

¿ES COMPATIBLE LA PROPUESTA DE UN DERECHO PENAL DE ENEMIGO CON EL MODELO DE ESTADO DE DERECHO?

DIEGO EDUARDO ARAQUE MORENO*

RESUMEN

El presente artículo trata de la descripción –estado del arte- de la discusión relacionada con la propuesta del denominado Derecho penal del enemigo, con respecto al cual, ya dentro del contexto del debate en sí mismo considerado, se asume una posición crítica al no comulgar dicha propuesta con los principios fundamentales del Estado de Derecho.

Palabras claves:

Derecho penal de enemigo, Modernización del Derecho penal, Derecho penal liberal, Estado de Derecho.

1. INTRODUCCIÓN.

* Abogado Universidad de Medellín, Especialista en Derecho de la Universidad de Antioquia, Profesor investigador de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Corporación Universitaria Remington

Después de los atentados en Nueva York y Washington, en septiembre 11 de 2001, el Derecho penal en occidente ha tomado unos matices en los que se registra una clara disminución de las garantías individuales en pro de una mayor seguridad ciudadana. Al efecto, y por poner sólo unos ejemplos, piénsese en prácticas como los registros, allanamientos o interceptaciones telefónicas sin orden judicial, las detenciones o privaciones de la libertad por simple sospecha, su prolongación indefinida sin que las personas sean oportunamente llevadas ante los tribunales, o por qué no, el uso “legítimo” de la tortura en casos excepcionales en los cuales esté de por medio la seguridad de las naciones.

De esta forma, por supuesto, el Derecho penal ilustrado, propio de la época de las luces, el cual se identifica con el Estado liberal, en el que prevalece el respeto por los derechos individuales, ha perdido terreno frente a un Derecho penal de corte exclusivamente eficientista, en el que lo único que importa es la defensa a ultranza o a cualquier precio de la sociedad, desdibujándose así la estructura del Estado Social y Democrático de Derecho. Esto último, como quiera que las garantías constitucionales y legales se relajen de forma ostensible, pues, así las cosas, resultan un verdadero estorbo a ese nuevo modelo eficientista de Derecho penal, tanto así que a quien se le considera

enemigo de la sociedad, hoy por hoy se le niega incluso un trato acorde a su condición de ser humano.

En este orden de ideas, JAKOBS ha propuesto su teoría de Derecho penal de enemigo, el cual se caracteriza, entre otros aspectos: (i) por un “amplio adelantamiento de la punibilidad” para cierto tipo de delitos, es decir la adopción por parte del ordenamiento jurídico de una perspectiva fundamentalmente prospectiva (punto de referencia: el hecho que va a cometerse) frente a la normal orientación retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido); (ii) por un incremento comparativo y desmesuradamente notable de las penas frente al Derecho penal ordinario o “normal”; y (iii) por la relajación o la supresión de determinadas garantías procesales individuales.

Esta propuesta ha sido objeto de duras críticas por parte de la comunidad científica especializada, pues se ha llegado a considerar que la misma confluye en un modelo autoritario que, por consiguiente, dista mucho de un Derecho penal liberal o garantista. La discusión, pues, gira en torno a la adopción o no de un modelo penal con tales características; máxime cuando en la actualidad, con bastante frecuencia, el Derecho penal en la práctica efectivamente viene siendo utilizado en las agendas legislativas de los distintos gobiernos de turno como un arma de guerra, como un mecanismo bélico para neutralizar a ciertos

sectores de la delincuencia. Desde luego, esta indebida¹ utilización del Derecho penal como un arma de combate constituye una fuerte violación de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, hasta el punto de tratar a ciertos sujetos, dependiendo del caso, como NO PERSONAS².

En estas líneas, en consecuencia, se busca profundizar esta postura de enemistad a través del uso de la herramienta jurídico-penal. Esto, porque el uso del Derecho penal como una arma bélica, para decirlo por anticipado, no refleja, ni mucho menos respeta, los principios del modelo de Estado que se consagra en la Constitución de 1991. Lo que sigue, pues, es una descripción del estado de la cuestión, fundamentalmente desde una perspectiva crítica. A tales efectos, se realiza un bosquejo del contexto donde surge la propuesta (2), luego de lo cual se analiza la teoría de JAKOBS en sí misma considerada (3), sus

¹ Según la doctrina, el fenómeno del terrorismo corresponde al mundo criminal y, como tal, debe ser reprimido por intermedio del Derecho penal; por consiguiente, no es adecuado entender el terrorismo como un fenómeno bélico, el cual surge entre Estados. Así, FERRAJOLI, LUIGI, "El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal", en *Nuevo Foro Penal 69*, Medellín, Universidad Eafit, 2006, pág. 17; también, sobre la necesidad de distinguir entre Derecho penal y guerra, PRITTWITZ, CORNELIUS, "¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre derecho penal y guerra", en *Nuevo Foro Penal 69*, Medellín, Universidad Eafit, 2006, págs. 48 y ss.

² Así, expresamente, JAKOBS, GÜNTHER, quien señala que "ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones sociales internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables por medio de la –si se me permite la expresión– neutralización de aquellos que no ofrecen la mínima garantía cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas. Es cierto que el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 60.

principales críticas (4) y, finalmente, su incompatibilidad con la política criminal que se impone en el Estado Social de Derecho (5).

2. ANOTACIONES PREVIAS: A PROPÓSITO DEL CONTEXTO EN QUE SURGE LA DISCUSIÓN.

2.1 Durante los últimos años la discusión en materia penal viene siendo jalonada por el fenómeno de la modernización del Derecho penal. Con ello se hace referencia, principalmente, a la modificación que vienen sufriendo las partes especiales de los códigos penales, modificación que reviste unos contornos cualitativos y otros de contenido cuantitativo³. Ciertamente, en lo que al primer aspecto de estos se refiere, es decir la modificación cualitativa de que vienen siendo objeto los estatutos punitivos en sus partes especiales, hállese un amplio catálogo de prohibiciones –y también de mandatos- de comportamientos que anteriormente no eran considerados como delictivos, de manera que el listado de conductas punibles notoriamente se ha venido incrementando durante los últimos tiempos. Por poner algunos ejemplos, piénsese en aquellas normas penales que dicen proteger los recursos naturales

³ Desde una perspectiva formal, GRACIA MARTÍN entiende que el Derecho penal moderno afecta principalmente la parte especial de los estatutos punitivos, señalando que se trata de un fenómeno exclusivamente *cuantitativo*; al efecto, véase “¿Qué es la modernización del Derecho penal?”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 357 - 394.

y del medio ambiente, el orden económico social, o, por qué no, en delitos como los de manipulación genética, informáticos, etc.

Ya en lo que a la modificación de carácter cuantitativo de las partes especiales de los códigos penales se refiere, se trata de una mayor represión, en términos punitivos, de los delitos clásicos o tradicionales que siempre han existido en los códigos penales. Para el caso colombiano, obsérvese, a título de mera ilustración, lo sucedido con la Ley 890 de 2004, la cual en su artículo 14 aumentó las penas para todos los delitos en la tercera parte respecto al mínimo y en la mitad respecto al máximo. O mucho más reciente, repárese en los incrementos de pena establecidos en la Ley 1142 de 2007 en relación con delitos como, por ejemplo, la violencia intrafamiliar, ahora con una pena básica de 4 a 8 años de prisión (j).

La tendencia entonces, en pocas palabras, apunta a una inflación o hipertrofia legislativa en materia penal a través de la expedición desmesurada de leyes que, en tal orden de ideas, amplían el catálogo de los códigos penales, a la vez que utilizan nuevas técnicas legislativas e incrementan las respectivas penas, con lo cual el Derecho penal olvida, entre otros aspectos, su carácter de mínima intervención o de *última ratio*, convirtiéndose en cambio en el medio preferido del legislador para la “solución” de los conflictos sociales.

Pero no sólo en las partes especiales de los Códigos Penales se viene reflejando esta tendencia de modernización. Ciertamente, durante los últimos años la expansión del Derecho penal también ha tocado figuras o instituciones de la parte general. Por citar solamente un caso, bastante paradigmático por cierto: la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema que hasta hace algunos años no era objeto de discusión entre los tratadistas, quienes de forma unísona señalaban que los entes colectivos no eran sujetos de responsabilidad penal habida cuenta que, o no tenían posibilidad de actuar en términos penales, o bien no tenían capacidad de culpabilidad, ora no eran susceptibles de ser sancionados con penas privativas de la libertad. Hoy por hoy, en cambio, el tema no es ya tan pacífico, existiendo un sector minoritario de la doctrina que sostiene la responsabilidad penal de este tipo de personas jurídicas a través de unas reglas especiales de imputación.

Es más, en el fondo el problema de la modernización del Derecho penal ha sobrepasado las barreras del Derecho penal sustancial, haciendo su aparición también en los códigos adjetivos o de procedimiento penal, especialmente mediante la flexibilización de garantías procesales, la aparición de procesos breves o sumarios, las llamadas sentencias anticipadas, los acuerdos,

preacuerdos, negociaciones, negación de beneficios o sustitutos para ciertos delitos, etc⁴.

2.2. Ahora bien, en uno de los estudios más completos que se han elaborado sobre el tema, SILVA SÁNCHEZ trata con profundidad las causas de este fenómeno de modernización del Derecho penal. La aparición de nuevos intereses vitales para la sociedad, la sensación constante de inseguridad entre sus miembros (originada por sobre todo a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en los EEUU), la identificación de las masas con la víctima del delito, la inoperancia de otras esferas de protección e, incluso, las propuestas de la izquierda política en el sentido de extender la represión a ciertos sectores que otrora no eran sujetos pasivos de persecución penal, son algunos de los factores que según este autor han jalonado la expansión del Derecho penal.

Aunque lo cierto es que algunas de estas causas remiten a otra mucho más genérica, a saber la denominada sociedad del riesgo (Risikogesellschaft), propia del paso de la sociedad industrial del Siglo XIX a la sociedad postindustrial de nuestros días. Sobre las características de este tipo de

⁴ Sobre las características de estas figuras, así como sus respectivas críticas, SHÜNEMANN, BERND “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 288 y ss.

sociedad, la postindustrial, es precursora la obra del sociólogo alemán U. BECK, quien señala que “En el centro figuran riesgos y consecuencias de la modernización que se plasman en amenazas irreversibles a la vida de las plantas, de los animales y de los seres humanos. Al contrario que los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, estos riesgos ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con los cual surgen unas *amenazas globales* que en este sentido son *supranacionales* y *no* específicas de una clase y poseen una dinámica social y política nueva”⁵.

Lo anterior, obvio es decirlo, genera una sensación constante de inseguridad, la cual, precisamente, gravita en la complejidad de nuestras sociedades y en la proliferación de los riesgos con ocasión de los avances científicos, tecnológicos, industriales, financieros, económicos, etc⁶. En verdad, el acelerado avance en estas materias y la intervención en ellas de la mano del hombre, han puesto en evidencia los peligros latentes para un significativo número de integrantes de la población, de manera que los riesgos que de dichas actividades se derivan no

⁵ *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Piados, 2006, pág. 22. Sobre las repercusiones de la sociedad del riesgo en materia de política criminal, *in extenso*, BLANCA MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.

⁶ Según BECK, “... los riesgos y peligros de hoy... son riesgos de la *modernización*. Son un *producto global* de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados *sistemáticamente* con su desarrollo ulterior”, *La sociedad*, pág. 33.

amenazan con afectar a unos pocos individuos, sino que, antes bien, atentan contra un número ilimitado de personas e incluso de las futuras generaciones⁷.

A todo esto se suma la incertidumbre o la dificultad de prever las consecuencias nefastas que se pueden seguir de la manipulación de este tipo de actividades, de donde se colige que es mucho más complicada la tarea de controlar esos riesgos (energía atómica, energía nuclear, agentes químicos, etc.), que por su naturaleza tienen la connotación de ser “invisibles” e “irreversibles”, amén que envuelven un alto potencial de destrucción masiva y una capacidad de lesión bastante significativa, motivo por el cual, en palabras de BECK, en últimas “La sociedad del riesgo es una sociedad *catastrófica*”⁸.

Siendo esto así, es claro que en los miembros de la sociedad existe un permanente temor, una sensación constante de inseguridad; sensación que hoy por hoy se ha visto multiplicada por el impacto que han generado a nivel mundial los grupos terroristas, en especial, como se dijo, después del fatídico suceso del 11 de septiembre en Nueva York y Washington, el cual, como es conocido, se ha repetido por varias partes del mundo, incluso, más allá de occidente. De allí precisamente que sean los propios ciudadanos quienes en la actualidad exijan de los gobiernos de turno una mayor intervención en el tema

⁷ Ídem, págs. 48 y 49.

⁸ *La sociedad*, pág. 36.

de la seguridad, la cual en la práctica se dispensa las más de las veces por intermedio del derecho penal⁹. Esto, cuando no es que los propios ciudadanos intervienen activamente en la elaboración de las leyes penales¹⁰.

Adicional a todo lo anterior, esto es los riesgos derivados de los avances tecnológicos y las nuevas formas de criminalidad, la doctrina también ha señalado al fenómeno de la globalización como causa de la inflación legislativa en materia penal. Así por ejemplo puede observarse al mismo SILVA SÁNCHEZ y entre nosotros a VELÁSQUEZ V., quien señala que “tal noción se asocia con la autonomía lograda por la economía en relación con la política; con el surgimiento de nuevas estructuras de decisión en el ámbito planetario; con las alteraciones sufridas por las empresas, sectores, regiones, países y continentes en materia de competitividad. Así mismo, se vincula con la ‘desnacionalización’ de los derechos, la ‘desterritorialización’ de las formas institucionales, y la descentralización de las estructuras políticas del capitalismo; también, se acude a ese concepto para referirse a la estandarización de las prácticas comerciales en el ámbito mundial, la desregulación de los mercados de capitales, la interconexión de los sistemas financiero y de seguridad a escala global, la reasignación geográfica de las

⁹ PETER-ALEXIS ALBRECHT, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, 473-474.

¹⁰ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “La racionalidad de las leyes penales”, Madrid, Trotta, 2003, págs. 36 y ss.

inversiones productivas y la volatilidad de las transacciones especulativas. En fin, con él se hace referencia a la unificación de los espacios de reproducción social, la proliferación de los movimientos migratorios y los cambios radicales en la división internacional del trabajo; o la estructura político – económica multipolar que supone nuevas fuentes de cooperación y conflicto tanto en el movimiento de capital como en el desarrollo del sistema mundial”¹¹.

Como fácilmente se puede advertir, la globalización trata de un nuevo colonialismo que se viene abriendo paso a nivel mundial, especialmente en los órdenes económico y político, los cuales paulatinamente van expandiendo sus contornos nacionales del poder, pasando así las fronteras internacionales e imponiendo un nuevo orden mundial liderado por las grandes transnacionales, por los nuevos emporios financieros de carácter privado, hasta el punto de dejar relegado a un segundo plano la soberanía nacional y el poder de los propios Estados. Dicho en otras palabras, “Los ‘geoactores’ de la globalización ya no son los Estados, sino los organismos internacionales o intergubernamentales (Banco Mundial, FMI, OCDE, etc.), que legislan sobre la globalización, así como

¹¹ VELÁSQUEZ V., FERNANDO, “El derecho penal en el marco de la globalización”, en *Estudios penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha*, Bogotá, Legis, 2005, págs. 562 y 563.

los grandes grupos económicos, industriales y 'mediáticos', sin olvidar las ONG"¹².

Naturalmente, este asunto de la globalización también toca al derecho, especialmente, aunque no de forma exclusiva, en el ámbito económico, el cual, por consiguiente, también pasa a ser objeto de regulación penal por intermedio de lo que se conoce como Derecho penal económico, mediante el cual se busca regular la criminalidad organizada en el campo de la economía¹³. Pero también, desde luego, se procura la regulación de empresas criminales de carácter internacional, como por ejemplo la trata de personas, organizaciones dedicadas al narcotráfico, lavado de capitales, comercio ilegal de armas, etc., siendo por consiguiente el fenómeno de la globalización otro factor más que determina la modernización del Derecho penal.

2.3. Sociedad del riesgo y globalización serían pues dos de los principales detonantes de la modernización del Derecho penal, pues éste, en tal orden de

¹² FLAVIO GOMES, LUIZ, "Globalización y derecho penal", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2003, pág. 333.

¹³ Según SILVA SÁNCHEZ, "... la delincuencia de la globalización es *económica*, en sentido amplio (o, en todo caso, lucrativa, aunque se pongan en peligro otros bienes jurídicos). Ello significa que la reflexión jurídico-penal tiene, por primera vez, como objeto esencial de estudio delitos claramente diversos del paradigma clásico (el homicidio o la delincuencia patrimonial tradicional). Se trata de delitos calificados criminológicamente como *crimes of the powerful*; de delitos que tienen una regulación legal insuficientemente asentada; y de delitos cuya dogmática se halla parcialmente pendiente de elaboración", *La expansión del derecho penal*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, págs. 85 y 86.

ideas, debe responder de manera eficaz frente a los nuevos desafíos de nuestra sociedad.

De allí que se sostenga, por parte de los defensores de estas nuevas corrientes, que el Derecho penal clásico debe ser objeto de revisión como quiera que sus perfiles y contornos no le permiten reaccionar de forma adecuada a estas nuevas necesidades de protección de la sociedad, en donde lo característico son las interconexiones causales en la producción de los daños y la sustitución del contacto intersubjetivo por la ejecución de acciones anónimas. Así por ejemplo, SCHÜNEMANN señala que “cuando la escuela de Frankfurt postula la reconducción, por principio, del Derecho Penal a los delitos de resultado, está abogando por una negativa a la modernización del Derecho Penal, negativa que necesariamente ha de fracasar en la finalidad de éste de proteger bienes jurídicos, al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna”¹⁴. En consecuencia, el viejo Derecho penal, el clásico, el liberal, debe ser reemplazado por otro mucho más moderno, mucho más efectivo, mediante el cual no se protejan sólo los bienes jurídicos de carácter personal o individual como la vida, la integridad física, la libertad sexual, etc., sino también, se sometan a control los nuevos peligros que subyacen en nuestras sociedades,

¹⁴ *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, págs. 32-33.

protegiéndose por consiguiente bienes jurídicos de carácter supraindividual o colectivo.

Pero para esto último se hace menester someter a revisión la estructura del Derecho penal clásico, en especial sus principios y garantías político criminales, como por ejemplo los principios de lesividad, responsabilidad individual, legalidad, etc. Esto, ya que tales garantías fueron confeccionadas para otro tipo de sociedad y para unas necesidades bastante distintas a las actuales, o lo que es lo mismo, el Derecho penal liberal tuvo su origen en otro contexto social que hoy por hoy ciertamente ha sido superado.

Un segundo argumento en pro de la modernización del Derecho penal viene dado por los precursores de la protección penal al medio ambiente. Aquí la idea central radica en la necesaria e inaplazable defensa de las futuras generaciones, a las cuales, desde una perspectiva contractualista, también les asiste el derecho a beneficiarse del ecosistema. En palabras del mismo SHÜNEMANN: "...parece evidente que no puede limitarse la participación en el contrato social, y con ello los derechos y las obligaciones que de él derivan, a los individuos que viven en un determinado momento... (de suerte que) la idea en su conjunto sólo puede llevarse a la práctica de modo coherente si se

concibe como parte del contrato a toda la humanidad, esto es, incluyendo también a las generaciones futuras...”¹⁵.

Un argumento final en pos de la modernización del Derecho penal apuntaría a que los críticos lo que pretenden es que ésta no alcance a ciertos sectores que nunca o excepcionalmente han sido tocados, esto es, los denominados crímenes de los poderosos (powerful) o delitos de cuello blanco, cometidos por sujetos social y económicamente privilegiados.

En efecto, según se dice, el Derecho penal liberal, con su discurso, lo que busca es la protección de los intereses de los poderosos, etiquetando como comportamientos desviados las conductas de los sujetos que no tienen acceso al poder político y económico. Estas críticas, provenientes de las teorías criminológicas del etiquetamiento y criminología crítica que marcaron la discusión en la década de los años 70 del Siglo pasado, señalan en consecuencia que el Derecho penal es una herramienta de control social por cuyo intermedio se genera y se perpetua la desigualdad social, pues no protege a todos por igual ni se aplica a todos por igual, impidiendo el ascenso de una parte de la población dentro de la escala social. Por esta razón se ha

¹⁵ *Consideraciones*, págs. 20-21.

llegado incluso a sostener que el Derecho penal de la ilustración se edificó a partir de la protección del bien jurídico del patrimonio económico¹⁶.

De allí entonces que se procure, por intermedio del nuevo Derecho penal, morigerar esa supuesta desigualdad a la que apunta el viejo modelo, criminalizando comportamientos que, en otras épocas, escapaban a los tentáculos del sistema punitivo. En esta dirección apunta la propuesta de GRACIA MARTÍN, quien textualmente señala que “entiendo por Derecho penal moderno en sentido *material* al ‘sistema’ de regulaciones jurídico-penales que tienen por objeto la criminalización formal, de conformidad con el sistema de garantías políticas del Estado social y democrático de Derecho, del *sistema de acción ético-socialmente reprobable de las clases sociales poderosas*”¹⁷.

2.4. Siendo este el contexto de la discusión, SILVA SÁNCHEZ plantea la imposibilidad de “volver” al Derecho penal liberal, con respecto al cual señala que “nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las

¹⁶ Según SHÜNEMANN, “La protección de la propiedad privada de cosas muebles contra el robo ha sido, por eso, el punto central del Derecho penal clásico y, hasta hoy, la razón de que los miembros de la clase baja, caracterizados en primera línea por su falta de bienes y, en todo caso, por su bajos ingresos, suministren a la justicia penal práctica la clientela preferente...”, así, en “Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 54.

¹⁷ ¿Qué es modernización, pág. 393.

garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. La verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días”¹⁸.

Consecuente con lo anterior, y después de signar como “academicistas” la propuestas de devolver al derecho administrativo todo el Derecho penal moderno, SILVA SÁNCHEZ, desde una perspectiva “racionalizadora” del Derecho penal, sugiere, como algo mucho más realista, acudir a un Derecho penal de varias velocidades el cual estaría condicionado y sometido a graduación en consideración a la relación existente entre las garantías de un sistema y la gravedad de sus sanciones, de forma tal que “ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del Derecho sancionatorio tiene por qué haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías”¹⁹.

De este jaez, y conforme a la constatación real e inevitable de la modernización y expansión del Derecho penal, una primera velocidad sugerida por el autor estaría reservada para los delitos que tienen asignada pena privativa de la libertad, que es la que según SILVA SÁNCHEZ realmente deber ser contenida,

¹⁸ *La expansión*, p. 165.

¹⁹ *Ibid.*, pp., 167 y 168.

frente a los cuales existiría el respeto pleno de todas las garantías penales, político criminales y procesales del caso; a la par, una segunda velocidad, también dentro del Derecho penal, estaría destinada para los delitos que no tendrían pena privativa de la libertad como principal consecuencia, que sería el caso por ejemplo del Derecho penal económico. En este supuesto, en esta segunda velocidad, se pueden perfectamente flexibilizar las garantías y los principios del Derecho penal clásico.

Pero la propuesta no termina ahí. Pues para lo que verdaderamente nos interesa, se alcanza a sugerir la existencia de una tercera velocidad que quedaría supeditada para el denominado Derecho penal del enemigo, propuesto por JAKOBS recientemente, y que sería aquella parcela del Derecho penal mediante la cual se busca combatir aquellos sujetos que se sustraen de forma constante y permanente a las pautas de comportamiento jurídico penal y, que con dicha forma de proceder, no sólo defraudan las expectativas sociales sino que desafían las bases del sistema mismo, los fundamentos últimos de la sociedad, mostrando su constante hostilidad, infidelidad y rebeldía hacia el derecho. En esta tercera velocidad, la del Derecho penal del enemigo, SILVA SÁNCHEZ propone, con reservas, de forma excepcional y por tiempo limitado, penas privativas de la libertad con flexibilización de garantías y de las reglas de imputación penal. Aquí, según el autor, tendrían cabida los delincuentes

profesionales en materia patrimonial, delitos sexuales violentos y reiterados, la criminalidad organizada y, naturalmente, el delito de terrorismo.

3. ¿EN QUÉ CONSISTE LA PROPUESTA DEL DERECHO PENAL DE ENEMIGO DE JAKOBS?

3.1. LA PROPUESTA INICIAL DE JAKOBS: NECESIDAD DE DIFERENCIAR ENTRE UN DERECHO PENAL DE CIUDADANOS Y UN DERECHO PENAL DE ENEMIGOS.

En 1985, en el Congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt a. M., dedicado a la temática del desarrollo de la criminalidad y sus consecuencias para el Derecho penal, JAKOBS trató por vez primera el tema del Derecho penal del enemigo. En aquella ocasión, con un tinte crítico, se refirió a ciertas normas del Derecho penal alemán contentivas de un trato de enemigos, antes que de ciudadanos. Esto lo hizo al tratar el problema, según él bastante descuidado en la doctrina alemana, de la “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”²⁰. El descuido por este tema, según JAKOBS, se aprecia en que el concepto de consumación es tratado de manera “formal” y no con criterios “materiales”, lo cual hace inseguro determinar “qué es el estadio

²⁰ La ponencia en cuestión se halla publicada en sus *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, págs. 293-324.

previo” y mucho más “incierto” el límite entre la conducta previa legítimamente punible y aquella que en cambio no lo es²¹.

Concretamente, JAKOBS ilustró su denuncia con los escasos comentarios que existen en relación con la legitimación de la figura de tentativa de participación consagrada en el parágrafo 30 del StGB (Código Penal alemán), en donde se sanciona un acto de mera preparación del delito²². Entre las muchas explicaciones a favor de la anticipación de la punibilidad en casos como el señalado, JAKOBS destaca el principio político-criminal de protección de bienes jurídicos, el cual, como punto exclusivo de partida “induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico... (y) conduce sin duda al desbordamiento, porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva la esfera jurídica del *autor*”²³. Esto último, como quiera que el autor es visto como una mera fuente de peligro para el bien jurídico, como su “enemigo”, con lo que se niega por consiguiente su reconocimiento a la esfera privada²⁴.

²¹ Ídem, pág. 293.

²² Aunque lo cierto es que más adelante el autor relaciona otros tipos penales en los cuales se sancionan apenas conductas preparatorias. Así, por ejemplo, algunos delitos contra la seguridad del Estado, la constitución de asociaciones criminales o terroristas, y los delitos de falsedad documental (incluida la falsificación de moneda) en sus modalidades de *fabricación* y *obtención* de documentos falsos.

²³ Ídem, págs.94-295.

²⁴ Ídem.

Contrario a esta definición del autor como “enemigo” del bien jurídico, JAKOBS contrapone una definición del autor como “ciudadano”, el cual “debe ser definido también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control”²⁵. De esto último, de su vida privada, es posible derivar límites a las anticipaciones de punibilidad, pues lo que allí reside no alcanza a ser un acto de preparación punible, mucho menos de tentativa o participación. De allí que según el autor el párrafo 30 del StGB trata a los intervinientes en la tentativa de participación como “enemigos” del bien jurídico, mas no como “ciudadanos”.

Y es que la delimitación entre ese ámbito interno o privado exento de control y el ámbito de lo externo, no precisamente se obtiene a partir de la definición del ser humano como un sistema psico-físico, un concepto naturalista de sujeto o un concepto ontológico-sustancial; pues según JAKOBS, al Derecho penal no le importan dichas referencias naturalísticas sino más bien referencias de carácter normativo²⁶. Así, en un ordenamiento de libertades, la persona es definida como “ciudadano”, es decir, como un sistema que goza de un ámbito privado que el autor llama “esfera civil interna” -sin la cual el “ciudadano” no existe- y de otra esfera externa preservada, entre otros, para los contactos sociales no reservados, los cuales, en caso de perturbación, permiten legítimamente preguntarse por los factores internos a efectos de su interpretación.

²⁵ Ídem.

²⁶ Véase, pág. 296.

Con esta lógica, JAKOBS traza la línea entre un Derecho penal de enemigos, el cual procura la protección del bien jurídico, por un lado, y el Derecho penal de ciudadanos, el cual optimiza las esferas de libertad, por otra parte²⁷. Aunque como el mismo autor reconoce, “son posibles situaciones, que quizá se dan incluso en este momento, en las que normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa”²⁸.

3.2. LA PENA COMO CONFIRMACIÓN DE IDENTIDAD NORMATIVA PARA CIUDADANOS Y COMO HABITUACIÓN E INTIMIDACIÓN PARA LOS ENEMIGOS.

Del tema del Derecho penal del enemigo se volvió a ocupar JAKOBS en el año 1999, concretamente en el Congreso Internacional celebrado en dicho año en la Academia de Ciencias de Berlín-Brandenburgo bajo el título “La Ciencia

²⁷ Pág. 298.

²⁸ Ídem, págs. 322-323.

alemana del Derecho penal ante el cambio de milenio, Reflexión retrospectiva y perspectivas de futuro". En efecto, en su ponencia denominada "la autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente", JAKOBS, luego de dejar al margen el análisis del acoplamiento entre el Derecho penal como ciencia práctica y los sistemas político, jurídico y educativo, enfatiza que la importancia del sistema económico y la internacionalización de las instituciones componen el gran desafío del presente al demandar las condiciones de un nuevo orden. Lo anterior, toda vez que para una economía internacional, "un conocimiento jurídico-penal es sólo aprovechable para ver cómo puede mejorar más o menos a corto plazo la situación de seguridad de los bienes o, al menos, mantenerse. Empleando el término clave, lo que se exige es efectividad del derecho penal"²⁹.

Sin embargo, como es bastante conocido, para JAKOBS, desde el normativismo radical que él propone, lo único que importa es el quebrantamiento de la norma penal como manifestación de la defraudación de expectativas, conforme a los roles asignados en el tráfico jurídico a los individuos que integran los distintos ámbitos de relación social, que son los que en últimas nos permiten predecir las diferentes formas en que se comportarán los sujetos dentro del sistema social. Desde esta perspectiva, la finalidad del Derecho penal no es la protección de

²⁹ Véase, "La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pág. 56.

bienes jurídicos ni de intereses vitales para la convivencia o coexistencia armónica y pacífica en sociedad. O quizá mejor, para JAKOBS el bien jurídico viene a estar definido por la norma en sí misma considerada, como expresión de configuración de la sociedad, de donde se sigue que todo quebrantamiento de ésta decepciona la confianza de los ciudadanos en lo que a su vigencia se refiere –y en el modelo de configuración que ella quiere expresar-, la cual ha de ser restablecida a través de la imposición de la sanción penal. Dicho en sus propias palabras, “La lesión de la norma es, como muestra la punibilidad de la tentativa, el elemento decisivo del hecho penal, y no la lesión de un bien. Paralelamente, tampoco la pena puede estar referida a la seguridad de los bienes o algo similar... La pena se debe entender más bien como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que su existencia normativa no ha cambiado; la pena es la confirmación de la identidad social...”³⁰.

Lo anterior, sin embargo, que sería la función “abierta” de la pena, no es óbice para admitir la motivación y la intimidación como funciones “latentes” de la misma. Esta distinción es de gran importancia habida cuenta que mientras el efecto “confirmador” de la identidad normativa se dirige a “personas” como portador de un significado consistente en “que no hay que tomar el hecho como

³⁰ *Ibíd.*

comunicación válida”, los efectos latentes de la habituación o intimidación están dirigidos a todo aquel que carece de disposición jurídica. Según JAKOBS, “Un estado de juridicidad es un estado de validez del derecho; esta validez puede mantenerse, ese es incluso el aspecto central, de manera contrafáctica, marginalizando el comportamiento que quebranta la norma. Pero sin algún tipo de aseguramiento cognitivo, una sociedad constituida jurídicamente no funciona, porque en ella no sólo confirman su identidad personas heroicas, sino que también individuos temerosos quieren encontrar un modo de sobrevivir”³¹. De allí que si alguien quiere ser tratado como “persona”, necesariamente debe dar una garantía cognitiva de que va a comportarse como tal; sin esta garantía, el Derecho penal “pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo”³². Por este camino, distinto al del Derecho penal jurídico-estatal interno, el Derecho penal del enemigo, del cual estaría pendiente la averiguación de su concepto y la constatación de si en verdad es Derecho, dentro del límite de lo necesario, consistiría en la defensa de futuras agresiones³³.

Como características de este Derecho penal, mediante el cual el Estado amenaza a sus enemigos antes que dialogar con sus ciudadanos, JAKOBS señala las siguientes: En primer lugar, el fenómeno del superlativo

³¹ Op. cit., págs. 57-58.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

adelantamiento de la punibilidad ya tratado en su primer trabajo; en segundo término, la ausencia de la rebaja o reducción de pena en relación con dicho adelantamiento; paso de la legislación penal a la legislación de lucha contra determinados tipos de delincuencia, en tercer lugar; y, finalmente, anulación de garantías procesales.

En este segundo trabajo, JAKOBS no sólo identifica las características de este Derecho penal sino que, por añadidura, entra a definir el concepto mismo de enemigo, el cual considera como no-persona. Así, según su postura, y ante la ausencia de una alternativa del actual Derecho penal de enemigos, es procedente “neutralizar” al enemigo toda vez que “es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual ‘peligroso’ según el pgfo. 20 a Código penal alemán) 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 el tráfico de drogas o el ya antiguo ‘complot de asesinato’), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de

seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento”³⁴.

En definitiva, el Derecho penal del enemigo termina siendo un arma bélica, de combate o de guerra cuyo ejercicio depende del temor que se sienta por el enemigo y cuyas reglas, según se insiste, deben ser delimitadas del Derecho penal de ciudadanos.

3.3. A PROPÓSITO DEL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

En un trabajo posterior realizado en el año 2003, conjuntamente -y con réplica- de su discípulo CANCIO MELIÁ, JAKOBS, con ocasión de las críticas de que venía siendo objeto como consecuencia de sus tesis relacionadas con el tema del Derecho penal del enemigo, se ocupa nuevamente de éste, aclarando de entrada, desde el Prólogo mismo, que sus consideraciones al respecto serían mejor comprendidas si las mismas fueran vistas desde una perspectiva descriptiva mediante la cual se procura el establecimiento del Estado de derecho “como Estado de este mundo”³⁵. Lo anterior, toda vez que la referencia a los modelos de Derecho penal de ciudadano y de enemigo debe ser

³⁴ *Ibíd*em, págs. 59-60.

³⁵ En el presente trabajo se cita la versión publicada por la Universidad Externado de Colombia, *Derecho penal del enemigo*, 2005.

entendida como dos tipologías o modelos ideales difícilmente considerados en la práctica como puros; así, según lo expresa, su postura no trata de contraponerlos sino de describir “dos polos de *un solo mundo*” que pueden perfectamente imbricarse –lo cual es ciertamente cuestionado por el autor al final del texto-, aclarando de paso que la expresión Derecho penal del enemigo “*no en todo caso pretende ser peyorativa*”³⁶.

Seguidamente, JAKOBS vuelve al tema del concepto de pena, esta vez como expresión de significado que mira retrospectivamente, según el cual el hecho del autor, considerado como persona, no vale, y, por consiguiente, la norma continúa vigente (Derecho penal de ciudadanos). Pero por otro lado, por añadidura, la pena también produce efectos físicos, caso por ejemplo del aseguramiento en la pena privativa de la libertad, evento en el cual la pena no significa nada sino que, de miras hacia el futuro, simplemente procura por su efectividad frente a un individuo considerado como peligroso (Derecho penal de enemigos)³⁷.

Ahora, lo novedoso de esta nueva reflexión de JAKOBS sobre el tema radica en que ya no sólo trata de establecer diferencias entre un Derecho penal de ciudadanos y uno de enemigos, como sucedió en su propuesta inicial, con tono

³⁶ Op. cit., pág. 17-18.

³⁷ Ídem.

crítico en relación con este último; tampoco de determinar los fines de la pena en ambos casos; ni de describir las características de esa tipología ideal reservada a la enemistad; menos de definir el concepto mismo de enemigo, como aconteció en su ponencia de Berlín de 1999; lo verdaderamente novedoso, en efecto, es que en esta nueva oportunidad fundamenta filosóficamente su postura³⁸, con lo cual no queda tan claro que se trate de un trabajo eminentemente “descriptivo”, máxime cuando al final expresamente se concluye que este modelo, al igual que su contrario, perfectamente *puede ser legítimo*³⁹. Efectivamente, de la mano de algunas citas de autores como ROUSSEAU y FICHTE, el autor resalta que, en las posturas contractualistas, el Derecho admite el empleo de la coacción, con lo cual no es nada nuevo el argumento de “que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo”, pues a todo delincuente, al violar el pacto, deja de asistirle el derecho a beneficiarse del mismo, de suerte que su relación no se rige ya por el Derecho sino por la coacción al perder su status de ciudadano.

Morigerando tan extrema posición, JAKOBS prefiere seguir a HOBBS y KANT, para quienes también al delincuente se le debe mantener dentro del Derecho

³⁸ Ídem, págs. 20 y ss.

³⁹ Que no se trata sólo de una descripción sino más bien de un “programa político”, afirmativo o legitimador, es destacado con suficiencia por AMBOS, KAI, *Derecho penal del enemigo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, págs. 33 y ss; también, SHÜNEMANN, “¿Derecho penal del enemigo?”, en *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, Editorial Ibáñez, Bogotá, págs. 69-70.

conservando ese status de persona, pues, por un lado, tiene derecho a reconciliarse con la sociedad, amén que debe proceder a la reparación del daño derivado de su ilícito accionar. La situación cambia, sin embargo, cuando se trata del delito de rebelión, en el cual, según HOBBS, se desconoce la situación fáctica de sumisión frente al Estado, lo que implica un retroceso al estado de naturaleza; por ello, los autores de este crimen son sancionados como enemigos antes que como súbditos. Por su parte, KANT trata el problema desde la perspectiva que toda persona puede obligar a otra a entrar en el pacto estatal, so pena de proceder de modo hostil en su contra. Dicho en términos de JAKOBS, se trataría en ambos casos de individuos que en lo más mínimo prestan una garantía cognitiva de comportamiento personal, necesaria e indispensable para ser tratados como personas.

Y así, para ilustrar la situación, JAKOBS recuerda los hechos del 11 de septiembre de 2001, en relación con los cuales se pregunta si “la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura – precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona- que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada”⁴⁰.

⁴⁰ Págs. 30-31.

4. CRÍTICAS PRINCIPALES A LA PROPUESTA DE JAKOBS.

4.1. No hubo que esperar mucho tiempo para escuchar las primeras críticas a la propuesta de JAKOBS. En efecto, en el mismo Congreso Internacional del año 1999, en donde éste expuso por segunda vez su tesis de Derecho penal de enemigo, ESER cuestionó de forma directa la postura de trazar una diferencia entre ciudadanos y enemigos, recordando que la negación de su condición de persona a este último ha implicado a su vez la negación de las bases del Estado de Derecho, amén de enfatizar en cuáles serían los criterios para trazar dicha diferencia, pues, según dice ESER, “¿Quién podría realmente decir de qué lado se encuentra el mejor ciudadano o el enemigo más grande, cuando el uno, actuando por razones políticas en un supuesto interés de la comunidad, comete un delito contra la seguridad del Estado, y con ello ataca la libertad de los otros, y el otro sirviéndose de artimañas en materia de impuestos comete un fraude tributario o un fraude de subvenciones lesionando el orden económico?”⁴¹.

⁴¹ ESER, ALBIN, *La ciencia*, pág. 472; también se cuestiona sobre el problema de definición, entre otros, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “El nuevo Derecho penal autoritario”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pág. 816; CANCIO MELIÁ, MANUEL, “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pág. 212-213, donde señala que “no se trata de reaccionar frente a los delitos de determinados sujetos, sino de construir una categoría de enemigos; ZAFFARONI, EUGENIO, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, págs. 23-24, quien expone que “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”.

Y es que en verdad, la definición, como acertadamente lo ha señalado la doctrina, no dependería ya del principio de legalidad sino, por el contrario, de la posición dentro del orden estatal, del poder de definición que tiene el Estado⁴², al mejor estilo de lo manifestado en su momento por las teorías criminológicas del etiquetamiento en relación con el carácter artificial de las conductas desviadas.

Al efecto, bastante ilustrativa resulta la descripción que del caso colombiano realiza APONTE en relación con aquellos “enemigos” que, en virtud de un proceso de paz, reciben un trato más benévolo, de suerte que ya no son tratados como “enemigos”, lo cual evidencia que, conceptualmente hablando, se trata de una construcción que depende de una decisión política, según la situación particular o coyuntural, por lo que “el enemigo de hoy no es necesariamente el de mañana”⁴³.

4.2. La crítica incluso ha provenido de los propios discípulos de JAKOBS. Así, ciertamente, ha sucedido con CANCIO MELIÁ, quien considera que el Derecho

⁴² Así, AMBOS, quien al efecto señala que “en el plano de la política social práctica la agrupación ciudadano-enemigo conduce a un incremento en la presión sobre los grupos sociales que de todas maneras tienen que luchar contra su marginalización, como por ejemplo los inmigrantes, los judíos o los que pertenecen a subculturas que sólo aparecen de manera condicionada en las relaciones de reciprocidad que se perciben en la sociedad”, *Derecho penal del enemigo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 32.

⁴³ APONTE, ALEJANDRO, “Guerra y política: Dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo”, en *Nuevo Foro Penal* 69, Medellín, Universidad Eafit, 2006, págs. 40-41.

penal de enemigo no forma parte del Derecho penal, conclusión a la cual llega luego de establecer diferencias estructurales entre uno y otro, una de las cuales, como derivación lógica de lo anteriormente dicho, vendría configurada porque el Derecho penal de enemigo, antes que un Derecho penal de acto, refleja la sistemática propia de un modelo de Derecho penal de autor⁴⁴, propio como se sabe de regímenes abiertamente autoritarios. Con razón GARCÍA AMADO señala que la lógica que subyace en la propuesta del Derecho penal de enemigo “es expresión del grave prejuicio autoritario que lastra el pensamiento de JAKOBS en los últimos tiempos”⁴⁵.

Lo anterior se explica, según señala el propio CANCIO, por el hecho de que “no es que haya un cumplimiento mejor o peor del principio del hecho –lo que ocurre en muchos otros ámbitos de ‘anticipación’ de las barreras de punición-, sino que la regulación tiene, desde un principio, una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos –los ‘enemigos’- más que en la definición de un ‘hecho’”⁴⁶.

⁴⁴ “Derecho penal” del enemigo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 62; también: FERRAJOLI, quien enlaza el Derecho penal de enemigo con el despotismo penal que se inaugura en los *crimina maiestatis*, “El Derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, en *Nuevo Foro Penal* 69, Medellín, Universidad Eafit, 2006, pág. 17; DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “Del ‘derecho penal liberal’ al ‘derecho penal del enemigo’”, en *Nuevo Foro Penal* 69, pág. 70; DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. Un debate desenfocado”, en *Homenaje al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pág. 289.

⁴⁵ GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, “El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs”, en *Nuevo Foro Penal* 69, Medellín, Universidad Eafit, 2006, pág. 105.

⁴⁶ Op. Cit., pág. 68; también, AMBOS, *Derecho Penal del enemigo*, pág. 31.

4.3. Una tercera crítica vendría dada, como ya se insinuó con antelación, en el sentido que el Derecho penal del enemigo, materialmente hablando, en realidad no hace parte de las reglas del Derecho penal, ni siquiera de las reglas generales del Derecho. De hecho, ya el propio JAKOBS había señalado que “El derecho penal de enemigos sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico-estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquel, una vez indagado su verdadero concepto, se revele como derecho”⁴⁷.

Como ya se dijo desde un comienzo, el significado conceptual de los términos obliga a diferenciar necesariamente entre actos de crimen y actos de guerra. Así, mientras que frente a los primeros, incluidos en ellos los actos terroristas, se debe reaccionar con su persecución y sanción penal de los responsables; los segundos, que provienen como se dijo de hostilidades de los propios Estados, se repelen mediante la defensa estatal por intermedio de sus fuerzas armadas.

De allí que no se puedan utilizar medios o herramientas bélicas para la represión del delito, por más grave que este sea. Con razón señala GRACIA MARTÍN que “el problema, pues, ha de plantearse en términos de si en una

⁴⁷ “La autocomprensión”, pág. 58.

sociedad democrática y en un Estado de Derecho se puede legitimar la 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 de la fuerza"⁴⁸.

5. SOBRE LOS DERROTEROS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL ESTADO DE DERECHO. INCOMPATIBILIDAD CON LA PROPUESTA Y PRÁCTICA DE UN DERECHO PENAL DE ENEMIGO.

5.1. De todo lo dicho con anterioridad, si se observan bien las cosas, cabe afirmar que la tendencia modernista del Derecho penal -y entre ella la práctica de un Derecho penal reservado para enemigos-, es una problemática que en el fondo remite a las agendas legislativas de los distintos gobiernos de turno; en otros términos, es una cuestión de pura política criminal⁴⁹.

En efecto, el delito es una realidad social que perfectamente puede ser estudiada por distintas disciplinas o saberes científicos. Así por ejemplo, por la sociología, la cual lo estudia como fenómeno social; por la filosofía, la cual se

⁴⁸ GRACIA MARTÍN, LUIS, "consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'derecho penal del enemigo', en *Revista electrónica de derecho pena y criminología*, 07-02, 31 (2005), ([http:// criminet.ugr.es / recpc](http://criminet.ugr.es/recpc)).

⁴⁹ Así, ARIAS HOLGUÍN, DIANA PATRICIA, *A propósito de la discusión sobre el Derecho Penal "moderno" y la sociedad del riesgo*, Medellín, Universidad Eafit, 2006, pág. 7.

ocupa del fundamento y legitimación del castigo; o por la ciencia jurídico penal, encargada, entre otros aspectos, de abordar el delito mediante un estudio sistemático de las normas correspondientes, a efectos de construir una teoría que, además de limitar el poder punitivo, permita la realización de la seguridad jurídica y, por su intermedio, brinde la posibilidad de predecir, pronosticar o calcular el sentido de los pronunciamientos judiciales; así mismo, entre todas esas ciencias que se encargan de estudiar la cuestión criminal, hallamos también a la política criminal, entendida como una disciplina por cuyo intermedio se diseñan o se elaboran estrategias con miras a combatir la criminalidad.

Se trata pues, en este último caso, el de la política criminal, de una disciplina que atañe a los gobiernos de turno, a quienes les compete en sus distintas agendas legislativas destinar un espacio para la elaboración de propuestas en procura de contrarrestar los índices de criminalidad. Para decirlo de otra forma: así como existe una política laboral, encargada del manejo de toda la materia relacionada con la temática del empleo, existe también una política criminal; así como existe una política fiscal, que tiende a recaudar los tributos y a redistribuirlos entre los ciudadanos, existe una política que se encarga de hacer frente a todo tipo de manifestación del delito, previniéndolo y reaccionando en

términos adecuados frente a su comisión, función que, claro está, cumple mediante la reforma del Derecho penal vigente⁵⁰.

En palabras de BORJA JIMÉNEZ, la política criminal es vista "... como un conjunto de estrategias destinadas por los poderes públicos a frenar altas tasas de criminalidad. De esta forma, esos poderes públicos intentarían a través de una determinada política criminal auspiciar al máximo la seguridad ciudadana, y el derecho penal pretendería limitar esa actividad del Estado para respetar los derechos de los individuos sospechosos, acusados o condenados en relación con la perpetración de un delito"⁵¹. Visto en este orden de ideas, mientras que la política criminal propone alternativas para luchar contra el crimen, el Derecho penal se encarga de poner límites a esa facultad que tiene el Estado para reprimir las conductas consideradas como desviadas y merecedoras de reproche y sanción penal.

Conforme a lo anterior, la política criminal, en el buen sentido del término, trata de una disciplina autónoma, independiente, mediante la cual se procura reaccionar frente al fenómeno delincencial, sea éste tradicional o mucho más moderno.

⁵⁰ Así, JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de derecho penal, Parte general*, 5 ed., Granada, Comares, 2002, pág. 47.

⁵¹ "Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo LVI, Madrid, Ministerio de Justicia, 2004, pág. 114.

5.2. Con todo, la política criminal, importa destacarlo, no es un asunto que sólo compete a la parcela del saber penal. En un sentido mucho más amplio, la política criminal hace parte de la política social de todo poder público. La política criminal, en este orden de ideas, se integra a la política entendida en términos mucho más generales, aunque, en su caso, direccionada a un fin claro y específico: la lucha contra toda forma de crimen. Se trata, por consiguiente, de una disciplina no exclusivamente jurídica sino, antes bien, de pura actividad política. La lucha contra el crimen, sea cual sea su manifestación, en consecuencia, desde esta perspectiva, no es una tarea reservada de forma exclusiva al Derecho penal. En palabras de URBINA GIMENO, “las definiciones amplias tienen la ventaja, entiendo determinante, de reflejar mejor las posibilidades de tratamiento real del fenómeno criminal, que de modo evidente no se reducen al derecho penal”⁵².

Sin embargo, en la práctica la política criminal no pasa de la elaboración de propuestas altamente represivas, reflejadas en el aumento desmedido y desproporcionado de las penas o en la negación de beneficios para cierta

⁵² IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO, “La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo. (¿Es el Derecho Penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pág. 869. Entendiendo en términos amplios la política criminal, este autor clasifica las medidas de intervención en: medidas de prevención primaria (que apuntan a evitar la existencia de circunstancias que fomentan el crimen), medidas de prevención secundaria (dirigidas a dificultar la comisión del delito) y medidas de prevención terciaria (que actúan sobre el sujeto que ha delinquido).

tipología de delitos considerados como ostensiblemente graves según las circunstancias coyunturales del momento, por citar sólo los dos ejemplos de mayor usanza en el contexto nacional e internacional, característicos en la práctica, claro está, de un Derecho penal de enemigo, dándose así el fenómeno conocido como “huida al derecho penal”, el cual, vistas así las cosas, pone en evidencia el fracaso de las agendas sociales de los poderes públicos⁵³.

Aunque lo cierto es que la política criminal puede ser entendida como práctica política o como simple teoría; en el primer sentido, como práctica política, será la manifestación de la actividad del poder público en relación con el tema del delito, como forma de tratar la delincuencia, de proteger los bienes jurídicos o de prevenir la comisión de injustos penales, perfil con respecto al cual existen no pocos ejemplos de Derecho penal de enemigo (piénsese en casos como los de Guantánamo, erigidos, como lo señala SHÜNEMANN, en verdaderos campos de concentración⁵⁴); en el segundo caso, entendida como simple teoría, como al parecer vendría a ser la propuesta de JAKOBS, consistiría en el

⁵³ Según FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, “Cuando se recurre a penas innecesarias, inútiles o desproporcionadas, se desborda el marco del Estado democrático de derecho y se cae en el ‘terror penal’. Cuando un régimen no puede convencer, porque los hechos hablan contra él y lo desmienten tozudamente, entonces es fácil caer en la tentación de la ‘huida al derecho penal’ para tratar de tapar con la pena las fallas del sistema y las deficiencias del Estado”, *Concepto y límites del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1992, pág. 69.

⁵⁴ ¿Derecho penal del enemigo?, pág. 63.

estudio de la orientación y los valores que protege la legislación penal dentro de un contexto histórico determinado⁵⁵.

5.3. Sea ello lo que fuere, lo cierto es que a cada momento histórico ha correspondido un modelo concreto de política criminal⁵⁶. Así por ejemplo, en el estado liberal la tendencia al momento de prevenir los delitos apuntó a la salvaguarda de las garantías individuales por intermedio de la confección de determinados principios cuya finalidad específica era controlar o, quizá mejor, limitar el ejercicio arbitrario del Derecho penal, caso por ejemplo de los principios de legalidad o reserva legal, taxatividad, lesividad, mínima intervención, etc.

En el modelo de Estado intervencionista, en cambio, el norte estuvo dirigido hacia la protección de los intereses sociales antes que a la protección de las garantías individuales, las cuales, en tal orden de estimaciones, se terminaron sacrificando en pos de la defensa de la sociedad, la cual veía afectada sus intereses por los llamados sujetos o “clases peligrosas”.

⁵⁵ En este sentido, BORJA JIMÉNEZ, op. cit., págs. 130 y ss. En sentido parecido, URBINA GIMENO, quien señala “un primer paso útil a la hora de definir ‘política criminal’ es distinguir entre la política criminal como *actividad política* y como *actividad teórica*. Describir la relación conceptual entre ambas es relativamente sencillo, ya que la política criminal como actividad política es el objeto de la política criminal como actividad teórica, un objeto que se analiza tanto desde el punto de vista normativo (análisis del tipo de política que conviene seguir con respecto al crimen, atendiendo a consideraciones valorativas e instrumentales) como desde el punto de vista positivo (la descripción de la situación existente y la predicción de los efectos que se prevé que tendrá una determinada decisión político-criminal)”, págs. 867-868.

⁵⁶ BORJA JIMÉNEZ, op. cit., págs. 121 y ss.

Finalmente, en el Estado social de Derecho, ambos criterios, el del respeto de las garantías ciudadanas y protección de la sociedad, interactúan en el cometido final de la elaboración de propuestas serias tendientes a la reducción del crimen, cualquiera sea su manifestación. O como dice el mismo ROXIN, citado por BORJA JIMÉNEZ: “Conforme a la situación jurídica y constitucional actual, la política criminal no tiene por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito en el marco de un Estado de Derecho”⁵⁷.

Justamente, en este último sentido, es que debe estar orientada la política criminal de nuestros tiempos, independientemente de la modalidad delincencial de que se trate: Persecución del delito y del delincuente, pero con decidido respeto por los derechos y garantías individuales.

Y si ello es así, como en verdad se tiene que lo es, resulta que la teoría y práctica del Derecho penal de enemigo, de forma evidente, no comulgan con este modelo o tipología estatal, de donde surge claramente su ilegitimidad. O como dice MUÑOZ CONDE, el Derecho penal de enemigo “representa o puede representar una amenaza para los principios y garantías del Estado de

⁵⁷ Op. cit., pág. 126, nota 19.

Derecho. Unos principios que hace ya más de treinta años algunos penalistas defendíamos en España frente a la legislación excepcional antiterrorista del régimen franquista, que calificaba como ‘enemigos’ a todos los que discreparan públicamente del régimen dictatorial o pretendiera ejercer derechos fundamentales en una democracia como los de la libertad de expresión, asociación o manifestación; los mismos que pueden verse hoy conculcados para defender paradójicamente el Estado de Derecho. ¿Se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con sus principios fundamentales? ¿Puede utilizar el Estado de Derecho, sin perder su nombre, los medios de represión punitiva que caracterizan a un Estado dictatorial, o autoritario? ¿Es posible dentro del Estado de Derecho la coexistencia de dos modelos diferentes de Derecho penal, uno respetuoso con las garantías y los derechos fundamentales, y otro puramente policial, para ‘enemigos’, que haga tabla rasa de los principios y garantías características del Estado de Derecho?”⁵⁸.

⁵⁸ “El nuevo Derecho”, pág. 817.