50.

⁴⁰ Jakobs, Günther. La ciencia del Derecho penal. Ob. Cit. p. 317.

⁴¹ Jakobs, Günther. Sociedad, norma y persona. Ob. Cit. p. 30.

⁴² Jakobs, Günther. La ciencia del Derecho penal. Ob. Cit. pp. 304 y 305. En relación a la punición de los actos preparatorios, véase el caso Duchesne que el autor utiliza para ilustrar

ingreso del Derecho penal al fuero interno de las personas. Esto significa, que la pena se dirige a la protección o aseguramiento de bienes jurídicos frente a hechos futuros, mas no a la sanción de hechos cometidos⁴³. Asimismo, en la misma línea, precisa que el ciudadano necesita seguridad, certeza y utiliza: "Un ejemplo extremo: si debo contar seriamente con la posibilidad de ser lesionado, víctima de un robo o quizás incluso de un homicidio en un determinado parque, la certeza de estar en todo caso en mi derecho no me conducirá a entrar en ese parque sin necesidad. Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida (...) Pero, las personas no sólo quieren tener derecho, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir, sobrevivir en cuanto individuos necesitados, y la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no es contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será"⁴⁴.

En síntesis: existen ciudadanos para los cuáles es necesario el Derecho penal clásico. Las garantías penales, procesales y penitenciarias deben ser óptimas. Este Derecho penal reflejará identidad de la sociedad. También, existen casos específicos de sujetos alejados de la esfera del Derecho penal ("Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que, de lo contrario, vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas")⁴⁵. A ellos, no se les puede tratar como personas, sino como no-personas⁴⁶. A las no-personas no se les concede un Derecho penal de corte liberal (Derecho penal del ciudadano), sino un Derecho propio de los enemigos, un Derecho de guerra o una "guerra refrenada"⁴⁷. Dicho de otro modo, según Jakobs, en el seno de la sociedad existen "enemigos" (archicriminales) que con su accionar se colocan (casi permanentemente) al margen del sistema social y del Estado. En consecuencia, es lícito tratarlos de una forma di-

"... fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal Parte general ..." p. 48.
49 en Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. Vid. también p. 34. Vid. Sociedad, norma y persona en una teoría. Ob. Cit. pp. 29 a 34.

⁴³ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. pp. 40, 41.42 y 43.

⁴⁴ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano. Ob. Cit. Cit. p. 37.

⁴⁵ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano. Ob. Cit. p. 47.

⁴⁶ En el mismo sentido Locke: "pueden ser tratados como si fueran bestias de presa las criaturas peligrosas y dañinas que destruyen a todo aquél que cae en su poder". Vid. LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Ob. Cit. p. 47.

⁴⁷ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano. Ob. Cit. p. 42.

ferente a como se trata a los ciudadanos. Estos individuos pueden ser denominados “ángeles caídos”⁴⁸.

Sin embargo, al parecer llevar al extremo ciertos criterios fundamentadores como es el caso de la *seguridad cognitiva*, convertida en certeza a favor del ciudadano, se convierte en una petición de principio que –teóricamente– el Derecho penal debe asumir. Por otro lado, si se admite que existe una sociedad que, por su propio desarrollo, crea riesgos en los procesos de relación social, es decir, en los procesos de interacción de las personas con otras personas, con instituciones; tales riesgos, que se caracterizan por eliminar certeza o seguridad, merecerían también un membrete conforme a su propia entidad: Derecho penal del riesgo (donde se almacenan multitud de situaciones de inseguridad constante) como puede ser la acción de transportar desechos nucleares o lo que Silva ha denominado consecuencias lesivas del “fallo técnico”⁴⁹. Entonces, cómo se debe tratar a estos ciudadanos que se aprovechan del desarrollo y constante neo configuración de los patrones de acción en sociedad desde una percepción normativa. En realidad, la *inseguridad cognitiva* es grande y homologable a lo dicho sobre el Derecho penal del enemigo.

3. Observaciones

Respecto del fundamento filosófico que subyace a la concepción de Jakobs debemos señalar que si bien la filosofía moderna utiliza un lenguaje propio de la defensa extrema, esto es, utilización de soluciones propias de la guerra como medios de defensa frente a sujetos que tienen conductas alejadas del Derecho o contra el orden jurídico establecido; según ese sector de la Filosofía tales personas están fuera del sistema

⁴⁸ Vid. Cancio Meliá, Manuel. ¿“Derecho penal” del enemigo? en Estudios de Derecho penal. Ob. Cit. pp. 87 y 88. Zugaldía Espinar, José Miguel. ¿Qué queda en pie en el Derecho penal del principio de “mínima intervención, máximas garantías?” en Sistemas Penales Iberoamericanos, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario. Lima. ARA Editores, 2003. Director: Manuel Jaén Vallejo; Coordinador Luis Reyna Alfaro. “Sin embargo, -dice Zugaldía- el tema del “Derecho Penal del enemigo” cobra hoy actualidad porque se discute si además de estos enemigos tradicionales del sistema, determinados ciudadanos deben ser tratados también como enemigos: esto es, se discute hasta que punto la seguridad colectiva exige ampliar el “Derecho Penal del enemigo” a otros ámbitos de la criminalidad (delincuencia económica, delincuencia organizada, delincuencia contra el medio ambiente, delincuencia informática, tráfico de armas, de drogas, etc.). La respuesta a esta cuestión debe ser necesariamente negativa. El “enemigo” evidentemente existe (aunque conviene no confundirlo ya que no es el drogodependiente, sino el narcotraficante; ...)” p. 1361. El subrayado es nuestro.

civil. Ahora bien, se debe dejar claro que estos postulados filosóficos no pueden ser, sin más, el fundamento final y único de un medio de control como es el denominado Derecho penal del enemigo. En primer lugar, porque estos conceptos de la filosofía moderna como: no persona, enemigo, bestia, ángel caído, Derecho de guerra, etc. son incompatibles con los patrones culturales y axiológicos [vida, libertad, igualdad, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, etc.] de las sociedades plurales y propia a los estados democráticos constitucionales. En realidad no pueden explicar las instituciones jurídicas del Derecho penal propio a un sistema constitucional y garantista un modelo diferenciado en el cual se “flexibilizan” o “ceden” aspectos penales o procesales e incluso penitenciarios sin recurrir a argumentos como la emergencia.

Lo que sí explican el modelo del Derecho penal del enemigo, es como combatir un tipo de criminalidad, en la cual el hecho y el autor no ocupan posiciones claras, por el contrario, se aprecia una simbiosis, donde predomina el concepto del crimen asociado con el autor. El hecho queda a determinar [el delito de violación sexual queda asociado al violador y al hecho por determinar –la violación misma–; lo cual tiene la ventaja de remitirse a la posibilidad del hecho, al hecho mismo y a actos posteriores al hecho; en consecuencia, se justifica un control en todos los niveles]. Volviendo a los planteamientos filosóficos, resulta un imperativo revisar su vigencia, aunque hayan sido esbozados por filósofos conspicuos de toda la historia cultural, no pueden ser utilizados como piedras angulares en la configuración de un instrumento que sólo tiene razón de ser en cuanto protege a la sociedad compatibilizando tal protección con la dignidad de la persona humana. Por ello, tiene razón Gracia Martín cuando –siguiendo a Ángel Torío– señala: los datos proporcionados por la filosofía deben desarrollarse mediante la aproximación analítica ...⁵⁰. A ello, debe agregarse que no es posible colocarse en una posición crítica si se sigue como regla de oro, como algo inmutable e incuestionable, las tesis de los grandes pensadores⁵¹.

De lo dicho, se sigue que el Derecho penal del enemigo tiene justificaciones y estas dependerían del contexto en que debe desarrollarse la discusión. En este sentido, el

⁴⁹ Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho penal. Ob. Cit. p. 28.

⁵⁰ Gracia Martín, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. p. 28 y Cit. a de pie de página 194.

⁵¹ Vid. Muñoz Conde, Francisco. De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. pp. 124, 125. Recuerda: “ (...) Aristóteles defendía la esclavitud, algunos teólogos españoles del siglo XVI ponían en cuestión que los indios fueran personas y discutían si las relaciones sexuales con ellos era pecado de sodomía o de bestialismo, y Shopenhauer decía que la mujer era un ser inferior al hombre (...)”, p. 125.

Derecho penal del enemigo - como discusión - sólo puede darse dentro de un Derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales, y que depositan el poder en auténticos Estados de Derecho⁵². Y, esto es así porque el modelo democrático constitucional es el único que tiene las posibilidades materiales de negarlo o admitirlo de refutarlo o relativizarlo o simplemente desaparecerlo, bajo cualquier posibilidad el modelo democrático constitucional posee legitimidad en el análisis.

Ahora bien, desarrollar un planteamiento en un marco distinto, por ejemplo, los casos de estados autoritarios, es una pura legitimación: porque esos estados desarrollan, sin mayor justificación, el ejercicio del poder estatal con la característica de brutalidad en las penas⁵³; porque en un contexto totalitario, el Derecho penal se transforma en un Derecho de combate, de irracionalidad, por lo que para ello, basta el planteamiento del miedo o terror y que la sociedad responda a través de sensaciones de inseguridad. En este clima también surge la figura amigo-enemigo⁵⁴.

3.1. Es posible diferenciar personas de no personas sin violar la dignidad humana?

En éste orden de ideas, es necesario preguntarse ¿en un Estado democrático constitucional de Derecho donde la dignidad de la persona humana es el fin supremo de los sistemas jurídico-políticos, es posible desarrollar un mundo jurídico penal diferenciando personas de no-personas?⁵⁵. En ese mismo sentido, ¿en un sistema jurídico donde la fuente principal del Derecho penal es la ley se puede vaciar de contenido al principio de legalidad?

⁵² Gracia Martín, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo" Ob. Cit. p. 4. Vid. Citade pie de página 9.

⁵³ Bustos Ramírez, Juan. Inseguridad y lucha contra el terrorismo *en* El Derecho ante la globalización y el terrorismo. Cedant Anna Togae. Actas del Coloquio Internacional Humbolt. Montevideo, abril 2003. p. 408.

⁵⁴ Bustos Ramírez, Juan. Inseguridad y lucha contra el terrorismo. Ob. Cit. pp. 403 y ss.

⁵⁵ En el mismo sentido, Gracia Martín, Luis. Consideraciones críticas. Ob. Cit. El autor, desarrolla en éste plano una argumentación dialéctica que vale la pena reproducir por la consistencia de su contenido: "(...) 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 autoreferente y, por ello circular ...

Respecto de la primera interrogante, con palabras preclaras, Cancio afirma: “ (...) no cabe admitir apostasías del status de ciudadano”⁵⁶. Esto significa que, en realidad, la distinción para efectos de determinar los alcances y aplicación del Derecho penal: uno para los ciudadanos y otro para los enemigos, pasa por considerar el aspecto psicofísico y espiritual del sujeto, es decir, algunos de los aspectos de la “esencialidad” o “mismidad” del ser humano, que, al parecer no se corresponde necesariamente con una posible valoración desde la referencia de un sistema funcional y normativo estricto y cerrado como plantea Jakobs: “Aquél, al que no se necesita, *se le excluye de la obra común*, y cuando ha entendido esto sólo le queda la retirada hacia la mera individualidad (...) Quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma (...), quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo, ello sólo es consecuente: es que no vive en el mundo de personas”⁵⁷. Por donde se vea siempre se conduce la idea de polarizar el mundo: se es persona en cuanto parte del interés general. El interés general es el baremo que sirve para la clasificación de A y no A, donde la función que cumple este desarrollo teórico es el de legitimar un mundo de “excluidos”, de “extraños”⁵⁸ —que es inadmisibles aceptar— y, llevarlo al

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, lo cual se infiere de su habitual y reiterada dedicación a la comisión de infracciones del Derecho. Ahora bien, si esto fuera así, no parece que precise de ninguna aclaración que ese Derecho que tiene que ser reiterada y permanentemente infringido por el individuo en cuestión sólo puede ser el “ciudadano”. Sin embargo, un Derecho sólo puede ser infringido por quien sea 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 lo tanto, aquél que infringe reiteradamente y de modo permanente el Derecho (del ciudadano) tiene que ser por fuerza una *persona*”. pp. 28 y 29.

⁵⁶ Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. p. 99.

⁵⁷ Jakobs, Günther. Sobre la génesis de la obligación jurídica en DOXA 23, Cuadernos De filosofía del Derecho. Alicante. 2000. Traducción de Manuel Cancio Meliá. p. 348. El subrayado es nuestro.

⁵⁸ Muñoz Conde, Francisco. El nuevo Derecho penal autoritario en El Derecho ante la globalización y el terrorismo. Cedant Arma Togae. Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo, abril, 2003. El profesor de Sevilla ha recordado lo siguiente: “ (Según Jakobs) “Los enemigos no son efectivamente personas (Feinde sind aktuell Unpersonen)”, en el original alemán. Por tanto, no pueden ser tratados como tales) (...) También el famoso penalista alemán Edmund MEZGER decía en 1943 en los informes que redactó para un Proyecto de Ley sobre tratamiento “Extraños a la Comunidad” del Gobierno Nacional socialista

Derecho sin más. En la teoría de la diferenciación de sujetos frente al Derecho existe una pretensión de integrar una nueva lógica dentro del sistema penal: el "otro". Ahora bien, respecto de el "otro" se establecen juicios de valor a priori (amigos o enemigos; buenos o malos o simplemente extraños⁵⁹); con estos mecanismos también se solapan profundas desigualdades existentes en la sociedad⁶⁰. Caso paradigmático es el de los inmigrantes pobres en Europa, que dada su particular situación terminan siendo criminalizados⁶¹. Con palabras certeras describe Terradillos esta situación: "La complejidad del fenómeno migratorio, la potenciación de políticas de control en detrimento de las de integración y la inidoneidad de los medios legales de tutela de una población a la que su triple condición de pobre, extranjero e irregular hace especialmente indefensa, no pueden tener otra consecuencia que la marginación del inmigrante ..."⁶². Entonces, no resulta difícil incluir en el ámbito penal una nueva categoría: los otros, los peligrosos, los desadaptados, los que generan temor, los que nunca ingresarán en el Derecho, los alejados; aquellos (las no-personas) que no pueden incluirse en la "identidad social"⁶³; para esta gente la

lo siguiente: En el futuro habrá dos o más derechos penales. -un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirá 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 que 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 diferencias jurídicas. ...". p. 171.

⁵⁹ Prittwitz, Cornelius. Derecho penal del enemigo: Análisis crítico o programa del Derecho penal? en *La Política criminal en Europa*. Coordinador Santiago Mir. Barcelona. Atelier. 2004. Señala: "(...) en la actualidad se observa en nuestra sociedad una tendencia especialmente poderosa a distinguir entre los buenos y los malos, esto es, entre los amigos y los enemigos ... quienes no estén con nosotros es que está contra nosotros". p. 118.

⁶⁰ Vid. Albrecht, Peter-Alexis. El Derecho penal de la política populista en *La insostenible situación del Derecho penal*. Ob. Cit. p. 476.

⁶¹ Brandariz García, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control en las sociedades contemporáneas en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2004. p. 46 y ss. Vid. Terradillos Basoco, Juan M. Tráfico ilegal de inmigrantes en Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías. Madrid. Colex. 2001. pp. 17 y ss.

⁶² Terradillos Basoco, Juan M. Sistema penal e inmigración en *Libro Homenaje in memoriam de Alexandri Baratta*. Salamanca. CISE y Ediciones Universidad de Salamanca. Fernando Pérez Álvarez coordinador. 2004. p. 1475.

⁶³ Portilla Contreras, Guillermo. Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal- penal del enemigo en *Jueces para la democracia*, número 49, marzo de 2004. p. 46 y ss.

prevención⁶⁴. En este contexto, la afirmación de Cancio - resulta correcta, aunque no sea querida - : "Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal"⁶⁵.

Ahora bien, **obra común o identidad normativa** de una sociedad presentadas como conceptos a seguir no pueden, por sí mismas, sustentar que conforman la racionalidad correcta y que por tal razón pueden absolutizar el Derecho penal, dicho de otro modo, el interés general no puede cimentarse con sacrificios jurídicos. Entonces, la obra común o la identidad normativa, tienen que revisar su propio andamiaje para saber si en sus presuntos cometidos no quedan vaciados de contenido. En realidad, todo parece indicar que no es posible tomar un concepto e idealizarlo de forma tal que finalmente deja de ser útil a la realidad (por ejemplo, si lesiona en vez de proteger) o si desde perspectivas ya determinadas (así, un orden democrático) no admite procesos que por su propia naturaleza desmonten el orden. El sistema democrático está en continua revisión y, por tanto, el sistema penal también. Así lo anuncia Silva Sánchez cuando señala: "(...) la determinación de lo que pertenece al núcleo de la **identidad normativa** de una determinada sociedad no es evidente: aquí cabe, pues, incluso dentro del funcionalismo, un debate jurídico-político, no en último lugar porque la identidad normativa de una

⁶⁴ Aponte, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad en Revista Brasileña de Ciencias Criminales, número 51, año 12. Ed. Revista Dos Tribunais, noviembre-diciembre 2004. Recuerda el autor siguiendo a Peter Alexis Albrecht: "En este esquema el ciudadano es concebido más como un menor de edad, él mismo no puede diferenciar lo que es bueno o malo para él o para otros: de esa diferencia lo desea preservar el Estado mediante la amenaza de castigo frente a otros -los "enemigos"-". El "otro" es siempre un enemigo potencial. Así, "no es el ciudadano libre capaz de respetar el Derecho el que subyace a la prescripción penal, es la peligrosidad de las personas la que entonces, y más allá de toda situación abierta, lleva a la limitación de las formas jurídicas. Se trata, en términos generales, de la consolidación paulatina del paradigma de la prevención como paradigma predominante en el sistema del Derecho penal, de la represión del injusto a la prevención del peligro". p. 17 y especialmente citas de pie de página 16, 17 y 18, lo resaltado es nuestro.

⁶⁵ Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. p. 78. Respecto al Derecho penal simbólico indica: "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 la comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas (...)". p. 77.

sociedad ni es estática ni pacífica ni única, sino dinámica, enfrentada y plural. De modo que surgirá siempre el debate acerca de si la respuesta elegida por el legislador -la del Derecho penal- como de estabilización de una determinada norma es correcta o no⁶⁶.

En resumen: el primer límite infranqueable y reconocido por el Derecho penal lo constituye la dignidad de la persona humana. Como ya se señaló, en un Estado de derecho dónde la *dignidad* de la persona humana constituye uno de los derechos fundamentales⁶⁷, se plantea como principio elemental rechazar cualquier intento de degradar el concepto⁶⁸. No extraña que Juan Bustos se muestre enfático en este punto al sostener que: “El principio implica el reconocimiento a la autonomía ética de la persona y a su indemnidad personal (...) la persona es un fin en sí mismo, que jamás puede ser medio para otro objetivo y que el Estado está a su

⁶⁶ Silva Sánchez, Jesús-María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal en Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Coordinadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha. 2003. pp. 38 y 39.

⁶⁷ Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los Derechos fundamentales. Madrid. Trotta. 2001. Señala el autor: “(...) son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar. p. 19. Vid. Demetrio Crespo, Eduardo. Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo en Libro Homenaje in memoriam de Alexandri Baratta. Salamanca. CISE y Ediciones de la Universidad de Salamanca. Recuerda el autor: “Es más, cabe afirmar que el llamado “Derecho penal del enemigo”, toda vez que fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho penal del hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como “Derecho penal de autor”. p. 1030, véase Citade pie de página 20.

⁶⁸ Vid. Bacigalupo Zapater, Enrique. Principio de culpabilidad e individualización de la pena en El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor don Ángel Torío López. Granada.Comares. 1999. Estudios de Derecho Penal dirigido por Carlos María Romeo Casabona. p.35. Vid. Cerezo Mir, José. Temas Fundamentales del Derecho penal. T. I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni editores. 2001. Señala con marcada precisión José Cerezo: “(...) el respeto a la dignidad de la persona humana es un principio material de justicia de validez a priori. Si el Derecho no quiere ser mera fuerza, mero terror, si quiere obligar a los ciudadanos en su conciencia, ha de respetar la condición del hombre como persona, como ser responsable, como un ser capaz de regirse por los criterios del sentido, de la verdad y del valor (de lo que tiene sentido o es absurdo, de lo verdadero o de lo falso, de lo que es valioso y de lo que no lo es)”. pp. 363 y 364.

servicio. Luego, no puede ser considerada la persona como un objeto o quedar sometida a la tutela del Estado (...) ninguna intervención del Estado puede significar una afectación a la persona como tal"⁶⁹.

Lo sustentado –el Derecho penal y su relación con la dignidad de la persona humana– viene avalado por instrumentos jurídicos internacionales que no pueden ser soslayados dentro del entendimiento del Derecho penal (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Es decir, existe un compromiso que reconoce una línea inexpugnable que no permite la lesión del contenido de la dignidad humana. En este contexto, Wolter ha sostenido: “El Estado no puede, pues, reprimir hechos punibles, formular normas de comportamiento jurídico penales, otorgar causas de justificación o provocar un comportamiento jurídico-penalmente relevante, a costa de una infracción de la dignidad humana”⁷⁰. Y, esto es así porque “ (...) el Estado no es quien otorga los derechos fundamentales, sino quien debe crear las condiciones de su realización ... los derechos fundamentales son derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo ..., el ejercicio de un derecho fundamental por un individuo no necesita justificación alguna, por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos fundamentales tiene que ser justificada”⁷¹.

También gracias a la dignidad, el Estado de Derecho se dirige a proteger al ciudadano y sus derechos innatos y adquiridos frente a eventuales abusos del poder político⁷². Por ello, se ha dicho que la dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personali-

⁶⁹ Bustos Ramírez, Juan. Obras completas. T. I. Derecho penal parte general. Lima. ARA editores. Colección iustitia, director José Urquiza Olacoea. 2004. pp. 550 y 551.

⁷⁰ Wolter, Jürgen. Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho penal en Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona. José María Bosch editor. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española); B. Shünemann – J. de Figueredo (coordinadores). p. 40.

⁷¹ Bacigalupo, Enrique. Principios constitucionales de derecho penal. Buenos Aires. Hammurabi. 1999. p. 13.

⁷² Pérez Luño, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de derecho y constitución. 6ª. Edición. Madrid. Tecnos. 1999. p. 213.

dad⁷³. Por ello, el Derecho penal no puede revelarse sin más, es decir, el Derecho penal tiene que declararse como un sistema acorde con los valores fundamentales.

En tal sentido, el Derecho penal del enemigo, con sus postulados y repercusiones en la vida de los seres humanos, no resulta coherente con el modelo descrito. El intento de declarar un estatuto para el "enemigo" a través del Derecho penal (que no se sabe si realmente es Derecho penal u otra cosa⁷⁴) en virtud que uno mantiene la vigencia de la norma y el otro "combate peligros"⁷⁵ no puede superar la valla de justificación: (porqué?) del trato diferenciado o marginal.

3.2. El principio de legalidad y otras garantías personales.

Si el ciudadano es destinatario natural de la norma, si el ciudadano realiza conductas y responde por ellas es porque existe un marco legal previo. El marco legal le asegura al ciudadano la existencia de un orden jurídico preestablecido: un mundo sin sorpresas. En tal sentido, existe un aseguramiento cognitivo del proceder del sistema legal, en concreto, del sistema punitivo. No debe olvidarse que: Los conceptos o directrices que recoge el principio de legalidad cumplen diversos cometidos: la *previsibilidad* penal, tanto en la conducta como en la sanción, el *aseguramiento* de las esferas de libertad de los ciudadanos, y la exigencia que las actuaciones penales sean públicas⁷⁶.

Sin embargo, respecto del enemigo –pese a que se establece el mismo presupuesto, esto es, también se concibe destinatario de la norma penal– se aniquilan los mecanismos de protección básicos, dejando una zona de posible arbitrariedad estatal (por ejemplo, restricción de derechos procesales de los imputados, cuestionamiento de la presunción de inocencia)⁷⁷. En realidad es muy difícil sostener que se les juzga, dado que la culpabilidad queda "adelantada" y deja la impresión que se les

⁷³ Pérez Luño, Antonio Enrique. Derechos humanos. Ob. Cit. p. 318. Vid. cita de pie de pág. 3.

⁷⁴ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. Ob. Cit. p.51: El autor menciona que no deben tolerarse las vulneraciones de los derechos humanos elementales para los enemigos.

⁷⁵ Jakobs, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. Ob. Cit. p. 33.

⁷⁶ Urquiza Olachea, José. El principio de legalidad. Lima. Gráfica Horizonte S.A. 2000. p. 24.

⁷⁷ Vid. Gracia Martín, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo" en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2005, número 07-02 (<http://criminnet.vgr.es/recpc/07/recpc07>) ; pp. 9, 10 y 11.

⁷⁸ Vid. Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid. Trotta. 1995.

ajusticia; y esto es así porque sólo se ve una imagen: el “enemigo”. El “enemigo” no presenta lados buenos, es la negación, y, despliega temor, terror. Es más, el concepto de enemigo puede surgir en relación a poblaciones, con lo cual desaparece el sujeto y con él la responsabilidad por el hecho, se es culpable porque se es miembro de la población, por tanto, enemigo⁷⁸; dicho de otro modo; siempre el enemigo es culpable. En éste sentido, la idea que se regresa a un Derecho penal de autor⁷⁹ –en mi opinión– es cierta, pero, se queda corta, pues del enemigo no se hace distinción alguna, con lo cual incluso las reglas de imputación pueden –bajo éste paradigma– quedar alteradas: por ejemplo, la minoría de edad en realidad no tiene porque contar, pues, basta que sea declarado enemigo. Ciertamente, la preocupación de Muñoz Conde que el Derecho penal del Estado de derecho en la medida en que pudieran favorecer o legitimar los excesos con el Derecho penal de sistemas políticos autoritarios, esta plenamente justificado⁸⁰.

Ahora bien, el discurso del Derecho penal del enemigo, no excluye de forma expresa ni niega el principio de legalidad; en realidad lo necesita, le es útil para mostrar la apariencia que estamos en un mundo jurídico sin conmociones y que el Derecho penal del enemigo es una de sus partes. Pero lo cierto es que no ocurre así. El principio de legalidad no se compatibiliza con el modelo del Derecho penal del enemigo, pues, el primero se caracteriza por afianzar el modelo garantista y el segundo por vaciarlo de contenido⁸¹.

De otro lado, la pena no persigue la reinserción, sino la “neutralización” total del sujeto en cuanto ente peligroso, es decir, reinserción y neutralización son térmi-

Prólogo de Norberto Bobbio. Recuerda el profesor cuando desarrolla el subsistema penal de excepción, en la Cita de pie de página 18 lo siguiente: “(...) Schmitt sostiene la interpretación extensiva del artículo 48 de la Constitución de Weimar, según la cual el Presidente del Reich, durante el estado de emergencia, podía tomar cualquier decisión para restablecer el orden, incluida la de lanzar gases venenosos sobre ciudades enteras”. p. 840.

⁷⁹ Vid. Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. p. 94; en el mismo sentido Gracia Martín, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. Ob. Cit. p. 22. Vid. Muñoz Conde, Francisco. De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo en Revista Penal 16, julio 2005. La ley. p.126.

⁸⁰ Muñoz Conde, Francisco. De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. p. 124.

⁸¹ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta. 1995. pp. 820 y ss. Vid. Díez Ripollés, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 06, 2004. p. 21, 22 y 23.

⁸² Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. El profesor Cancio sentencia:

nos que se niegan y que no pueden subsistir bajo el mismo sistema. Esto significa, que la pena en los casos de los enemigos no tiene ninguna función motivadora ni siquiera estabilizadora⁸², sólo cumple una función formal, pero, su contenido material y real es la total desaparición del sujeto del entramado social, su intervención como tal.

Cuando se extrema la idea de seguridad en referencia al Derecho penal o cuando el tema criminal se presenta desbordado, una de sus consecuencias es el cambio de ubicación de la concepción misma del Derecho penal. El apotegma aquél que indica que el Derecho penal es la Magna Charta del delincuente, cede, pues en realidad ha pasado a constituir la Magna Charta de la víctima, (entendida en un sentido macrosocial y con dimensiones inconmensurables) ésta última con un agregado significativo: petición de mayores recursos penales a su inseguridad⁸³. Esta presentación de peligros que bordea lo fantástico; de éste miedo real o creado se cuelga el populismo penal⁸⁴: "(...) por doquier se sugieren nuevas normas penales e, independientemente de la propia situación en el juego de las mayorías parlamentarias, éstas se ponen en camino legislativo o publicitario ... El uso político del Derecho penal se presenta como un instrumento de comunicación. El Derecho penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico ... La lógica de la utilización política se apoya en la función analítica y categorial característica del discurso penal, puesto que el cumplimiento de esta función no requiere más que la demostración ejemplar de la praxis legislativa y de la justicia penal"⁸⁵.

Ahora bien, debe considerarse que tanto la persona como la no-persona desarrollan *conductas* en relación igualitaria frente a los tipos penales; pero, el problema es que unas pasan a la bolsa del Derecho penal clásico o liberal y otros al Derecho

"(...) el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores". p. 93.

⁸³ Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho penal, 1era. Edición. Ob. Cit. pp. 36, 37, y 38.

⁸⁴ Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. pp. 69 y ss.

⁸⁵ Albrecht, Meter-Alexis. El Derecho penal en la intervención de la política populista en La insostenible situación del Derecho penal. Granada. Comares. 2000. (Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed) Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española). Estudios de Derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. pp. 478 y 479.

⁸⁶ Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Ob. Cit. Señala Ferrajoli:

penal del enemigo; esto en virtud de la dicotomía persona igual ciudadano versus no persona igual enemigo. Es éste uno de los motivos por el cual no resulta coherente ni clara la posición (en realidad una subposición) de un enemigo respecto del ciudadano en la esfera del Derecho penal. Esta situación se explica en la existencia de dos Derechos penales, donde uno de ellos pierde su silueta en cuanto su estructura se encuentra ligada más a las reglas de la guerra (o emergencia)⁸⁶ y el otro, es aquél que conocemos como Derecho penal liberal.

4. Reflexiones

El punto central desarrollado por el profesor de Bonn versa sobre la seguridad –en mi opinión una contextualización exacerbada de la misma– es decir, plantea una visión diferente de los alcances de la seguridad, del ciudadano, de la sociedad, desde la perspectiva del Estado, y, su traslado al ámbito del Derecho penal, como promotor de seguridad fáctica. El complemento viene dado por la configuración del sujeto enemigo al cual se le atribuye, por un lado, un actuar libre y racional⁸⁷ y de otro una calificación final de sujeto peligroso. El enemigo, para ser objeto del Derecho penal es declarado fuente de peligro, pero, nunca se le quita su libertad ni su racionalidad, con lo cual la intervención penal queda justificada.

Si bien es cierto que a los penalistas no les ha sido indiferente los sucesos mundiales acaecidos el 11 de septiembre de 2001, esto es, el ataque sobre los edificios gemelos de New York, como expresión máxima de inseguridad de los últimos tiempos a través de acciones calificadas de terroristas [aquí se conjuga una guerra no declarada con reglas de Derecho penal]. Esta situación y otras, tal vez signifiquen el fin de un ciclo, de una visión rígida e ideal del Derecho penal con rasgos garantistas [del cual se duda

“Esta concepción de la emergencia no es otra que la idea de la primacía de la razón de estado sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho y del proceso penal, aunque sea en situaciones excepcionales como la creada por el terrorismo político o por otras formas de delincuencia organizada. Y equivale a un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no ya jurídico, sino inmediatamente político, no ya subordinado a ley como sistema de vínculos y de garantías, sino supraordenado a ella. *Salus rei publicae, suprema lex*: la salvación o incluso el bien del estado es la Grundnorm del “derecho de emergencia”, la ley suprema a la que han de plegarse todas las demás, incluidos los principios generales, de los cuales legitima el cambio”. p. 808.

⁸⁷ Vid. Díez Ripollés, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. Ob. Cit. p. 173.

⁸⁸ Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho penal. Ob. Cit. El autor ha sentenciar

si verdaderamente ha existido como tal ⁸⁸] y aparecen construcciones jurídicas con modelos alternativos al liberal o clásico que tiene por finalidad ver los viejos y nuevos fenómenos criminales⁸⁹ con marcos referenciales diferenciados.

Un buen ejemplo de esta situación es la orientación asumida por el profesor Silva Sánchez: "... ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del Derecho sancionador tiene por qué haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas (también en el seno del propio sistema del Derecho penal en sentido estricto)"⁹⁰. Su postura lo ha llevado a plantear un Derecho penal de "velocidades" ⁹¹.

El profesor Díez Ripollés, ha señalado la necesidad de no quedar sumergidos en el garantismo por su inmovilismo y por la incapacidad de abordar iniciativas de control social⁹². En esta secuencia y a partir del discurso de la resistencia menciona el Derecho penal del enemigo el cual rechaza⁹³ y propone un modelo de Derecho penal bienestarista, que se caracterizará por su eficacia y prevención de la delincuencia, que anteponga una aproximación social a una aproximación represiva hacia la delincuen-

do lo siguiente: "En efecto, el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal" p. 149.

⁸⁹ Vid. Díez Ripollés, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. Ob. Cit. p. 155 a 161.

⁹⁰ Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho penal. Ob. Cit. p. 151. Vid. del mismo autor, páginas 158 y 159. donde plantea que la demanda de protección no se satisface con un núcleo duro de Derecho penal y puede resolverse a través de una ampliación del Derecho penal y que tal ampliación flexibilice las reglas de imputación y principios de garantía.

⁹¹ Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho penal. Ob. Cit. El autor en la 2ª edición agregó un subtítulo: ¿Tercera velocidad del Derecho penal? Sobre el "Derecho penal del enemigo". pp. 163 a 167. Vid. con posturas críticas: Díez Ripollés, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Ob. Cit. p. 7 y especialmente la Citade pie de página 7.

⁹² Díez Ripollés, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Ob. Cit. pp. 22 y 23.

⁹³ Díez Ripollés, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Ob. Cit. p. 24. Del mismo, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. Ob. Cit. pp. 173 a 179.

⁹⁴ Díez Ripollés, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate

cia. Los términos del debate se desenvuelven en el campo de la racionalidad pragmática, esto es, en el de la efectividad y eficacia de las medidas de intervención social a tomar. No debe caer ni en el modelo resocializador que centró su atención en el delincuente ni en el bienestarismo autoritario que explica el crimen sobre la base de decisiones racionales y libres del delincuente, con lo cual la sociedad se autoexculpa de toda responsabilidad en los fenómenos criminales⁹⁴. El modelo penal bienestarista reconoce la “modernización del Derecho penal” hacia ámbitos socioeconómicos y comunitarios que permite incorporar la criminalidad de los poderosos y liberar el estigma que el Derecho penal es sólo de los pobres. La función del Derecho penal debe estar orientada a los presupuestos esenciales para la convivencia; la intervención penal deberá acreditar su utilidad o el plus de utilidad que le hace preferible a otro tipo de intervenciones⁹⁵.

El profesor argentino Daniel Pastor ha advertido -a modo de ejemplo- que en el ámbito del Derecho penal internacional subyacen las raíces de un “Derecho” que, por ningún lado, es liberal y menos democrático: “El poder penal internacional parte, eufórica e insólitamente, de la idea de que la pena es algo maravilloso y no algo peligroso, destructivo, desafortunado y fracasado (...) el resto se funda en que la indiscutible monstruosidad de los hechos objeto del sistema justifica la consideración del sospechoso como un *outlaw* que no merece garantías jurídicas, pues rige aquí, aunque no se diga, el principio medieval del *in delictis atrocissimis jura transgredi liceo*. El sistema internacional funciona así (...) Estas son precisamente las características de lo que hoy se denomina Derecho penal del enemigo (...) Estamos ante una ideología antiliberal claramente orientada a una punición infinita, casi sin límites, de los llamados “crímenes internacionales” (...) se trata de un sistema creado no para investigar y juzgar, sino para condenar (...) Parece aceptarse la idea de que se puede actuar sin límites serios contra los delitos internacionales en tanto que cruzada contra el mal”⁹⁶.

Tal como lo ha señalado Daniel Pastor en relación al Derecho penal internacional, se convierte en una alerta que implica que no cabe sin más una desautorización al plan-

desenfocado. Ob. Cit. pp. 170 a 173.

⁹⁵ Díez Ripollés, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Ob. Cit. pp. 31 y ss.

⁹⁶ Pastor, Daniel R. El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional en Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. Lima. ARA editores. 2005. pp.792 y 793.

⁹⁷ Gracia Martín, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del

teamiento científico de Jakobs respecto del Derecho penal del enemigo. Por el contrario, surge la necesidad de abordarlo aún cuando uno se aleje de la solución propuesta por el catedrático de Bonn. Esto es así, porque el fenómeno criminal contemporáneo exige un Derecho penal acorde con las necesidades sociales vigentes, esto es, una política criminal y el desarrollo de una dogmática que cumpla funciones en aras de pacificación social; por ejemplo, que no excluya a ningún sector social⁹⁷.

En síntesis: Como se puede observar, existe una preocupación real por revisar el modelo de Derecho penal existente. Se presenta como un imperativo. Cabe pensar que si el modelo liberal ha cumplido su ciclo o éste ha sido rebasado o, en su defecto, si ha sido traicionado [por el legislador o la práctica judicial o la doctrina]. De ser así, es necesaria su reconstrucción sobre la base de una profundización de sus postulados y la integración de nuevos componentes. Esto significará un Derecho penal más acorde con el mundo en que vivimos (aceptando críticas, defectos, limitaciones e incluso desmontando discursos encubridores de la realidad, sobre todo, al ignorar la criminología como referente preeminente para una comprensión de lo penal). Si se piensa que el mundo complejo requiere de fórmulas nuevas, que es imposible seguir atado al “viejo” modelo, es necesario deslindar posiciones, incluso la posición del penalista. La necesidad no puede ser sinónimo de sometimiento (así, cuando se instrumentaliza el Derecho penal y se extrae de él sólo mayor intervención en la vida de las personas o mayor opresión). Una situación así resultaría una verdadera involución y el desencadenante de formas jurídico penales deformadas: el sobredimensionamiento de tipos legales para legitimar penas que bordean la perpetuidad o penas que no reflejan el daño ocasionado y se convierten en desproporcionadas e irracionales, o penas duras por temor social.

Sin embargo, desde mi perspectiva, es necesario tener el horizonte diáfano a fin de separar una situación de otra. Un aspecto importante es diferenciar que no es finalidad del Derecho penal patrocinar la “exclusión”. Desde la perspectiva de la igualdad ante la ley no se puede admitir la metáfora del “ángel caído” [el sujeto que en un mundo de oportunidades se convirtió en un desgraciado]. Tampoco admitir que el ángel caído es un problema de poder, pues de ser así, resultaría irrelevante para el Derecho penal. El ángel caído sólo tiene importancia si quiebra las reglas del Derecho penal, siempre,

Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia. A la vez, una hipótesis sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2003. p. 68.

⁹⁸ Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo. Ob. Cit. Acudo a la Cita de Cancio por

dejando a salvo sus garantías y derechos⁸⁸. Ahora bien, la existencia de garantías y derechos no tiene porque significar la ineficacia del Derecho penal. El Derecho penal -ciertamente- en cuanto incide sobre temas de control asumirá sus cuotas de ineficacia o insuficiencia en su actividad. También, deberá aceptar que los cambios sociales lo anteceden y que esa misma realidad se transforma, lo cual lo obligará a recomponerse constantemente. El Derecho penal -en este sentido- cumplirá varias funciones, pero, ninguna de ellas puede vincularse a la segregación o exclusión de la persona: tanto en lo ideológico como en la aplicación misma del Derecho penal. Se puede aceptar una ampliación del radio de intervención del Derecho penal sin desgajar los contenidos que han limitado el poder punitivo, así, por ejemplo, cuando se habla de la criminalidad de los poderosos o la criminalidad generada por el desarrollo tecnológico e incluso la criminalidad organizada o super criminalidad.

Por todo ello, me inclino por un Derecho penal liberal, coherente, eficiente, útil, dentro de un Estado de Derecho, pero, no aquél que por el transcurrir del tiempo y por su repetición parece haber perdido su contenido: es necesario reconceptualizarlo y para ello volver a sus raíces, no para endiosarlo, sino para redescubrirlo y darle nueva forma y sentido.

Creo, que orientarse a través del Derecho penal del enemigo no constituye una salida propia del Derecho penal, sino una que no le corresponde, porque, por mucho que se quiera, la estructura de dicha "argumentación" tanto por sus linderos filosóficos como por las consecuencias parece ser que se guía más por una estructura normativa propia de la guerra y ese no es el ámbito del Derecho penal. No es propiamente una decisión de política criminal, sino sólo de política, donde en todo caso impera la razón de Estado por encima de la razón jurídica.

ser ilustrativa. Vid. Cita de pie de página 53 donde recuerda que uno de los nombres de Lucifer es precisamente el Enemigo. El contexto en que presenta la idea es como sigue: " (...) mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización y ¿ qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído?. En este sentido, la carga genética del punitivismo (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad) se recombina con la del Derecho penal simbólico (la tipificación penal como mecanismo de identidad social) dando lugar al código del Derecho penal del enemigo" p. 88.

5. Bibliografía

- Albrecht, Meter-Alexis. El Derecho penal en la intervención de la política populista en La insostenible situación del Derecho penal. Granada. Comares. 2000. (Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed) Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española). Estudios de Derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona.
- Aponte, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad en Revista Brasileña de Ciencias Criminales, número 51, año 12. Ed. Revista Dos Tribunais, noviembre-diciembre 2004.
- Bacigalupo, Enique. Principios constitucionales de derecho penal. Buenos Aires. Hammurabi. 1999.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. Principio de culpabilidad e individualización de la pena en El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor don Ángel Torío López. Granada. Comares. 1999. Estudios de Derecho Penal dirigido por Carlos María Romeo Casabona.
- Brandariz García, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control en las sociedades contemporáneas, en Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2004.
- Bustos Ramírez, Juan. Obras completas, T. I. Derecho penal parte general. Lima. ARA editores. Colección iustitia, director José Urquiza Olachea. 2004.
- Bustos Ramírez, Juan. In- seguridad y lucha contra el terrorismo en El Derecho ante la globalización y el terrorismo. Cedant Arma Togae. Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo, abril 2003.
- Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo, en Jakobs, Günther / Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo, Iera. Edición, Madrid. Thomson-Civitas. 2003.
- Cerezo Mir, José. Temas Fundamentales del Derecho penal, T. I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni editores. 2001.
- Demetrio Crespo, Eduardo. Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo en Libro Homenaje in memoriam de Alexandri Baratta. Salamanca. CISE y Ediciones de la Universidad de Salamanca.
- Díez Ripollés, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado en Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 16, Lima-Perú, 2005.
- Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid. Trotta. 1995. Prólogo de Norberto Bobbio.
- Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los Derechos fundamentales. Madrid. Trotta. 2001.

- Faraldo Cabana, Patricia. Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales.
- Gracia Martín, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, número 07-02 (<http://criminnet.vgr.es/recpc/07/recpc07>).
- Gracia Martín, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia. A la vez, una hipótesis sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2003.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico y Civil*. Versión, prólogo y notas de Carlos Mellizo. España. Alianza Editorial. 1ª. Reimpresión. 2001.
- Jakobs, Günther. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" en *Estudios de Derecho Penal*, 1era. Edición. Madrid. Civitas S.A.- UAM ediciones. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos.
- Jakobs, Günther / Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, 1era. Edición. Madrid. Thomson- Civitas. 2003.
- Jakobs, Günther. La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente y Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid. Thomson - Civitas. 2003. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez.
- Jakobs, Günther. Sobre la génesis de la obligación jurídica en DOXA 23, Cuadernos De filosofía del Derecho. Alicante. 2000. Traducción de Manuel Cancio Meliá.
- Jakobs, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Colombia. Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del Derecho-Universidad Externado de Colombia. 1996.
- Jakobs, Günther. *Derecho Penal / Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*. Traducción: Joaquín Cuello Contreras- José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid. Marcial Pons. 1995.
- Liszt, Franz von. La idea de fin en el Derecho penal en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 3, Lima-Perú, 1994.
- LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Traducción de Carlos Mellizo. 1ª ed. / 2ª reimpresión. Madrid. Alianza editorial. 1996.
- Mir Puig, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona. Ariel. 1994.
- Muñoz Conde, Francisco. De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo en *Revista Penal* 16, julio 2005. La ley.
- Muñoz Conde, Francisco. El nuevo Derecho penal autoritario en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Cedant Arma Togae. Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo, abril, 2003.

- Pastor, Daniel R. El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional en Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. Lima. ARA editores. 2005.
- Peñaranda Ramos – Suárez Gonzáles, Carlos – Cancio Meliá, Manuel (Universidad Autónoma de Barcelona). Un nuevo sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. Lima. Grijley. Biblioteca de autores extranjeros. 1998.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. Derechos humanos. Estado de derecho y constitución. 6ª. Edición. Madrid. Tecnos. 1999.
- Peter-Alexis, Albrecht. El Derecho penal de la política populista en La insostenible situación del Derecho penal.
- Portilla Contreras, Guillermo. Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo *en* Jueces para la democracia, número 49, marzo de 2004.
- Prittwitz, Cornelius. Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal en La Política Criminal en Europa. Santiago Mir- Mirentxu Corcoy-Víctor Gómez Martín. Barcelona. Atelier. 2004.
- Silva Sánchez, Jesús-María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal en Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Coordinadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfried Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha. 2003.
- Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho penal. 2da. Edición. Madrid. Civitas. 2001.
- Tavares, Juárez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia en Teorías actuales en el Derecho penal. 75 aniversario del código penal (argentino). Buenos Aires. Ad-hoc. 1998.
- Terradillos Basoco, Juan M. Tráfico ilegal de inmigrantes en Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías. Madrid. Colex. 2001.
- Terradillos Basoco, Juan M. Sistema penal e inmigración en Libro Homenaje in memoriam de Alexandri Baratta. Salamanca. CISE y Ediciones Universidad de Salamanca. Fernando Pérez Álvarez coordinador. 2004.
- Tiedemann, Klaus. Constitución y Derecho penal. Lima. Palestra. 2003.
- Urquiza Olacenea, José. El principio de legalidad. Lima. Gráfica Horizonte S.A. 2000.
- Wolter, Jürgen. Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho penal en Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona. José María Bosch editor. 1995. J.M. Silva Sánchez (ed. española); B. Shünemann – J. de Figueiredo (coordinadores).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia en Teorías actuales en el Derecho penal. 75 aniversario del código penal (argentino). Buenos Aires. Ad-hoc. 1998.