

VERDADES Y MENTIRAS EN EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

MIGUEL POLAINO-ORTS¹

I. Un ejemplo literario de Derecho penal del enemigo

Permítanme que comience mi exposición con una referencia literaria extraída de una de las obras cumbre de la Literatura universal: *Don Quijote de la Mancha*. En uno de los pasajes más sugerentes de toda la obra, expone CERVANTES el encuentro de DON QUIJOTE y de SANCHO PANZA con un grupo de galeotes que habían sido condenados a remar en galeras al servicio de S.M. El Rey. Unas guardas los llevaban apresados cuando DON QUIJOTE topa con ellos y les inquiriere sobre la causa de su detención. Ante el asombro del hidalgo, una de las guardas –intemperante– le responde que son galeotes al servicio del Rey, y que no hay nada más que decir. Empero, la insistencia de DON QUIJOTE hace que las guardas le permitan entablar un diálogo, delicioso por cierto, con los galeotes. La conversación se centra de manera especial en el último de los presos, un delincuente locuaz e ingenioso, pícaro y reincidente, llamado GINÉS DE PASAMONTE que CERVANTES describe como “*hombre de muy buen parecer, de edad de treinta años, sino que al mirar metía el un ojo en el otro un poco*”, señal ésta, el estrabismo, que entonces se identificaba automáticamente con la desventura y la mala suerte. Pero lo que más nos interesa ahora de este pasaje de la obra cervantina es la forma especialmente asegurativa en que GINÉS DE PASAMONTE iba apresado: “*Venía diferentemente atado que los demás, porque traía una cadena al pie, tan grande, que se la liaba por todo el cuerpo, y dos argollas a la garganta, la una en la cadena y la otra de las que llaman guardaamigo o pie de amigo, de la cual descendían dos hierros que llegaban a la cintura, en los cuales se asían dos esposas, donde llevaba las manos, cerradas con un grueso candado, de manera que ni con las manos podía llegar a la boca ni podía bajar la cabeza a llegar a las manos*”. Antes esa diferencia de trato, DON QUIJOTE interroga a las guardas por la razón por la que ese infeliz iba “*con tantas prisiones más que los otros*”. La respuesta que ofrecen los guardianes encierra toda una filosofía político-criminal de plena actualidad: la

¹ Profesor de Derecho Penal. Universidad de Sevilla. (España).

razón estribaba en que “*tenía aquel solo más delitos que todos los otros juntos y que era tan atrevido y tan grande bellaco que, aunque le llevaban de aquella manera, no iban seguros dél, sino que temían que se les había de huir*”.

El caso de GINÉS DE PASAMONTE constituye, probablemente, uno de los primeros y más bellos ejemplos de Derecho penal del enemigo en la literatura española y, además, resume con claridad la *ratio essendi* del Derecho penal del enemigo y su distinción respecto del Derecho penal del ciudadano: el déficit de seguridad cognitiva que se produce en algunos casos por la especial peligrosidad de un sujeto (“enemigo”) que obliga al legislador, si quiere mantener con un mínimo de fiabilidad la estructura social, a combatir de manera especialmente agravada al sujeto que causa esa inseguridad.

En el pasaje cervantino se distingue nítidamente entre dos tipos de sujetos: aquellos que eventualmente infringen la norma pero que, en lo substancial, se orientan por ella, respetan a los demás como personas en Derecho y no desestabilizan la estructura social (ejemplos de ellos son todos los primeros presos) y aquellos otros que, incluso después de haber delinquido y de haber sido apresados, *siguen siendo un peligro para los demás*, porque no respetan la constitución social, impiden a los demás desarrollar su plan personal y confiar razonablemente en que el *status quo* social y normativo les va a seguir amparando.

Si no existe esa seguridad en que la norma protege las expectativas sociales y que esas expectativas son actuales, sino que incluso esa seguridad es comprometida expresamente mediante una peligrosidad exterior, entonces es preciso asegurar de algún modo más contundente a la sociedad y a las personas en Derecho frente al elemento peligroso. Es precisamente lo que ocurre con GINÉS DE PASAMONTE: si, no obstante su *desliz reparable*, respetara a los demás como “personas en Derecho” y no supusiera un impedimento para el desarrollo de la vida social, entonces no sería necesario, o –por mejor decir– el ordenamiento no consideraría oportuno combatirlo con medidas más agravadas, sino que bastaría con las medidas aplicables a los casos *normales*; pero resulta que, en ese caso, se constata una especial peligrosidad, que produce una especial inseguridad en los demás, de suerte que el ordenamiento jurídico se encuentra ante una diatriba: o le impone a GINÉS DE PASAMONTE las medidas correspondientes al resto de presos (“ciudadanos”), y entonces se pone en pe-

ligro concreto que la vida social se desenvuelva con un mínimo de fiabilidad razonable, o se agravan proporcionalmente las medidas contra él, para poder salvaguardar de ese modo la estructura social y favorecer que los ciudadanos respetuosos con la norma puedan vincular su bienestar a la vigencia de una norma real. En el ejemplo de CERVANTES vemos que se opta por esta segunda opción, a saber: se combate a GINÉS DE PASAMONTE con medidas más agravadas precisamente porque “no iban seguros dé”, esto es, para asegurar que con ese combate agravado se pueda mantener, en esencia, el proyecto social y la confianza de las personas en Derecho en la norma.

Esto es lo que significa, en la Dogmática funcionalista, el concepto de Derecho penal del enemigo. En la descripción recién realizada ya hemos reseñado los elementos centrales de esa forma de criminalidad. Tiempo habrá de exponer esos elementos más detenidamente en las páginas siguientes, con ejemplos reales de los ordenamientos democráticos modernos y no meramente literarios ni de ficción. Antes de eso, echemos atrás la mirada y recordemos –vale la pena– algo de la *intra*historia de la moderna construcción del Derecho penal del enemigo.

En las páginas siguientes queremos abordar el análisis del Derecho penal del enemigo en el momento presente. Para ellos vamos a plantear cuatro interrogantes esenciales que se refieren a otras tantas cuestiones básicas y principalísimas para entender la problemática en cuestión. Los cuatro interrogantes que vamos a abordar son los siguientes:

- 1) *¿Qué es el Derecho penal del enemigo para la dogmática funcionalista moderna?* Esta cuestión implica un análisis de las aportaciones de JAKOBS al respecto, lo que exige una revisión de sus sucesivas contribuciones sobre el tema.
- 2) *¿Existe, en los actuales ordenamientos democráticos, un Derecho penal del enemigo?* Esta pregunta resalta el componente meramente *descriptivo*, no *prescriptivo*, del Derecho penal del enemigo.
- 3) *¿Debe existir ese Derecho penal del enemigo?* Este interrogante se refiere a la cuestión relativa a la *legitimación* de esas normas.
- 4) *¿Por qué existe el Derecho penal del enemigo?* Esto nos lleva a la cuestión relativa a si las instituciones normativas requieren o no de una cierta

garantía cognitiva para poder ser actuales, esto es, para poder dirigir la comunicación en el mundo real.

A continuación, en los cuatro epígrafes siguientes, queremos dedicar nuestra atención de manera pormenorizada a cada una de estas cuestiones.

II. ¿Qué es el Derecho penal del enemigo?

A) 1985: *partida de nacimiento*

El tema del Derecho penal del enemigo ha adquirido una difusión inusitada en el último lustro. En torno al año 2000 publicó JAKOBS dos o tres trabajos en los que aludía de manera expresa al fenómeno del Derecho penal del enemigo en las sociedades actuales. Como suele suceder, por una lectura rápida o improvisada o por las razones que fuera, se vincularon directamente las reflexiones de JAKOBS con lo acontecido el 11-S de 2001 en Nueva York, de manera que ya se identificaba casi emocionalmente al enemigo en la terminología funcionalista con el terrorista islámico, con la Guerra de Irak, los daños colaterales, Guantánamo y otros acontecimientos recientes, etc. Pero, lógicamente, el Derecho penal del enemigo no es lo que los críticos de JAKOBS quieren que sea ni lo que ellos dicen que es, y esas interpretaciones al calor de lacerantes casos de la realidad no hacen sino añadir un dramatismo y también una irracionalidad que hace nublar la nitidez de los conceptos y de las reflexiones dogmáticas ofrecidas por JAKOBS en sus trabajos científicos desde mucho antes de los ataques terroristas del 11-S.

Por ello, para hablar del Derecho penal del enemigo en el momento presente es preciso, tal como lo ha hecho JAKOBS, realizar un análisis serio y desapasionado, una reflexión meditada y fundamentada de los actuales ordenamientos. Recordemos, brevemente, algunos pasajes de esta cuestión, desde la partida de nacimiento del Derecho penal del enemigo hasta la actualidad. Acuña de ese concepto ("*Feindstrafrecht*", en alemán) fue —ya lo sabemos— JAKOBS, quien lo empleó por primera vez en una conferencia pronunciada en las Jornadas de penalistas alemanes celebradas en Frankfurt am Main hace más de veinte años: concretamente en 1985. El tema de aquella intervención era —es— uno de las cuestiones más interesantes de la Dogmática jurídico-penal de la actualidad: el de la anticipación de las barreras de actuación del Derecho

penal a un ámbito anterior, más lejano, a la posterior lesión de un bien jurídico “específico”, de manera que ya la criminalización anticipada se considera lesiva de un bien jurídico “general” (la seguridad colectiva, la paz pública, etc.).² En aquella intervención de los años 80 empleaba JAKOBS un *método inductivo*: analizaba algunos tipos de delito existentes, *de lege lata*, en el ordenamiento penal alemán, y observaba en ellos algunas características comunes, entre las que podemos destacar las siguientes:

–Se trataba de casos de especial peligrosidad en los que se atacaban lo que el autor denominaba “*normas de flaqueo*”, esto es, aquellas normas que apuntalan la constitución, la estructura social

–En ellos se producía una anticipación de la actuación del Derecho penal, de manera que ya los primeros indicios de lesión o peligro de un bien jurídico se consideraban punibles en casos excepcionales, siempre lógicamente que hubieran sido manifestados al exterior, salvaguardando de ese modo el llamado “principio del hecho”.

–Por ello, daba la sensación de que al legislador más le interesaba el hecho futuro (por realizar) que el hecho pasado (ya realizado)

–Además, según describía el autor, frente a los ataques a las normas de flaqueo el ordenamiento reaccionaba con un combate especialmente asegurativo, que ya se percibía en la propia denominación de muchas de esas leyes: ya no se llamaban “leyes de protección” sino “leyes de *combate*” o de “*lucha*” contra la criminalidad organizada, el terrorismo, la delincuencia sexual, etc.

–Por lo demás, el ataque especialmente asegurativo incluía la característica de que, pese a producirse ese adelantamiento, no se percibía una reducción de las penas o medidas asegurativas de manera acorde a dicha anticipación, sino antes bien una restricción de algunos derechos o garantías del sujeto a quien se combate.

² Günther JAKOBS, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW* 97 (1985), págs. 751 y sigs. (“Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, traducción de Enrique PEÑARANDA RAMOS, en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, traducción al castellano y estudio preliminar por Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid y Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 293 y sigs., esp. 295 y sigs.).

¿Qué tipos de delito sirvieron de base a JAKOBS para extraer, inductivamente, sus reflexiones? Se trataba de figuras de delitos conocidas desde antiguo en la Dogmática penal: la criminalización específica de actos preparatorios como tipos de delitos autónomos, algunos delitos de peligro y contra la Seguridad del Estado, el delito de asociación terrorista o criminal, etc., en fin, figuras delictivas que existen no sólo en Alemania –en la Alemania actual– sino en muchos otros países democráticos del mundo. En esos delitos, decía JAKOBS, se combate a un sujeto de manera especialmente agravada por suponer un peligro frente a una norma de flaqueo, esto es, se le trata como “enemigo”, y no como “ciudadano” (“persona en Derecho”), al restringírsele parte de su esfera de libertad con vistas al mantenimiento del bien jurídico general (la seguridad cognitiva): así, decía JAKOBS, “cuanto más intensamente se optimice la protección de bienes jurídicos, tanto más se define al autor como *enemigo*, sin un *ámbito interno*”³, y ello porque, de acuerdo con esa técnica positiva, mientras “*el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad*”⁴.

B) Evolución y desarrollo (1999-2011)

Pues bien, desde el año 1985 hasta aproximadamente el año 2000, durante tres lustros, el debate sobre el Derecho penal del enemigo fue prácticamente inexistente. Se discutía, eso sí, sobre algunas normas específicas a las que se había referido JAKOBS, pero no sobre el Derecho penal del enemigo como fenómeno integral en la actualidad. Resulta sintomático que las reflexiones del autor fueran razonablemente acogidas en la doctrina penalista. Baste recordar, como botón de muestra, la opinión que aquella ponencia de 1985 le mereció a un conocido Catedrático alemán, Friedrich-Christian SCHROEDER, quien definió aquella primera aportación de JAKOBS como un “*impresionante alegato en favor de la libertad del ciudadano*”⁵.

³ Günther JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo...”, *op. cit.*, págs. 294 y sigs., 323.

⁴ Günther JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo...”, *op. cit.*, págs. 298.

⁵ *Vid.* la opinión de SCHROEDER en el informe sobre las discusiones que siguieron a la ponencia de JAKOBS en Walter GROPP, “Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt/Main”, *ZStW* 97 (1985), pág. 926.

La polémica vino después. Fue, como dijimos, en torno a los luctuosos acontecimientos del 11-S cuando se desató el debate científico, coincidiendo con las referencias que JAKOBS había hecho en algunos de sus trabajos al Derecho penal del enemigo: fundamentalmente en una conferencia en España sobre la Ciencia jurídico-penal ante los retos de la actualidad⁶ (1999; pronunciada, también, de forma más resumida en un Congreso en Berlín celebrado ese mismo año) y en un artículo sobre el tema “Personalidad y exclusión en Derecho penal”⁷ (2001).

Lo cierto es que, llevados quizá por un exceso de dramatismo, se desvincularon las reflexiones de JAKOBS en torno al Derecho penal del enemigo de su contexto propio y natural en que habían surgido (a saber: las mencionadas características de algunos tipos delictivos en la legislación alemana que lesionaban normas de flaqueo y producían inseguridad cognitiva), para identificarse con un heterogéneo grupo de reacciones sociales, e incluso de doctrinas políticas de corte autoritario, con lo que, consciente o inconscientemente, se estaba desnaturalizando en no pocas ocasiones el ámbito original de las reflexiones jakobsianas.

Como reacción a algunas críticas o salidas de tono que erraban con la comparación y repartían graciosamente adjetivos (des) calificativos, escribió JAKOBS, en el año 2003, un importante trabajo colectivo publicado primera-

⁶ Günther JAKOBS, “La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, traducción de Teresa MANSO PORTO, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, Escuela Judicial, CGPJ, Xunta de Galicia, Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999, págs. 122 y sigs., esp. 137 y sigs. (una versión extractada, diferente en algunos aspectos, pero con notas apareció en Alemania bajo el título “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en Albin ESER / Winfried HASSEMER / Björn BURKHARDT (eds.) *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Verlag C.H. Beck München, 2000, págs. 47 y sigs.).

⁷ Günther JAKOBS, “Personalität und Exklusion im Strafrecht”, en *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis*, Herausgeber: Nestor COURAKIS, Abteilung für Strafrechtswissenschaften, Juristische Fakultät, Universität Athen, Ant.N. Sakkoulas Verlag, 2001, págs. 447 y sigs. (“Personalidad y exclusión en Derecho penal”, traducción de Teresa MANSO PORTO, en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Coordinado por Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, tomo II, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 73 y sigs.).

mente en alemán⁸, y que sería poco después traducido al castellano, bajo el título “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”⁹, en el que destacó, de manera impresionante, el recio fundamento histórico-filosófico del Derecho penal del enemigo, enraizado en la Filosofía liberal europea, y en concreto en autores como HOBBS (para quien *sólo*, o *al menos*, es enemigo el reo de alta traición)¹⁰ y KANT, quien califica de enemigo al sujeto que se halla en estado natural y no brinda la seguridad necesaria para la Sociedad, e incluso considera que es factible actuar hostilmente contra dicho sujeto, precisamente por significar un peligro que amenaza permanente a la colectividad.¹¹ Al margen de algunas opiniones más radicales (como las de ROUSSEAU y FICHTE, para quienes *todo delincuente es enemigo*), ponía de manifiesto JAKOBS¹² que ya en las construcciones de HOBBS y KANT se encuentran firmes antecedentes de la distinción y contraposición entre un Derecho penal del ciudadano y un Derecho penal del enemigo¹³, al tiempo que profundiza en la existencia real

⁸ Günther JAKOBS, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, en Yu-hsiu Hsu (ed.), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung*, Taipei (Taiwan) 2003, págs. 41 y sigs. Este trabajo coincide casi en su integridad con el publicado, bajo el mismo título, en HRRS 3/2004, págs. 88 y sigs. (accesible en internet: <http://www.hrr-straftrecht.de/hrr/archiv/04-03/index.php3?seite=6#1>).

⁹ Günther JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Thomson – Civitas, Madrid, 2003, págs. 19 y sigs. (También en Günther Jakobs / Miguel POLAINO NAVARRETE, *El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de Dogmática penal y Política criminal*, Discursos de investidura como Profesores *Honoris Causa* por la Universidad Autónoma de Tlaxcala (México), *Laudatio* a cargo de Carlos DAZA GÓMEZ, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, págs. 34 y sigs.).

¹⁰ Cfr. Günther JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, págs. 28 y sigs.

¹¹ Günther JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, págs. 30 y sigs.

¹² Günther JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, pág. 32.

¹³ Cuestiona, en cambio, la idea de que tanto HOBBS como KANT sean “proto-penalistas” de Derecho penal del enemigo, Jochen BUNO, “Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person”, *Wieviel Sicherheit braucht die Freiheit? 30. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 24. bis 26 März 2006. Materialheft*, Conrad, Berlin, 2006, págs. 60 y sig., y critica además que los modernos ordenamientos penales de Estados democráticos se alimenten, en la teoría y en la práctica, de propuestas o recetas del Siglo XVII o similares. Sobre los antecedentes histórico-filosóficos, muy instructivo Luis GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, Prefacio de José Ignacio LACASTA-ZABALZA, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, esp. págs. 89 y sigs. En relación específicamente a HOBBS y KANT, de interés, Carlos PÉREZ DEL VALLE, “Sobre los orígenes del “Derecho penal de enemigo”. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau”, *CPC*, núm. 75, Madrid, 2001, págs. 597 y sigs. Centra

de normas de Derecho penal del enemigo en el ordenamiento penal actual, poniendo como ejemplo la regulación de la custodia de seguridad, prevista en el § 66 StGB que constituye una medida de carácter eminentemente asegurativo que se impone de manera adicional a una pena privativa de libertad superior a dos años de duración en determinados supuestos de especial peligrosidad: por ejemplo, en casos de reincidencia en un tiempo reciente (cuando un autor ha sido condenado en el plazo de dos años al menos a dos penas de prisión de dos años de duración), o de reincidencia con historial delictivo (que ya hubiera cumplido al menos dos años de cárcel por uno o varios delitos antes de cometer un nuevo hecho) o por especial peligrosidad del sujeto, esto es, cuando el sujeto es especialmente peligroso para la colectividad (§ 66.1.3 StGB).¹⁴

En época más reciente, ha vuelto a dedicar el autor una ponencia al mismo tema bajo el título “¿Terroristas como personas en Derecho?”¹⁵, que fue pronunciada en el curso de una de las sesiones de las jornadas de penalistas alemanes celebradas en Frankfurt (Oder) el 8 de mayo de 2005, en otra conferencia sobre las condiciones de vigencia de la juridicidad al hilo del Derecho penal del enemigo.¹⁶

el debate en el momento presente, minusvalorando el valor de los antecedentes histórico-filosóficos desde el punto de vista político-criminal actual (no en el plano global-conceptual), Manuel CANCIO MELIÁ, “¿Derecho penal del enemigo?”, en Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Thomson – Civitas, Madrid, 2003, pág. 80, cont. de nota 34 (2ª edic., 2006, pág. 112, cont. de nota 40), quien por demás desarrolla algunas firmes críticas a JAKOBS en las que no nos podemos detener en este trabajo (*cf.*, en cambio, críticamente, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo: Desmitificación de un concepto*, Grijley, Lima, 2006, págs. 212 y sigs., 247 y sigs.).

¹⁴ A éste último supuesto presta JAKOBS (“Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, pág. 24) especialmente su atención, ya que sus rasgos describen inequívocamente lo que él describe como un fenómeno de Derecho penal del enemigo por atacar los pilares estructurales de la Sociedad (normas de flaqueo). Dice así dicho precepto: “Si alguien ha sido condenado por un hecho punible doloso a pena privativa de libertad de dos años como mínimo, entonces el tribunal ordenará, junto a la pena, la internación en custodia de seguridad, cuando (...) 3. de la valoración conjunta del autor y de sus hechos resulte que el mismo es *peligroso para la colectividad*, como consecuencia de su inclinación para cometer actos antijurídicos relevantes, especialmente aquellos mediante los cuales la víctima resulta gravemente lesionada, psíquica o corporalmente, u ocasionen graves perjuicios económicos”.

¹⁵ Günther JAKOBS, “Terroristen als Personen im Recht?”, *ZStW* 117 (2005), págs. 838 y sigs.

¹⁶ Publicado en el libro de Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE, *Las condiciones de juridicidad del sistema penal. Derecho penal del enemigo y concepto jurídico-penal de acción en una perspectiva funcionalista*, Discursos de Investidura como Doctores Honoris

En sus últimos aportes sobre el Derecho Penal del enemigo, JAKOBS ha vuelto a resaltar compendiadamente la capacidad de rendimiento del concepto¹⁷, resumiendo además la relación del Derecho penal del enemigo con la capacidad de orientación jurídica¹⁸, así como destacando los conceptos de coacción jurídica y del poder de orientación de una institución normativa.¹⁹

C) En resumen: ¿Qué significa Derecho penal del enemigo en el momento presente?

1. Esencia: erosión de la seguridad cognitiva en la norma

A la vista de la exposición realizada, puede concluirse que el Derecho penal del enemigo es, tal y como lo concibe JAKOBS, un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro, desvaloradas por el legislador y que éste considera necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de supuestos (Derecho penal del ciudadano). La razón de ser de ese combate más agravado estriba en que dichos sujetos (“enemigos”) comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella (“personas en Derecho”) puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad. Esa explicación se basa en el reconocimiento básico de que toda institución normativa requiere de un mínimo de corroboración cognitiva para poder orientar la comunicación en

Causa por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima) leídos el Viernes 9 de Junio de 2006, Editora jurídica Grijley, Lima (Perú), 2007.

¹⁷ Günther JAKOBS, “¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?”, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO-ORTS, “Derecho penal del enemigo: algunas tesis fundamentales”, en *JuS. Doctrina & Práctica*, núm. 5, mayo de 2007, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, págs. 33 y sigs. (también en: Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editores, México D.F., 2008).

¹⁸ Günther JAKOBS, “An den Grenzen rechtlicher Orientierung: Feindstrafrecht”, manuscrito inédito, Bonn, 2008 (“Derecho penal del enemigo: en los límites de la orientación jurídica”, traducción española de Miguel POLAINO-ORTS, manuscrito inédito, 2008).

¹⁹ Günther JAKOBS, “Zur Theorie des Feindstrafrechts”, en Henning ROSENAU / Sangyun KIM (Comps.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit. Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog*, Peter Lang, Frankfurt, 2010, págs. 167-182. Traducción al español de Miguel POLAINO-ORTS: “Sobre la teoría del Derecho penal del enemigo”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO-ORTS, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho Penal del enemigo*, Ara Editores, Lima, 2011, págs. 31-55.

el mundo real. De la misma se deriva, no sólo un *derecho a la seguridad* (*Recht auf Sicherheit*), sino un verdadero derecho *fundamental* a la seguridad (*Grundrecht auf Sicherheit*).²⁰

2. Función de la pena: combate prospectivo frente a una fuente de peligro

La erosión de la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma determina que el legislador considere necesario, para mantener a salvo la seguridad colectiva, reprimir con especiales medidas asegurativas el déficit de reconocimiento de la estructura social que representa el enemigo. Esas medidas tienen como fundamento la especial peligrosidad del sujeto, de manera que la función de las mismas no es sólo la estabilización de expectativas normativas sino primordialmente la eliminación de un peligro.²¹

Ello produce que la pena se dirija más a proteger a la sociedad mediante la prevención de futuros actos lesivos (perspectiva *prospectiva*) que a reprimir conductas ya realizadas en el pasado (punto de vista *retrospectivo*). Con ese proceder, se produce un cambio de paradigma en la actuación del Derecho penal: la variación del punto de vista: de prestar atención preferente al hecho cometido se pasa a atender predominantemente al hecho que, en función de la peligrosidad actual del sujeto, éste puede llegar a cometer.

²⁰ Sobre ello, esencial, Josef ISENBERG, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1983, págs. 36 y sigs.; ID., “Der Terror und der Staat, dem das Leben lieb ist”, en ID. (ed.), *Der Terror, der Staat und das Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, págs. 83 y sigs. Resaltando la importancia del “derecho fundamental a la seguridad”, Carlos GÓMEZ-JARA DIEZ, “Constitución Europea y Derecho penal: ¿Hacia un Derecho penal federal europeo?”, en Silvina BACIGALUPO / Manuel CANCIO MELIÁ (eds.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pág. 204.

²¹ FEIJOO lo ha explicado de manera muy gráfica al afirmar que ese tipo de medidas asegurativas (él se refiere a las medidas de seguridad y corrección, que –a nuestro juicio– son ejemplos prototípicos de normas contra enemigos) “no se diferencia (n) normativamente de la colocación de un muro de contención en una zona propensa a inundaciones o un pararrayos en una localidad especialmente afectada por tormentas”. Vid. Bernardo José FEIJOO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997, pág. 31.

3. *Enemigo versus persona en Derecho*

La terminología que JAKOBS emplea es de cuño sociológico-sistémico (funcionalista), pero que goza de gran predicamento en el devenir histórico de la Filosofía liberal europea. Conforme a ella, la “persona en Derecho” representa a los ciudadanos respetuosos con el Derecho mientras que los “enemigos” son aquellos sujetos que, despersonalizándose parcialmente, se apartan de manera duradera del reconocimiento del Derecho, con lo que impiden que las personas en Derecho puedan tener razonable confianza en que el Derecho mantenga su vigencia.

De dicha situación de falta de prestación de la mínima seguridad cognitiva de respeto a la norma responde exclusivamente el propio sujeto, esto es, el “enemigo” (la despersonalización es siempre autodespersonalización), y es valorada positivamente por el legislador penal, quien –en todo caso– únicamente limita algún aspecto de la esfera de libertad del sujeto, manteniendo un amplio espectro de la personalidad de aquel (a los sujetos que se asocian con un fin terrorista se les trata como enemigos en el sentido de que se limita su libertad de actuación –ya el hecho de asociarse se considera delictivo–, pero no se le excluyen otros muchos derechos, como el de ser juzgado en un proceso justo y con garantías, asistencia letrada, etc.). En tanto autodespersonalización (parcial) del autor, éste puede zafarse de esa situación de “enemistad” de manera muy simple: aportando la mínima prestación de respeto al Derecho y a las personas fieles a la norma, de manera que, de tal modo, se libraré de la limitación de su esfera de libertad que el legislador prevé para esos casos agravados.

En todo caso, como el mismo JAKOBS se encargó de señalar, la noción funcionalista de enemigo no es peyorativa, sino descriptiva, pues designa un déficit ya desvalorado por la norma. Por lo demás, es evidente que el concepto funcionalista de enemigo no se corresponde, pues, con una noción política ni pseudoreligiosa del término sino con una realidad ya *normativamente definida*.

4. *Técnicas propias del Derecho penal del enemigo*

Para el combate de dichas situaciones de despersonalización el ordenamiento jurídico prevé, de acuerdo con un principio de proporcionalidad

constitucionalmente establecido, un conjunto de medidas más enérgicas o asegurativas. Entre esas características propias del Derecho penal del enemigo se encuentran:

1) La *técnica del adelantamiento* del momento en que el Derecho penal entra en acción a un *estadio anterior* a lo que sucede en los casos normales de Derecho penal del ciudadano. En el delito de asociación ilícita o terrorista, *v. gr.*, se sanciona a unos sujetos ya en el momento en que se conciertan con el fin subjetivo de cometer un delito, sin esperar a que en efecto lleven a cabo alguno de los delitos terroristas con cuyo fin se asocian. Así lo establece de manera expresa el legislador argentino al incriminar las asociaciones ilícitas (art. 210 CP de la Argentina), las asociaciones ilícitas terroristas (art. 213 ter CP de la Argentina) o los delitos de tenencia ilegítima de materiales o armas de fuego (art. 189 bis CP de la Argentina).²² En estos casos, el legislador *no espera* a que la asociación ilícita o terrorista *cometa realmente* —o, al menos, comience la ejecución de— los *delitos-fin* (aquellos con cuya finalidad se reúne) sino que considera que la *mera pertenencia* a la banda o la *mera conformación* de la asociación criminal o delictiva produce ya, *de facto*, una desestabilización social, siendo necesario punir esa empresa criminal de manera anticipada. Lo mismo sucede con la punición de la posesión de sustancias peligrosas, armas de fuego, etc.: el legislador no espera a que el poseedor lleve a cabo un uso —un abuso, un mal uso— de esos objetos peligrosos, sino que adelanta la represión penal a un momento anterior (a la posesión) para combatir esa conducta ya como socialmente perturbadora.

2) La *restricción de la esfera de libertad* del sujeto a quien se combate en favor del mantenimiento de la seguridad colectiva. Así, en el mencionado delito de asociación ilícita a los sujetos que se asocian —“enemigos”— se les restringe su esfera de libertad de actuación, considerando punible algo que en condiciones normales sería ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido: el de asociación.

²² Un detenido estudio al respecto brinda Jorge Eduardo BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 2, 3ª. edic. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009, págs. 482 y sigs. (sobre tenencia ilegítima de materiales y de armas de fuego), 557 y sigs. (asociación ilícita), 581 y sigs. (asociación ilícita terrorista).

3) La *falta de reducción de la pena* de manera proporcional a la mencionada anticipación. En el mencionado ejemplo de la asociación ilícita, se sancionan en muchos ordenamientos, también en el argentino, dicha conducta anticipada como un delito ya consumado, esto es, como si los sujetos ya hubiesen cometido actos lesivos de carácter ilícito o terrorista contra bienes jurídicos concretos. La razón de ello radica en la creación, por parte de los sujetos que se asocian delictivamente, de un estado de *inseguridad cognitiva* en la vigencia de la norma, que impide a los ciudadanos respetuosos con el Derecho y las instituciones confiar razonablemente en la actualidad de la protección de sus bienes. Ejemplos de ese pensamiento lo hallamos en el mismo art. 213 ter CP de la Argentina, donde expresamente se alude al “propósito” de “aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”, conducta que está castigada con una pena de reclusión o prisión que oscila de 5 a 20 años (para el que toma parte en dicha asociación) y de 10 a 20 años (para el fundador o jefe de la misma), muy similar a la que el mismo Código penal argentino prevé, pongamos por caso, para el delito de homicidio (art. 79: de 8 a 25 años).

D) Tergiversaciones del Derecho penal del enemigo

La descripción realizada recién muestra qué es el Derecho penal del enemigo. Al menos, qué es el Derecho penal del enemigo para el autor que acuñó ese concepto, y a esa explicación hemos de atenernos si queremos someter a crítica dicho fenómeno. Por lo demás, cada autor es libre de aplicar ese concepto a la realidad normativa o imaginaria que considere conveniente, siempre que haga notar que “su” concepto de Derecho penal del enemigo no se corresponde con el “original”. Pero sucede que en la doctrina actual abundan las interpretaciones en las que se *desnaturaliza* la descripción original, atribuyendo al Derecho penal del enemigo en el sentido de JAKOBS características que no constan en su concepción o de las que, por poco que se lea la fuente original, consta lo contrario. Citemos algún ejemplo reciente para ilustrar cuanto afirmamos.

En un trabajo sobre el tema, aparecido en 2006, ha expuesto críticamente Kai AMBOS la noción de enemigo, refiriéndose expresamente a una distinción que JAKOBS no maneja: la pareja de conceptos “enemigo exterior” y “enemigo interior”. La diferencia entre ellos estriba, según AMBOS, en la pérdida de todos

los derechos o en el mantenimiento de alguno de los derechos. Según su opinión, el primero, el enemigo exterior, “puede tener también (*algún*) derecho; en todo caso, dispone de ciertos derechos asegurados por el Derecho internacional humanitario: *derechos mínimos* a un trato *humano*; no pierde estos derechos, no se quedará sin derechos”.²³ A juicio del mencionado autor, “algo completamente distinto sucede con el *enemigo interior*. Es un “disidente” en su propia sociedad. Enemigo interno es quien no vincula su propia existencia como individuo a una comunidad y no quiere integrarse en ella, quien no puede o no quiere atenerse a los valores fundamentales socialmente dominantes (...). El rechazo del otro, que amenaza la propia existencia e identidad, es un concepto constitutivo para el enemigo (...)”.²⁴

Materialmente este concepto de enemigo “interno” que da AMBOS presenta semejanzas con el concepto jakobsiano de enemigo, con lo que la referencia crítica es más que implícita. Sin embargo, AMBOS añade una frase en su definición de enemigo interno que dice lo siguiente: “El enemigo así determinado *no puede nunca* tener derechos”. Esta frase es, empero, radicalmente incompatible con la descripción que ofrece JAKOBS, en la que –como hemos visto– la restricción de la esfera de libertad del enemigo es puntual, de manera que el enemigo sigue conservando la mayoría de sus derechos, y –por supuesto– las garantías de un trato humano, respetuoso con los derechos fundamentales, etc. (características éstas que AMBOS reserva para el enemigo “exterior”).

En resumen, el concepto de enemigo interno propuesto por AMBOS no es comparable con el de JAKOBS, precisamente porque para éste *no existe enemigo que pierda de manera completa sus derechos*. Esta conclusión no es fruto de una interpretación personal mía ni una suposición imaginada que no consta de manera fehaciente en la obra de JAKOBS, sino algo que éste mismo autor afirma de manera expresa al comienzo de su primer estudio dedicado expresamente al tema del Derecho penal del enemigo: “incluso 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”.²⁵

²³ Kai AMBOS, “Feindstrafrecht”, *ZStrR* 124 (2006), pág. 10.

²⁴ Kai AMBOS, “Feindstrafrecht”, *ZStrR* 124 (2006), pág. 10.

²⁵ Günther JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, págs. 21 y sig.

Desde luego, cualquier autor se encuentra en su perfecto derecho de definir la noción de enemigo como prefiera, y –en su caso– de distinguir entre enemigo interior y exterior, pero lo que no parece razonable es hacer pretender que esa distinción y el contenido material de con que se le rellena tengan un *valor universal*, y que –por lo tanto– su definición propia se corresponda con la que ofrece JAKOBS, ni menos aun atribuir una descripción propia a otro autor, y criticar con ella la concepción que ese otro autor tenga del Derecho penal del enemigo. En resumen: si se quiere criticar el uso del concepto de enemigo en JAKOBS, así como el contenido que este autor le da a ese término, no puede emplearse el argumento de que ese concepto es contraproducente, erróneo o falso (o aun más: autoritario, antidemocrático, etc.) *precisamente por ser incompatible con el reconocimiento de derechos humanos*, ya que, como hemos visto, en JAKOBS consta expresamente lo contrario a lo que se critica.

Otro ejemplo de desnaturalización de la concepción original del Derecho penal del enemigo es, incluso, más reciente. Lo hallamos en un trabajo de KINDHÄUSER dedicado a la misma problemática y aparecido a mediados de 2006.²⁶ En él llega a sostener el autor que las anticipaciones de las barreras de punibilidad no son Derecho penal del enemigo, cuando hemos visto que esa técnica incriminadora es, desde su primera aportación en 1985, un aspecto recurrente e imprescindible en la descripción del fenómeno de Derecho penal del enemigo en JAKOBS. Desde luego, cada cual es libre de dar a “su” definición de Derecho penal del enemigo el contenido que considere pertinente, de acuerdo a su personal percepción de las cosas. También lo hacer JAKOBS, ofreciendo una definición que destaca por tener una base empírica incuestionable: dentro de esa base real, es palmario que entre los ejemplos del Código penal alemán a los que JAKOBS califica de Derecho penal del enemigo se encuentran los supuestos de punibilidad adelantada. Un autor puede proponer otro concepto de Derecho penal del enemigo, en el que los supuestos de punibilidad anticipada queden fuera de esa definición, pero lo que no parece lógico es criticar el Derecho penal del enemigo de JAKOBS negando que las anticipaciones formen parte, esto es, sean un fenómeno propio de su concepto de Derecho penal del enemigo, cuando consta que, en la construcción de ese autor, *sí lo son*. Ello supone, una

²⁶ Urs KINDHÄUSER, “Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein “Feindstrafrecht””, en Andreas HOYER / Henning Ernst MÜLLER / Michael PAWLIK / Jürgen WOLTER (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, págs. 81 y sigs.

vez más, desnaturalizar la concepción original que se critica, atribuyéndole elementos ajenos a la misma.

Hay muchos ejemplos más. Uno de ellos es recurrente en un sector de la doctrina, desde luego no especialmente preocupado en leer con una mínima atención la fuente original ni en respetar las características originales del término. Nos estamos refiriendo a la difundida tendencia a interpretar las reflexiones de JAKOBS en clave política, de manera que sus reflexiones (que, como se ha visto nacen de la descripción de fenómenos criminales propios de países democráticos de la actualidad) han llegado a ser tildadas de autoritarias e ilegítimas²⁷, y e incluso se ha llegado a compararlas con sistemas penales como el de la Alemania nazi. Ocurre ello cuando, por ejemplo, se equipara el concepto de enemigo en JAKOBS con el de Carl SCHMITT, cuando se considera que el enemigo como “no persona” en JAKOBS es inconstitucional por desconocer los derechos humanos, o cuando se considera que la “propuesta” de JAKOBS conocida como Derecho penal del enemigo es ilegítima *per se* por oponerse al concepto de Estado moderno y resucitar sistemas como el Derecho penal de autor o de la voluntad, propios de la época nazi. Desde luego dichas interpretaciones no se producirían si los críticos leyeran a JAKOBS y acertaran a entender qué entiende este autor por Derecho penal del enemigo. Con una rápida lectura, se darían cuenta de que para él, Derecho penal del enemigo es algo tan ubicuitario como el delito de asociación terrorista (cuya legitimidad y necesidad se defiende unánimemente, también por aquellos autores que califican el Derecho penal del enemigo como ilegítimo) y fenómenos tan conocidos como el de los delitos de peligro y las anticipaciones criminales, que nada tienen que ver con sistemas penales autoritarios, sino todo lo contrario: se trata de fenómenos propios de las democracias modernas. Sobre este particular volveremos en la conclusión de este trabajo.

Si el Derecho penal del enemigo tuviera todas las características que estos críticos de JAKOBS le atribuyen, sin duda sería rechazable, ilegítimo y autoritario. Pero sucede que muchas de esas atribuciones no constan en el original, sino que consta lo contrario. Por ejemplo, no consta que el enemigo

²⁷ Así, por ejemplo, con profundo desconocimiento de la Dogmática penal funcionalista, Francisco MUÑOZ CONDE, “Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español en el 2003: De la “tolerancia cero” al “Derecho penal del enemigo””, *RECJ*, núm. 2, 2005, págs. 23, 28, 31 (accesible en internet: <http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>).

pierda todos sus derechos y sea vulnerado en su dignidad mediante tortura o trato degradante, sino que consta que, no obstante su despersonalización parcial, únicamente se le restringe algún ámbito de su libertad, como al ladrón se le restringe su esfera de libertad ambulatoria o como al condenado a pena de multa se le merma su patrimonio. En fin, si fueran ciertas todas las características que se atribuyen al Derecho penal del enemigo, éste sería tan rechazable como dicen sus críticos. Pero eso no es Derecho penal del enemigo, o –por mejor decir– no es el Derecho penal del enemigo tal como lo describe JAKOBS: éste tiene unos componentes que algunos críticos se empeñan en desconocer. Mientras perdure esa situación, el entendimiento no es posible, pues se manejan conceptos diversos de Derecho penal del enemigo, dándose la falsa sensación además de que el Derecho penal del enemigo no es lo que JAKOBS dice que es, sino lo que los críticos quieren, criticándose a la postre un concepto que ha sido objeto de desnaturalización y tergiversación en relación al concepto “original”. No hace falta añadir nada más al respecto, pues salta a la vista que una interpretación de ese calibre se aleja de lo que razonablemente deber entenderse por crítica o discusión científicas.

E) El Derecho penal del enemigo en el pensamiento de Jakobs: ¿evolución o ruptura?

La evolución de las reflexiones de JAKOBS sobre Derecho penal del enemigo ha provocado en la doctrina penalista una crítica casi unánime mediante la cual se denuncia una supuesta ruptura en cuanto al modo en que JAKOBS concibe y afronta ese fenómeno criminal. En efecto, es lugar común afirmar que mientras en su primer trabajo su postura respecto del Derecho penal del enemigo sería eminentemente *crítica*, en los últimos tiempos habría pasado a *justificar* de algún modo la existencia de ese tipo de normas.²⁸

²⁸ Así, por ejemplo, Cornelius PRITTWITZ, “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?”, *op. cit.*, págs. 110 y sig. quien aprecia entre las aportaciones de 1985 y de 1999 “un cambio de sentido”; Kai AMBOS, “Feindstrafrecht”, *ZStrR* 124 (2006), págs. 13,19, quien considera que JAKOBS ha pasado de un “nivel analítico-descriptivo” a uno “legitimante”: “Es un paso de concepto descriptivo y crítico-denunciatorio a uno *legitimador-afirmativo* del Derecho penal del enemigo”. Cfr., también, Luis GRECO, “Über das so genannte Feindstrafrecht”, *GA* 2006, págs. 100 y sigs. En cambio, como aquí, Miguel POLAINO NAVARRETE, “Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht”, en Michael PAWLIK / Rainer ZACZYK (Comp.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln – Berlin – Bonn – München, 2007, págs. 529 y sigs.

Este debate, al que nos vamos a referir con mayor detenimiento en el apartado siguiente, a mí personalmente me parece gratuito. Porque no llega a verse bien cual es la razón por la cual no pueda hablarse en términos legitimantes de unas normas realmente existentes en países democráticos, que han sido aprobadas por sus respectivos parlamentos (representantes de la soberanía popular) y que –por tanto– ya están legitimadas por quien debía hacerlo: el legislador democrático de cada Estado. Presupuesto que sea cierto que JAKOBS, además de describir, legitima (que, además, a mi juicio no lo es), pareciera que no debiera ser causa de alarma el hablar en tono neutral, o incluso afirmativo-justificante, de unas normas que tienen presunción *iuris tantum* de legitimidad, tanto en el aspecto material como en el formal, de manera que despliegan su legitimidad y se aplican a diario en el ordenamiento jurídico hasta tanto el órgano legítimamente establecido para ello (el Tribunal Constitucional) no declare la inconstitucionalidad de esa concreta norma de Derecho penal del enemigo y la expulse del ordenamiento jurídico por no ser acorde con sus principios fundamentales, esto es, por ser estructuralmente disfuncional. Hasta que ello no suceda, todas las normas existentes en el ordenamiento constitucional son legítimas, y hablar de ellas dando por sentada su legitimidad no debería ser motivo suficiente para rasgarse las vestiduras ante una supuesta ilegitimidad que no consta, o de la que consta lo contrario.

III. ¿Existe el Derecho penal del enemigo en los ordenamientos actuales?

A) Normas penales de Derecho Penal del enemigo

Una vez que sabemos qué es para JAKOBS el Derecho penal del enemigo hemos de verificar si las características que el citado autor predica de esa construcción se dan en normas de la realidad en otros ordenamientos democráticos (como España o la Argentina) o si son fruto de la imaginación de ese autor. Nos interesa ahora saber si en la actualidad, en los ordenamientos penales de países democráticos del presente, existen o no normas de Derecho penal del enemigo o si su existencia es meramente hipotética o imaginaria (como en el ejemplo literario del galeote GINÉS DE PASAMONTE con que iniciamos estas reflexiones). Veamos tres ejemplos actuales: las medidas de seguridad penal, los llamados delitos de posesión y los denominados delitos de estatus.

1) Empecemos por las *medidas de corrección y seguridad*, instrumentos penales sobre cuya legitimidad y conveniencia existe práctica unanimidad

en todas las legislaciones y países del mundo. Se trata, como es sabido, de medidas que se imponen por regla general a sujetos inimputables, o –junto a una pena– a aquellos sujetos imputables que presentan un alto grado de peligrosidad. Una grande tipología abarca estas medidas en la actualidad: internamiento en centros de deshabitación, alejamiento del hogar familiar por parte del agresor doméstico, privación de la licencia de porte de armas, etc.

La doctrina suele afirmar que las medidas de seguridad, precisamente porque se orientan por la personalidad del autor, desempeñan una función de *prevención especial*: así, el internamiento en un centro de desintoxicación o deshabitación está especialmente dirigido a un sujeto que presenta ese tipo de peculiares circunstancias. Sin embargo, el aspecto de la orientación subjetiva a la personalidad del sujeto no es exclusivo de ese tipo de medidas: como sucede en las normas de Derecho penal del enemigo, también existe un componente colectivo, que se cifra en el mantenimiento de la seguridad colectiva. Así, en esas medidas de internamiento mencionadas, se reduce la esfera de libertad de un sujeto (a quien se priva de la libertad con un fin de curación, etc.) pero al mismo tiempo se reafirma la protección de la seguridad cognitiva que las personas en Derecho tienen en la vigencia de la norma.

Las medidas de seguridad no sólo se dirigen contra los supuestos de especial peligrosidad en los que recorta la esfera privada de un sujeto para mantener la seguridad de los ciudadanos en general, sino que en ellas se produce también un *adelantamiento* de la actuación del Derecho penal que determina, como sucede en las normas de Derecho penal del enemigo, un cambio de paradigma (prospectivo por retrospectivo), atendándose más al hecho futuro que al hecho ya realizado. Así, no sólo se priva a un sujeto de la licencia para portar armas de fuego porque la usó de manera incorrecta en el pasado, sino especialmente porque la puede usar indebidamente en el futuro, esto es, porque para la Sociedad es un peligro que ese sujeto porte ahora, *de facto*, pero *pro futuro*, un arma de fuego. Igualmente, al agresor familiar no sólo se le impone una medida asegurativa de alejamiento del hogar familiar y de incomunicación con la víctima por lo que hizo en el pasado, sino porque *de facto* el legislador corrobora la existencia del peligro de que en el futuro pueda reiterar un comportamiento ilícito frente a la pareja, etc. En definitiva, no se espera a que el sujeto llegue a cometer otro hecho delictivo, sino que se adelanta la barrera de actuación del Derecho penal a un ámbito en que el peligro aun no se ha mate-

realizado. Por ello, concurre también aquí otra característica de las normas de Derecho penal del enemigo: la anticipación de la sanción, con el fin de atajar el peligro lo más pronto posible, en evitación de males mayores.

En resumen, las medidas de corrección y seguridad comparten los criterios definitorios de las normas de Derecho penal del enemigo, hasta el punto de que aquéllas son encuadrables en éstas. Como ha reconocido la doctrina de manera implícita, en las medidas de seguridad se aprecian los mismos rasgos que en la descripción que JAKOBS ha hecho del Derecho penal del enemigo.²⁹ Quizá la opinión más clara que pueda invocarse sea la de ROXIN, quien afirma que “(n) o hace falta una amplia exposición para destacar que las medidas de seguridad y corrección... son *fruto* del pensamiento del Derecho penal *de autor*”, porque “se han desarrollado a partir de la teoría de la *prevención especial* de Liszt... y se orientan por principio totalmente a la *personalidad del autor*”. Además, continúa el renombrado autor, como las medidas de seguridad “no requieren culpabilidad, hay un amplio retroceso del hecho concreto como fundamento de la responsabilidad”, y destaca que no deja de ser “cierto que se han introducido *garantías* propias del Estado en el sistema de medidas de seguridad, y en esa medida tampoco son aquí totalmente *irrelevantes* el hecho y el peso del mismo. Pero en comparación con la pena –concluye ROXIN– *se han invertido los signos: la personalidad del autor está en primer plano* y el hecho sólo sirve para dar lugar a la sanción y para impedir excesos *desproporcionados* en su aplicación”.³⁰ En resumen, las medidas de seguridad son, netamente, normas de Derecho penal del enemigo según la descripción jakobsiana.

2) En segundo término, podemos citar los llamados *delitos de posesión*, en los que se presenta la problemática adicional de la determinación de la conducta típica incriminada³¹, en tanto que se incrimina la mera posesión o

²⁹ Así, expresamente, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª. edic. revisada y ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pág. 165: “(e) l Derecho del enemigo sería (...) ante todo el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos”.

³⁰ Todas las citas corresponden a Claus Claus ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, *op. cit.*, 4. Aufl., 2006, § 6/23 (*Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *op. cit.*, trad. de la 2ª. edic., 1997, pág. 189). *Cursivas* añadidas.

³¹ Sobre la problemática de estos delitos, Friedrich-Christian SCHROEDER, *La posesión como hecho punible*, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, Cuadernos de Conferencias y Artículos Núm. 34, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado

tenencia de un objeto, precisamente por la *peligrosidad latente* que el mismo significa: tenencia de armas, posesión de material pornográfico, posesión de maquinaria para la falsificación de moneda, etc., sin necesidad de esperar a que con tales objetos se cometa un (ulterior) acto delictivo. El Código Penal de la Argentina no es ajeno a la incriminación de esta clase de tipos delictivos: así, el art. 189 bis CP incrimina como delito la posesión o tenencia ilegítima de determinados materiales peligrosos, como por ejemplo, armas de fuego. Su “simple tenencia”, sin la debida autorización, genera ya una desestabilización normativa acreedora de sanción penal.³² También estos tipos delictivos son ejemplos de normas de Derecho penal del enemigo³³, porque en ellos se anticipa el momento en el que el Derecho penal entre en acción a una situación previa a la previsible lesión inminente posterior, considerándose delictiva ya la mera tenencia de una cosa sin esperar a que el sujeto poseedor haya hecho un uso (abuso o mal uso) del objeto peligroso poseído: dicho sea brevemente, el tenedor de la cosa ya no da la mínima seguridad normativa de comportarse como persona en Derecho respetuosa de los derechos de los demás y –por ello– se limita coactivamente parte de su personalidad prohibiéndosele poseer objetos peligrosos que, de otro modo (dando esa mínima seguridad), hubiera podido poseer con normalidad. En resumen: la *interacción sujeto poseedor-objeto peligroso poseído* es vista por el ordenamiento jurídico con recelo³⁴: como un foco de peligro (enemistad jurídica) y no como un acto de trato normal entre ciudadanos.

3) En tercer término, nos podemos referir a los denominados *delitos de organización o estatus*.³⁵ En ellos, se considera especialmente peligroso a un sujeto que se halla revestido de cierta cualidad fundante, por ejemplo: la *mera*

de Colombia, 2004; y más recientemente, Nuria PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2005, págs. 15 y sigs.

³² Jorge Eduardo BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 2,3ª. edic., cit., pág. 483.

³³ Más extensamente sobre ello, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 66 y sig., 174 con nota 102,214 y sigs, en parte con alguna referencia crítica a la monografista y especialista del tema Nuria PASTOR.

³⁴ Resaltando la condición de delito de propia mano, Carlos BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, tomo II, *El sistema de la Parte Especial*, vol. 2, *Delitos contra bienes jurídicos colectivos*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2005, pág. 668.

³⁵ Nuria PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de status*, op. cit., págs. 15 y sigs.

pertenencia a asociaciones ilícitas (art. 210 CP de la Argentina) o a asociaciones terroristas (art. 213 ter CP de la Argentina), sin necesidad de que realice algún hecho punible adicional que lesione efectivamente algún otro bien jurídico protegido. En estos delitos de estatus se sanciona a un sujeto que tiene el estatus de ser miembro de la asociación (“por el solo hecho de ser miembro de la asociación”, dice el art. 210 CP de la Argentina³⁶), sin que sea necesario que realice el delito con cuya finalidad se reúnen: si lo hace, cometerá un delito diferente. Por ello, en los delitos de organización u estatus se considera punible un acto que, en sí sería inocuo y aun ejercicio de un derecho fundamental (el de asociarse u organizarse) por los fines delictivos que muevan a esa asociación, y por la lesión de la seguridad que para la sociedad la misma asociación entraña.³⁷ En estos delitos se sanciona, pues, la conformación de una *organización idóneamente delictiva*. En esta estructura típica, el *organizativo es fundamental*: como afirma certeramente Jorge Eduardo BUOMPADRE, “una sola persona, aun cuando cometa delitos con la finalidad de provocar terror en la población (p. ej., colocar una bomba en una plaza pública), no cometería este delito”.³⁸ Por ello, en los delitos de organización, se sanciona a los sujetos por tener el estatus de miembros de esa asociación terrorista con fines delictivos, pero no porque hayan ni siquiera principiado la realización de tales hechos punibles a los que se aspira. A este respecto, señala con razón BLANCO LOZANO que “el delito de asociación ilícita se consuma independientemente de los delitos que a través de la organización se cometan, apreciándose en tales casos el concurso de delitos”³⁹: con la incriminación de los delitos de estatus *no se penalizan, pues, los delitos cometidos a través de la organización sino la organización como delito*.

³⁶ Cfr. Jorge Eduardo BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 2, 3ª. edic., cit., pág. 580, quien señala que “la conducta de “tomar parte” (ser miembro de la asociación) no exige, por sí, una actividad material sino la de estar intelectualmente en el concierto delictivo que se forma o unirse al ya formado; o sea, coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos asociativos”.

³⁷ Fundamental, Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978; José Luis GUZMÁN DALBORA, “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, en *RDPC*, núm. 2, UNED, Madrid, 1998, págs. 153 y sigs.

³⁸ Jorge Eduardo BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 2, 3ª. edic., cit., pág. 582.

³⁹ Carlos BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, tomo II, vol. 2, cit., pág. 618.

En fin, los ejemplos mencionados (casos de terrorismo, criminalidad violenta o altamente organizada), que destacan por su ubicuidad en los ordenamientos actuales de países democráticos, muestran bien a las claras que el Derecho penal del enemigo, tal y como JAKOBS lo define, tiene una existencia real y definida en los ordenamientos democráticos modernos, que emplean este tipo de normas más agravadas con carácter de excepcionalidad. En todo caso, la excepcionalidad de estas medidas, más rigurosas que las aplicables a las relaciones entre “ciudadanos”, no empece a la evidencia de que esas normas de Derecho penal del enemigo existen realmente y que las mismas son acordes a las directrices del Estado de Derecho (y si no lo fueran, son —como cualquier otra norma del Estado— susceptibles de ser declaradas inconstitucionales por el órgano imparcial legítimamente previsto para ello).

B) ¿Evolución o ruptura?

Los críticos de JAKOBS han intentado encontrar un tono diferente en las aportaciones de ese autor desde su primer trabajo de 1985 hasta los de la “segunda” época (que podríamos datar del año 1999 hasta 2008). En aquella “primera” fase, dicen los críticos, JAKOBS se movía en un plano denunciatorio, descriptivo y crítico. Ahora, en los trabajos posteriores, habría pasado a uno afirmativo, legitimador y justificante.

A mi juicio, no es cierto que exista una ruptura lógica ni argumentativa en el JAKOBS de la “segunda” época en relación a sus aportaciones primeras. Personalmente considero que las aportaciones recientes son una continuación, una depuración si se quiere, de las reflexiones de veinte años atrás. Ello se puede ver, muy claramente, si se lee detenidamente la primera aportación sobre criminalizaciones anticipadas (1985) y cualquiera de los trabajos actuales. En aquel entonces explicaba el autor el fenómeno del Derecho penal del enemigo como lesión de las normas de flaqueo. Esa referencia contenía ya en su base, incluso de manera explícita, la referencia a la erosión de la confianza cognitiva, concepto que más remarca JAKOBS en la actualidad para explicar su concepción del Derecho penal del enemigo.

Puede ilustrarse esa continuidad del discurso jakobsiano en el ejemplo del concepto de norma: ya en 1985 sostenía JAKOBS que “una norma es eficaz

si presta lo que ha de prestar: aseguramiento de las expectativas⁴⁰, y “para ello es necesario que la norma sea reconocible *ex ante* como estable por el potencialmente afectado⁴¹, de manera que su definición no depende sólo de los *autores potenciales* de delitos, sino también de los *sujetos potencialmente afectados*. Así, argumentaba el autor que “(s) i se acepta el enunciado de que la vigencia de la norma no sólo depende de la conducta de los autores potenciales, sino también de lo que esperan los afectados, resulta evidente que la vigencia de la norma puede verse dañada no sólo por quebrantamientos de la norma, entendidos en su sentido habitual, sino también por cualquier menoscabo de la confianza de los afectados”.⁴² La referencia al *menoscabo en la confianza* de los afectados como parte integrante de las expectativas sociales normativamente garantizadas no es otra cosa que predicar que “toda institución normativa requiere de una cierta corroboración cognitiva si pretende dirigir la orientación real⁴³, y –por tanto– “la expectativa requerirá (...) de un aseguramiento cognitivo si pretende dirigir la orientación”.⁴⁴

Por lo demás, tampoco debe ser motivo de alarma el hecho de que el autor cifre el aspecto central del fenómeno del Derecho penal del enemigo en la lesión a las normas de flaqueo ni en la erosión de la seguridad cognitiva que han de tener los ciudadanos en la vigencia de la norma si quieren desarrollar su personalidad en Derecho y si quiere prosperar el concepto de Sociedad. Y no debe ser motivo de alarma porque la misma fundamentación ha encontrado firmes defensores en la doctrina, incluso en algunos autores, como ZAFFARONI, que hoy se presentan como vehemente críticos del Derecho penal del enemigo. En efecto, este autor defendía en los años 80 que el Derecho desempeña la “función de seguridad jurídica”, que se centraba en el “aseguramiento de la co-existencia⁴⁵, esto es, en asegurar “relaciones de disponibilidad” para que cada sujeto pueda disponer de lo necesario para realizarse como persona.⁴⁶

⁴⁰ Günther JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo...”, *op. cit.*, pág. 314.

⁴¹ Günther JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo...”, *op. cit.*, pág. 314.

⁴² Günther JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo...”, *op. cit.*, pág. 314.

⁴³ Günther JAKOBS, “Prólogo” a Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, pág. 18 (traducción del prólogo a José Antonio CARO JOHN).

⁴⁴ Günther JAKOBS, “Prólogo” a Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, pág. 16.

⁴⁵ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, tomo I, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁶ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, tomo I, *op. cit.*, p. 45.

Esa seguridad jurídica tiene, según el autor, un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo: en relación al primero dice ZAFFARONI que se trata de “un concepto material y no formal, porque no se agota en una garantía abstracta, sino en una garantía concreta de disponibilidad”⁴⁷; además de ese aspecto, se encuentra uno de carácter subjetivo: “el sentimiento de *seguridad jurídica*”⁴⁸, esto es, la *seguridad cognitiva* en la norma de que habla JAKOBS. Sólo materializando ambos aspectos objetivo y subjetivo, como propone JAKOBS y como proponía ZAFFARONI, se está ante un Estado democrático. Es más, precisamente en ello reside, a juicio de este último autor, la diferencia entre una dictadura y una democracia: la materialidad de ese aseguramiento (objetivo y subjetivo) “es la que marca la diferencia entre el Estado social de derecho y el Estado “gendarme””⁴⁹. Como puede verse, la argumentación con que ZAFFARONI fundaba su opinión décadas atrás es la misma que ahora fundamenta la necesidad de existencia racional de un Derecho penal del enemigo como garantía del Estado de Derecho: si antes era fundamentación marcaba la diferencia entre un Estado democrático y uno autoritario no llega a entenderse bien por qué razón ahora se convierte, según esta opinión crítica, en algo directamente desechable en el Estado de Derecho.

En resumen, en mi opinión, en el pensamiento de JAKOBS no hay ruptura, sino plena evolución: no sólo no hay propuesta ni legitimación en el discurso de JAKOBS, sino que éste ha seguido una línea plenamente lógica y coherente, sin cambiar de registro a lo largo de su evolución. Por lo demás, los fundamentos de su explicación son coherentes con el Estado de Derecho, como han reconocido autores hoy críticos con la reflexión de JAKOBS.

C) ¿Descripción o propuesta?

En el aire queda, en todo caso, la utilidad del debate en torno a si JAKOBS únicamente describe o si también propone la existencia de este tipo de normas agravadas para la lucha de las situaciones de criminalidad en que se

⁴⁷ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, tomo I, op. cit., p. 45.

⁴⁸ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, tomo I, op. cit., p. 45.

⁴⁹ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, tomo I, op. cit., p. 45.

erosiona de manera intolerable la confianza de los ciudadanos en la vigencia del Derecho. A la vista de la batería de normas encuadrables en lo que JAKOBS denomina Derecho penal del enemigo, podrá arribarse fácilmente a la conclusión de que las reflexiones en torno a ese fenómeno criminal tienen una base empírica incuestionable, pues su denominación surge precisamente de la observación de normas ya existentes de las que inductivamente se extraen unos principios comunes inspiradores. En ese sentido, el Derecho penal del enemigo no surge como *propuesta* sino como *descripción*, o lo que es lo mismo, *tiene un carácter descriptivo y no prescriptivo*, entre otras cosas *porque no puede proponerse lo que ya ha sido propuesto y aprobado* por quien tenía la potestad para ello: los legisladores de los modernos Estados democráticos occidentales.

Lo cierto es que no se ve bien la razón por la cual dicha apreciación, si fuera cierta (que, en mi opinión, no lo es), pudiera ser motivo de reproche o de crítica. Los ejemplos de Derecho penal del enemigo a que se refiere el autor alemán (algunos tipos de peligro, la custodia de seguridad, el delito de asociación terrorista, etc.) son conocidos en la doctrina penal, han sido aprobados por un legislador democrático, que representa a la soberanía popular y un Tribunal imparcial –el Tribunal Constitucional– decide en última instancia sobre su adecuación a la Constitución o no; esto es, se trata de tipos delictivos ya legitimados por quien tenía la potestad para hacerlo. Por ello, no debería ser extraño que la doctrina, los jueces, etc. traten a esas figuras como legítimas, porque realmente tienen presunción de que lo son. Pero es que además, lo que hace JAKOBS tampoco es legitimar esas figuras de Derecho penal del enemigo. Únicamente constata su existencia, analiza sus características, y extrae inductivamente unos principios descriptivos sobre *cómo va* la Política criminal en la actualidad.

Es hasta cierto punto enigmático que la valoración de un fenómeno con una existencia real manifiesta pueda haberse presentado, por numerosos críticos, como la propuesta *de lege ferenda* que hace un autor para hacer frente a casos especialmente lacerantes, como el terrorismo islámico. Entender de manera prescriptiva el Derecho penal del enemigo únicamente puede entenderse por esa suerte de “olvido” de cómo ese fenómeno criminal es explicado en la concepción de JAKOBS. En este sentido, no deja de ser sintomática la difundida suposición de que el Derecho penal del enemigo surge precisamente como propuesta para combatir el terrorismo islámico, en concreto después de

los ataques terroristas del 11-S. Esa errónea suposición ha contribuido en no escasa parte a la mala prensa del Derecho penal del enemigo, pues en base a esta suposición se ha llegado a identificar ese ordenamiento con una suerte de sistema vengativo y represor, de marcada tendencia autoritaria, no respetuoso de los derechos humanos, y que suponía un paradigma de la arrogancia del imperialismo yanqui.

Sin embargo, como hemos visto, la identificación del Derecho penal del enemigo con las reacciones ante el terrorismo islámico tras el 11-S supone una tergiversación de la figura original del Derecho penal del enemigo, que desnaturaliza por completo su configuración primaria. Por ello, ante no pocas de las críticas a JAKOBS se tiene la impresión de que, por lo general, se desconocía que ese autor hubiera empleado ese concepto ya con anterioridad, y –en todo caso– probablemente en la mayoría de los casos se desconocía a qué supuestos se refería JAKOBS y qué significa para él el concepto de Derecho penal del enemigo. Otra cuestión es si realmente son necesarias esas normas de Derecho penal del enemigo. A la problemática de si *deben existir* esas normas dedicamos el siguiente apartado.

IV. ¿Debe existir el Derecho penal del enemigo?

A) *¿Descripción versus prescripción?*

Como queda apuntado, de la pregunta sobre la existencia objetiva de normas de Derecho penal del enemigo en los ordenamientos democráticos de la actualidad se deriva otra cuestión relacionada, de mayor alcance: la relativa a si ese conjunto de normas excepcionales *debe o no existir*. Esta cuestión interroga, en efecto, sobre la *legitimación* del Derecho penal del enemigo, esto es, sobre algo que excede a la capacidad de decisión y al ámbito de competencia del jurista, que es ante todo un observador de la realidad.

La doctrina ha centrado el debate en la diatriba acerca de si JAKOBS, además de describir, también justifica de alguna forma la existencia de ese tipo de normas. Descripción *versus* legitimación es, pues, la cuestión que más preocupa a los críticos del Derecho penal del enemigo. Hace no mucho tiempo, en el coloquio que siguió a la ponencia de JAKOBS en las últimas jornadas de penalistas alemanes celebradas en Frankfurt (Oder) en Mayo de 2005, el autor

alemán fue interrogado insistentemente sobre si añadía algún componente legitimante a sus descripciones sobre la materia. En aquella oportunidad, JAKOBS afirmó que sus reflexiones contenían un “95%” de descripción, y sólo un “5%” de prescripción. La salida irónica del autor probablemente dejara indiferentes o insatisfechos a sus críticos, quizá deseosos de escuchar el puro descriptivismo de sus reflexiones como remedio para tranquilizar sus conciencias.

Pero, además, la diatriba entre descripción y prescripción referida a unas normas jurídicas existentes es falsa y confundidora. Los críticos creen que la cuestión problemática se salva, en todo caso, eliminando todo componente prescriptivo, de manera que la reflexión se agote en la descripción. Esta postura yerra en la perspectiva porque intenta atribuir al observador una cualidad legitimante de lo que ya existe y, por tanto, de lo que ya está legitimado. A quién corresponde legitimar la norma jurídica (y, por ello, también el Derecho penal del enemigo) es una cuestión aparte en la que ahora nos centramos.

B) ¿Quién legitima el Derecho penal del enemigo?

La Sociedad es, como es sabido, acuerdo normativo.⁵⁰ La norma conforma la estructura social dotándola de un fundamento normativo. Ello se hace en función de las expectativas sociales. La Sociedad ha de valorar, conforme a sus preferencias, qué expectativas sociales han de ser protegibles, de manera que aquellas que lo sean, rellenarán de contenido a las normas de esa Sociedad. Las normas *reales* son las normas *vigentes*, y ello significa que esas expectativas que mantienen la vigencia son las normas *idóneas* para orientar las conductas sociales. Pues bien, la legitimación de una norma (también de una norma de Derecho penal del enemigo) presupone que la norma es vigente, que se aplica en la realidad y que tiene una vigencia *hic et nunc*, aquí y ahora; por ello, la legitimación de la norma no depende de un observador, sino de las propias condiciones de vigencia del sistema, esto es, de la estructura social. En fin, *una norma será legítima si es una expectativa es actual*.

⁵⁰ Sobre ello, fundamental, Günther JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997 (2. Aufl., 1999). Más extensamente sobre ello, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 115 y sigs.

La legitimidad de las normas de Derecho penal del enemigo a que se refiere JAKOBS no depende de él, como observador, ni de ningún otro autor. Depende del legislador que, en función de las expectativas socialmente protegibles, haga una selección de las preferencias de ese Estado y plasme esa selección en las normas jurídicas. Su legitimidad viene, por tanto, dada del hecho de que las expectativas sociales que ella protege sigan manteniendo su actualidad. Las normas de Derecho penal del enemigo son, en tanto existentes en un Estado democrático, normas plenamente legitimadas por quien debía hacerlo: el delito de asociación para delinquir, por ejemplo, existe (y es legítimo) porque existe la expectativa social de que una conducta de tal calibre no puede quedar impune, porque, si así quedara, impediría el desarrollo de la personalidad por parte de los sujetos respetuosos con la norma: si la conducta de que unos sujetos se asocien con un fin ilícito o terrorista fuera impune, considera el legislador que los demás ciudadanos respetuosos con la norma perderían su confianza, su seguridad cognitiva en que la norma les va a seguir protegiendo ante ataques ilegítimos, y por ello selecciona esa expectativa y cree preferible y conveniente sancionarla, reduciendo la esfera de libertad de los sujetos asociados para mantener la seguridad colectiva de toda la Sociedad.

En definitiva, el debate entre descripción y prescripción está desenfocado y no aporta más luz a la cuestión. La legitimación de las normas jurídicas es independiente de la valoración de un observador: las normas no son legítimas porque un autor las describa, sino porque la expectativa siga siendo vigente. Sobre ello un observador tiene poco que decir. Y en ese sentido, cuando la expectativa es actual y la norma, según el legislador, legítima, *debe existir* el precepto en cuestión, si es que se quiere tener un equilibrio entre estructura normativa y Sociedad en que la norma se integra. Si la expectativa no fuera actual, esto es, si las normas son internamente disfuncionales, entonces las instancias legitimadas para ello (y no sólo un autor individual), retirarían esa norma por ilegítima, esto es, porque la actualidad de la expectativa que protege ya ha perdido su vigencia. Es lo que ha sucedido, recientemente, con el § 14.3 de ley alemana de seguridad del tráfico aéreo (*Luftsicherheitsgesetz*), que fue declarado anticonstitucional, precisamente por resultar *disfuncional* con los preceptos de la Ley Fundamental de Alemania.

V. ¿Por qué existe el Derecho penal del enemigo?

A) *La erosión de la seguridad cognitiva de la norma como ratio essendi de las normas penales contra enemigos*

Las tres cuestiones a que nos hemos referido hasta ahora se refieren a la explicación de qué significa Derecho penal del enemigo (*qué es*), a la constatación objetiva de su existencia en la actualidad (*existe* un Derecho penal del enemigo) y a la constatación de situaciones de peligro en las que, según el legislador, existe una expectativa normativa que mantiene su actualidad y que hace necesario combatir esas situaciones con instrumentos propios del Derecho penal del enemigo (*debe existir*, pues, según el criterio del legislador, un Derecho penal del enemigo). La última cuestión fundamental a la que queremos prestar nuestra atención es relativa a la *ratio essendi* del fenómeno del Derecho penal del enemigo: la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la vigencia de la norma. Ella explica el por qué unos supuestos de especial peligrosidad se sancionan de manera más agravada que otros.

En efecto, al margen de la constatación objetiva de normas que presentan los caracteres del Derecho penal del enemigo y de la conveniencia de su existencia (*existe* y *debe existir*) es necesario explicar el por qué de su existencia. Al inicio de estas páginas mencioné un ejemplo literario que a mí me parece ilustrador. Ya al hacer referencia a ese ejemplo, señalé el aspecto central que explicaba la razón del trato diferente concedido a GINÉS DE PASAMONTE y al resto de galeotes. La misma explicación que CERVANTES ponía en boca de los guardianes (“porque no iban seguros dél”) resumía la *ratio essendi* del trato diferencial: la erosión que sufría, por mor de la peligrosidad latente que ese sujeto representaba, la seguridad cognitiva en que la norma siguiera siendo actual y siguiera manteniendo, por tanto, su vigencia para los guardianes y para el resto de personas en Derecho.

En las páginas anteriores hemos visto ejemplos actuales de normas de Derecho penal del enemigo cuyos criterios inspiradores difieren de los criterios aplicables para los supuestos de relaciones entre ciudadanos: al sujeto que se concierta con otros con fines terroristas se le restringe su libertad (y no se le restringe a quien se concierta con fines benéficos), al maltratador familiar se le prohíbe acercarse a su víctima y se le conmina a abandonar y a mantenerse alejado de su vivienda familiar (limitaciones éstas de derechos fundamenta-

les que no se imponen para los autores de un delito de lesiones no obstante cometer el *mismo* hecho objetivo), etc. La razón de ese trato diferencial (como “enemigos” y no como “ciudadanos”) reside en el propio respeto a la constitución del Estado y a los demás como personas en Derecho. Ello requiere de una explicación más pormenorizada, que realizamos a continuación.

B) El deber mínimo de civilidad

La constitución social no tiene lugar como una mera suma de individuos, de entes individuales. Es una realidad más compleja que se articula a través de normas jurídicas.⁵¹ A través de ellas, los sujetos tienen derechos y deberes (y, en ese sentido, son “personas en Derecho”). Pero las normas jurídicas desempeñan una función aun de mayor calado: posibilitan el desarrollo del mundo social, porque suponen una *institucionalización de las expectativas sociales* y porque *constituyen un modo fiable de orientación de conductas*. La norma es el modelo o patrón oficial que indica a qué deben atenerse los ciudadanos. Éstos, si quieren ser ciudadanos responsables y fieles al Derecho, han de adecuar su comportamiento a los patrones oficiales que son las normas. Pero, además, la norma, que ha de ser reconocible *ex ante* como portadora de expectativas sociales normativamente protegidas, le concede a los ciudadanos una garantía esencial para el desarrollo de su personalidad: la garantía de que pueden vincular su bienestar personal (social), esto es, la garantía de sus derechos no van a quedar desprotegidos, a pesar de la eventual infracción normativa, porque la norma sigue siendo vigente y la expectativa que ella contiene, actual.

De esa aparentemente compleja, pero –en el mundo actual– lógica dinámica explicativa, se deduce un *deber básico* de todo ciudadano: el deber de hacer, de prestar algo, para constituir (co-constituir) por su parte la estructura social. Ésta no es, como sabemos, la mera suma de individuos, sino una realidad que se conforma con la *prestación personal* de cada sujeto. Ese *algo*,

⁵¹ Günther JAKOBS, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts?”, *ZStW* 107 (1995), págs. 843 y sigs. (*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 25). Al respecto, más ampliamente, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 115 y sigs.

esa prestación personal de cada ciudadano es lo que he denominado *deber mínimo de civilidad*.⁵² Todo sujeto, para poder ser miembro de la estructura social (persona en Derecho) ha de prestar una mínima seguridad de respeto al Estado, a la estructura social, y a los demás integrantes del grupo social, como fundamento para el desarrollo y el bienestar general. En palabras de JAKOBS: “(t)odo ciudadano está en la obligación de colaborar, de un modo general, al “funcionamiento” de la juridicidad”⁵³ y esa obligación es un deber de co-actuar, cooperar y de co-constituir (*mit-machen*). En definitiva, es un deber que se resume en la conocida máxima hegeliana: “sé persona y respeta a los demás como personas”.

Por supuesto que, en el esquema descrito, el sujeto sigue teniendo como base de su actuación un amplio componente de libertad. Se trata del conocido paradigma de la *libertad de actuación* que tiene como contrapartida la *responsabilidad por las consecuencias*.⁵⁴ Todos los sujetos son libres de actuar como quieran: sin libres de adecuar su conducta al patrón oficial (la norma) o de defraudar ese patrón mediante la lesión de las expectativas que en él se contienen. En ambos casos, el sujeto responde por sus consecuencias: en el primero, esto es, si respeta en líneas generales la norma, sintiéndose orientado por ella (aunque de manera incidente, como un “desliz reparable”, pueda ha-

⁵² Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 135 y sigs.

⁵³ Günther JAKOBS, “Prólogo” a Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 15.

⁵⁴ Günther JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1991, § 28/13 y sigs.; Id., *Die strafrechtliche Zurechnung von tun und Unterlassen*, Opladen, 1996, págs. 7 y sigs., 19 y sigs.; Id., “Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, en Claus-Wilhelm CANARIS et al. (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Verlag C.H. Beck München, 2000, págs. 29 y sigs.; Id., “Teoría y praxis de la injerencia”, en Id., *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, págs. 14 y sigs.; últimamente, Id., “Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung”, *ZStW* 117 (2005), págs. 259 y sigs.; Urs KINDHÄUSER, “Fundamentos y sistemática de los delitos contra los derechos patrimoniales”, traducción de José Antonio CARO JOHN, en Urs KINDHÄUSER, *Estudios de Derecho penal patrimonial*, José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO (Editores), Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2002, pág. 24. Sobre la interacción entre derecho y libertad, también, Pilar GONZÁLEZ RIVERO, “El fundamento de las penas y las medidas de seguridad”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coordinador), *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 66.

berla infringido), responde de ello, al ser tratado con las garantías propias del ciudadano; en caso contrario, cuando se erige en exterminador de la norma, no prestando su garantía mínima de respeto de los demás como personas en Derecho, también responde de su actuación, a saber: soportando las consecuencias normativas (más agravadas, más asegurativas, que el legislador prevé para los casos de erosión intolerable de la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma).

El tránsito del primer al segundo estadio (de ciudadano a enemigo) es, lógicamente, axiológico-normativo: es el legislador, y no un autor (observador), el que decide, de acuerdo a las expectativas sociales, cuándo se respeta el deber mínimo de civilidad (“sé persona y respeta a los demás como personas”) y cuándo se infringe: por ejemplo, el autor de un delito de lesiones es “ciudadano”, porque –pese a su desliz incidental– se sigue orientando en líneas generales por el respeto a la norma; no es “ciudadano”, sino “enemigo”, el autor de un delito de violencia de género, porque –aunque haya cometido la misma acción objetiva, a saber: golpear a otro– continúa siendo un peligro, un impedimento, para que la víctima pueda desarrollar su personalidad, su proyecto social: por eso, se le imponen medidas contra enemigos especialmente agravadas, que limitan su esfera de libertad personal (prohibición de comunicación o acercamiento a la víctima, prohibición de residencia en un lugar, abandono del hogar familiar, etc.). En el caso del desdichado GINÉS DE PASAMONTE: éste es tratado como un “enemigo” porque no prestaba ese mínimo deber de civilidad, sino lo contrario: el resto de ciudadanos respetuosos en lo esencial del Derecho “*no iban seguros dél*”, esto es, el mismo representaba una amenaza constante que les impedía a aquéllos desarrollarse como personas en Derecho. De ahí que fuera necesario, según las leyes de la época, imponerle “tantas más prisiones que los otros”.

C) Consecuencias de la erosión del deber mínimo de civilidad

Si el sujeto no cumple con su mínimo deber de colaboración (*mit-machen*), entonces se despersonaliza parcialmente, siendo tratado por el ordenamiento jurídico como un enemigo (maltratador familiar) y no como un ciudadano (autor de delito de lesiones). Y ello porque la falta de cumplimiento de su mínima obligación como ciudadano (“sé persona y respeta a los demás como personas”) es desvalorada, según el criterio axiológico-normativo oficial (estatal, de

acuerdo a su estructura normativa), por el ordenamiento jurídico, estableciendo para esos casos medidas más agravadas, mediante las cuales se pretende *forzar* lo que *debió prestarse, pero no se prestó*, a saber: la seguridad cognitiva y la garantía mínima de respeto de la estructura social y de la personalidad de los ciudadanos fieles a la norma.

El forzamiento de la seguridad cognitiva mediante medidas especialmente asegurativas contra enemigos se hace, según el legislador, necesario, porque la seguridad cognitiva es *condicio sine que non* para el ejercicio de la personalidad. Ya sabemos que la norma tiene una estructura compleja, en la que no sólo se tiene en cuenta el aspecto del quebrantamiento (del autor) sino también el de la víctima (su confianza en que la norma sigue vigente: esto es, la seguridad cognitiva en que el Derecho le ampara). Por eso, la erosión de la seguridad cognitiva dificulta e, incluso, imposibilita el desenvolvimiento de la vida social.

Resumidamente puede decir que tres son las consecuencias principales de la lesión de la seguridad cognitiva en el Derecho⁵⁵:

a) En primer lugar, esa erosión supone un *atentado* contra la *razonable confiabilidad* en la *norma* como *modelo de orientación social*, precisamente porque el sujeto peligroso que no presta la mínima garantía de respeto del deber de civilidad lesiona no sólo el aspecto objetivo (lesión de bienes jurídicos) sino también el subjetivo (confianza en la vigencia y en la actualidad de la norma), de manera que, por razón de dicha inseguridad cognitiva, los ciudadanos ya no se encuentran cognitivamente amparados por la mínima seguridad de que sus bienes y derechos van a ser protegidos. Las normas de Derecho penal del enemigo ponen de manifiesto que es necesario, según el legislador, aplicar un criterio más agravado que el del Derecho penal del ciudadano, precisamente para mantener la confianza colectiva en la vigencia de la norma, esto es, porque –como diría JAKOBS– de la estructura de la norma no sólo forma parte el aspecto del quebrantamiento (punto de vista del autor) sino el aspecto de la confianza (punto de vista de la víctima), o –para decirlo con

⁵⁵ De manera más detenida, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 1328 y sigs.

palabras de ZAFFARONI— el legislador considera necesario establecer normas de Derecho penal del enemigo para garantizar “el sentimiento de *seguridad jurídica*”⁵⁶ de los ciudadanos.

b) En segundo término, con la producción de inseguridad cognitiva por parte del sujeto peligroso se *incapacita* la función de la norma como *medio de orientación de conductas*, porque —no existiendo ya garantía de que la norma mantiene su vigencia— la expectativa socialmente protegida deviene inactual, perdiendo la norma su virtualidad para fungir como modelo oficial o vehículo de expresión de las expectativas socialmente tuteladas.

c) Finalmente, y de manera coherente con lo anterior, mediante la despersonalización del sujeto peligroso (“enemigo”) se imposibilita la *realidad de la juridicidad completa*. Siendo presupuesto de ésta el pleno desarrollo de la personalidad dentro de los parámetros socialmente razonables, dicha juridicidad resulta impedida cuando no se dispone de la garantía suficiente de que el sujeto (enemigo) se va comportar como persona, lo cual implica respetar a los demás como personas en Derecho. En los casos de Derecho penal del enemigo, eso es expresamente negado, y en favor del mantenimiento de la posibilidad de juridicidad completa, se considera necesario arbitrar medidas asegurativas de mayor contundencia que las aplicables a las relaciones entre ciudadanos respetuosos con la norma, precisamente como medio para que esa juridicidad *sea posible*, esto es, *sea una realidad razonablemente aceptada*.

En resumen, ante la falta de prestación de la mínima garantía cognitiva, se hace necesario, a los ojos del legislador, *forzar* la garantía de seguridad cognitiva con medios especialmente combativos cuando esa garantía no se presta *motu proprio* por el sujeto. Y todo ello porque la prestación de la seguridad mínima de respeto a los demás como personas es un presupuesto del que se hace depender el desenvolvimiento de la vida comunitaria.

⁵⁶ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, tomo I, op. cit., p. 45.

VI. Conclusión: la ubicuidad democrática del Derecho penal del enemigo (o ¿Por qué el Derecho penal del enemigo no es, en las democracias, ilegítimo per se?)

A lo largo de este trabajo hemos abordado cuatro cuestiones básicas: *qué es, existe, debe existir y por qué existe* el Derecho penal del enemigo. De la exposición realizada ha quedado claro el carácter de ubicuidad democrática de esas normas, con lo cual ha de rechazarse enérgicamente la difundida crítica que identifica la construcción del Derecho penal del enemigo con sistemas injustos o autoritarios. De hecho, el planteamiento de una distinción entre Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano únicamente tiene sentido, como acertadamente ha señalado GRACIA MARTÍN, en las democracias, pues en los regímenes autoritarios “se puede decir que en realidad toda la legislación está prendida por una antorcha de guerra contra enemigos”.⁵⁷

Con ello, no se quiere negar que en los regímenes autoritarios se haga uso de normas de Derecho penal del enemigo. Al contrario. El Derecho penal del enemigo, en tanto conjunto de normas, existe tanto en las dictaduras como en las democracias. Pero el problema en las dictaduras es de raíz. Las normas de Derecho penal del enemigo no son ahí ilegítimas porque el Derecho penal del enemigo lo sea *per se*, sino por el déficit de democracia que caracteriza a esos países. En definitiva, mientras en las dictaduras todas las normas (las del enemigo y de las del ciudadano) son *ilegítimas per se*, en las democracias todas las normas (las del enemigo y las del ciudadano) son *legítimas per se*, y tendrán esa presunción de legitimidad formal y material hasta tanto no se declare, por el Tribunal imparcial legítimamente establecido para ello, lo contrario. En última instancia, ahí, en la posibilidad de un control de legalidad objetivo e imparcial, reside la diferencia entre una dictadura y una democracia.⁵⁸

Por lo demás, llama poderosamente la atención la existencia de una extraña unanimidad en la doctrina contraria a la legitimidad de las reflexiones jakobsianas en torno al Derecho penal del enemigo. Pero no menos extraño

⁵⁷ Luis GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo””, en *RECPC*, 07-02 (2005), p. 4 (<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>), pág. 4.

⁵⁸ Sobre ello, con mayor detenimiento, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 202 y sigs.

resulta que los críticos de Derecho penal del enemigo no propongan correlativa y coherentemente la desaparición de las normas concretas del Derecho penal del enemigo a que JAKOBS califica como pertenecientes a tal fenómeno. Porque, desde luego, no puede explicarse coherentemente que se califique el Derecho penal del enemigo *in totum* como ilegítimo, pero se defienda la legitimidad del delito de asociación para delinquir, los delitos de pertenencia a banda armada, las medidas de alejamiento contra delincuentes peligrosos, las medidas de seguridad, etc., u otras figuras como el bloqueo de contacto entre acusado peligroso y otras personas (previsto en numerosas legislaciones procesales penales contemporáneas).

A este respecto, rememoraba el Prof. JAKOBS la reacción que, en un foro científico, tuvo con un conocido penalista cuando fue interrogado por la legitimidad y la necesidad del Derecho penal del enemigo: su respuesta fue que no era legítimo ni necesario, porque ya con los instrumentos ahora existentes (anticipación de la punibilidad, incriminación del consorcio para delinquir, delitos de pertenencia a banda armada, custodia de seguridad..., esto es, exactamente eso a lo que el mismo JAKOBS califica como Derecho penal del enemigo) se podía combatir correctamente esa forma de criminalidad especialmente peligrosa. Y es que, como añadía con humor (con buen humor), el Prof. JAKOBS *[para qué queremos vino, si ya tenemos jugo de uva fermentado!]*⁵⁹

⁵⁹ Günther JAKOBS, "Prólogo" a Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 17.