

LOS ENEMIGOS DE JAKOBS

Isidoro J. M. Aramburú*

Introducción

Muchas naciones que reivindican la plena vigencia del Estado social y democrático de derecho en el mundo, han incorporado en su derecho positivo interno con rango constitucional tratados internacionales sobre Derechos Humanos, ese es el caso Argentino vía art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.

No obstante ello, que implica la exegesis pro homine del ordenamiento jurídico, muchas veces los Estados también instauran a través del ejercicio del *ius puniendi*, normas penales que parecen no adecuarse debidamente con aquellos valores fundamentales ubicados en la cúspide de la jerarquía normativa, que se refieren a los derechos esenciales del ciudadano y a las garantías que ponen límite al ejercicio del Poder Estatal.

En ese sentido y como sustento dogmático de apoyo a algunas de esas normas de dudosa constitucionalidad que acabamos de señalar, cabe mencionar la doctrina del derecho penal del enemigo desarrollada por el profesor y doctrinario germano Günther Jakobs que postula la diferenciación de categorías entre ciudadano y no ciudadano, merecedoras de dos estándares penales distintos que conviven en un mismo sistema, un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo.

Esta elaboración dogmática receptada por un amplio espectro de la ciencia del Derecho y por muchas Naciones, evidencia el decidido avance del *ius puniendi* ejercido por el Estado contra la criminalidad organizada internacional en especial desde los atentados en Nueva York y Washington (2001), Madrid (2004) y Londres (2005) y se caracteriza por el adelanto de la punibilidad a los actos preparatorios donde aún no se constata riesgo de lesión sobre bienes jurídicos protegidos, por la desproporción de penas que vulneran el principio de culpabilidad y por la mengua de ciertas garantías constitucionales, tales como los principios de reserva, proporcionalidad y legalidad.

* Abogado. Magister en Derecho Penal.

Este desarrollo teórico que como dijimos ha encontrado legitimación en parte de la doctrina y ha sido aceptado en muchos ordenamientos contemporáneos con diferente modalidad e intensidad, nos permite comprobar que en ciertos discursos y sistemas actuales, perdura indemne un pensamiento que creíamos extinto pero que mantiene vigencia. Hablamos de una ideología que cambia de forma y de ropa pero que en sustancia sigue viva y que parece contradictoria con el imperio del Estado de Derecho y los tratados internacionales de derechos humanos.

Decimos esto porque aparentes renovados discursos de hoy, llevan ocultos tras vistosos ropajes el germen de una antigua doctrina; “el fin justifica los medios” en miras a conservar el poder desarrollada por Maquiavelo¹ en el siglo XVI, y que fuera adoptada por conocidos personajes del siglo XX que llevaron al mundo al peor de los cataclismos, la guerra mundial. El término derecho penal del enemigo nos recuerda al *hostis* greco-romano, el extranjero enemigo que no merecía justicia, de modo que en la lógica de esa doctrina, vencer al enemigo implica eliminarlo, suprimirlo o desaparecerlo y en la ideología que subyace bajo la misma, los crímenes del adversario justifican los crímenes propios utilizando la misma o peor metodología, esa que se dice combatir y rechazar.

Ese y no otro fue el fundamento del Holocausto y del plan sistemático de represión ilegal dispuesto por la última dictadura militar en Argentina, pero también del crimen de guerra aun impune de Hiroshima y Nagasaki. De modo que para no caer en espejismos seductores y ver con claridad tras la bruma e interpretar la sustancia de la realidad tal cual es y no como se nos muestra, se presenta insoslayable rascar con rigor científico las costras grandilocuentes que la cubren, buscando respuestas desde el análisis de las propuestas de aquellos que instigan y proponen, para combatir al enemigo de hoy, un estándar especial de persecución penal contra el señalado por el poder como no persona o no ciudadano y por ende sin garantías de debido proceso.

Esa doctrina hoy es propuesta para darle pretendida eficacia a la lucha contra la criminalidad organizada transnacional, patentizada especialmente en el terrorismo, la venta de armas, la trata de personas y el narcotráfico, y esa propuesta inquietante, nos plantea el desafío de adoptar decisiones y políticas concretas teniendo presente que el fin no puede justificar los medios por la sencilla y clara razón de que los medios empelados determinan la naturaleza de los fines obtenidos.²

¹ Maquiavelo, Nicolás. *El principie*, 1513.

² Huxley Aldous. *El fin y los medios*. Sudamericana, Buenos Aires, 2000.

Ello no impide señalar que esa realidad criminal claramente existe en el mundo y también en nuestro continente sur americano y debe ser perseguida con todo rigor, esa debe ser la impronta de una decidida política criminal nacional, no vamos aquí a dejar margen de duda al respecto. Tales delitos repugnan la base misma de un Estado de Derecho social y democrático, ya que se ha dicho con certeza que dichos delitos que mueven masas dinerarias millonarias e inimaginables no solo son graves, violentos y conspiran contra el desarrollo libre e integral de los ciudadanos, lesionando bienes jurídicos esenciales que hacen a la dignidad humana, sino que también alteran y distorsionan el sistema económico de las naciones ya que dicha criminalidad organizada en muchos casos tiene más poder y recursos que los propios países donde operan burlando con facilidad los precarios sistemas y escasos recursos de control político criminal interno.

Y aquí queda trabado el punto medular de la presente investigación que abre una disyuntiva de hierro.

¿Esa criminalidad organizada, transnacional, peligrosa, potente, dañina, habilita al *ius puniendi* a establecer reglas de imputación especiales y tipos penales abiertos que lleven el adelantamiento de la punibilidad hasta actos preparatorios ubicados en márgenes inconstitucionales? ¿Es admisible un ordenamiento jurídico penal que instaure dos estándares diferenciados, uno para el ciudadano y otro para el enemigo que implique para este la pérdida de la categoría de persona y una mengua en las garantías constitucionales y lesión al debido proceso? Trataremos de dar respuesta a estos interrogantes realizando nuestro mejor esfuerzo, a partir de un análisis integral del *ius puniendi*, no solo desde la perspectiva dogmática y constitucional sino también desde el prisma procesal.

Como apreciación preliminar pensamos que la lucha contra la criminalidad organizada en la República Argentina puede encararse con seriedad y eficacia sin necesidad de apelar al Derecho Penal del Enemigo, para ello solo hace falta voluntad política, determinación y recursos, en esa línea habrá de llegar el día en que no habrá necesidad de abordar la temática que aquí nos convoca. Para ello también debemos entender con claridad que las necesidades de las potencias del hemisferio del norte no son las mismas que las nuestras, baste mencionar que repugna a nuestra idiosincrasia la mera posibilidad de la invasión o el sojuzgamiento de ningún pueblo del mundo en miras de apoderarnos ilegítimamente de recursos que no nos pertenecen, como tampoco se identifica con nuestra identidad cultural e idiosincrasia colectiva el rechazo a las culturas diferentes, todo lo contrario y por esa simple razón poseemos objetivos y desa-

fios distintos y ese es el motivo por el cual deberíamos ser cautos y prudentes a la hora de copiar doctrinas del mundo desarrollado, suponiendo que por ello son buenas, en especial cuando se trata de propuestas o teorías que vulneran el imperio incólume del Estado de Derecho.

Baste decir que por principio nuestra comunidad nacional creció bajo un distinto paradigma que el que guió desde siempre a las potencias que antes y después de nuestra independencia asecharon estas costas ya que los principios que impregnaron nuestra heredad por la tenacidad de los Padres de la Patria a contrapelo del axioma “*time is money*” se identificaron con valores espirituales antes que materiales.

Resistir y desechar la lógica de adoptar doctrinas extrañas y lesivas a nuestra mejor tradición, por moda o por seguir la línea del mundo desarrollado, implica adoptar con compromiso una actitud militante frente a una laceración a nuestra soberanía intelectual y política y no habremos de recordar aquí que consecuencias nefastas ha traído históricamente a nuestra Nación, abandonar nuestra autentica forma de ser y pensar prefiriendo lo extraño para ser cola de león civilizado como decidieron los vencedores de Caseros y sus herederos políticos hasta hoy.

Lejos estamos de caer en la necia actitud del que rechaza toda propuesta ajena porque a priori considera malo lo foráneo, si propugnamos receptor cualquier idea si nos place, previo analizarlas desde nuestra perspectiva original e independiente y aplicarlas, llegado el caso, siempre en clave constitucional desde nuestra original perspectiva autónoma.

Derecho penal del enemigo

Cuando Günther Jakobs sacude el mundo de la dogmática penal con su Derecho Penal del Enemigo³ (Feindstrafrecht), concepto que fue esbozado por primera vez en la ponencia presentada en el mundo académico por dicho jurista, en el Congreso de Profesores alemanes de Derecho Penal realizado en Frankfurt en 1985, pero especialmente en su desarrollo y evolución posterior al que nos referiremos aquí, concretamente al trabajo realizado en el año 2003,⁴

³ Jakobs, Günther. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. En: *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Madrid, Civitas, 1997.

⁴ Jakobs, Günther. *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo* (Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht). Civitas, Madrid, 2003.

conceptualiza el derecho como herramienta de vinculación entre los seres humanos en cuanto personas, al mismo tiempo que admite que tal afirmación no es más que una cómoda ilusión⁵ porque para otorgar vigencia y eficacia a la pretensión de que un vínculo jurídico se replique desde lo teórico en la concreta realidad, debe conformar necesariamente la configuración social.

En ese sentido, Jakobs explica que cuando un orden jurídico no dirige la conducta de las personas porque no las conmueve y no condiciona su comportamiento, es decir no logra la configuración de la sociedad, carece de realidad social, y ese fenómeno se reproduce en el derecho en sí mismo respecto de las situaciones que crea, por ejemplo respecto de la persona, de manera que si desaparecen efectivamente las expectativas serias de conducir o guiar la conducta de una persona, porque ese sujeto delinque grave y persistentemente, esa calidad, la de persona, degenera hasta convertirse en un mero postulado y allí aparece el sujeto que ha decidido abandonar el derecho, individuo peligroso que por propia decisión pierde el status de persona porque elige ser enemigo.

En esas circunstancias y respecto de ese tipo de criminal-enemigo, el Estado no solo impone una pena, sino que además y sobre todo le impide que siga cometiendo otros delitos en el futuro a través de la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad como respuesta a la peligrosidad del sujeto antes que a su culpabilidad, es decir que la decisión que la sociedad toma frente a ese enemigo, es, tal cual la propuesta de Kant, separarse de quien no quiere vivir bajo el imperio del ordenamiento jurídico y político que nace en la constitución, ese que perturba y amenaza de manera peligrosa.

Jakobs textualmente dice

*A quien persistentemente delinque una y otra vez, siendo sus delitos más que bagatelas, se le impide, en cuanto a un individuo peligroso (aparte de la imposición de la pena), cometer ulteriores hechos, concretamente, a través de la custodia de seguridad. Hablando en términos kantianos: hay que separarse de quien no admite ser incluido bajo una constitución civil.*⁶

⁵ Jakobs, Günther. *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*. Prólogo a la primer edición, Civitas, Madrid, 2003, p. 12.

⁶ Jakobs, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. Prólogo de la primera edición española, Madrid, España, Cuadernos Civitas, 2003, p. 14.

Para el citado autor, este esquema que denomina derecho penal del enemigo, está dirigido hacia un prototipo de criminal persistente y peligroso cuyo máximo exponente, sin descartar otros, es el terrorista, de esa manera explica que la denominación particular de este derecho no siempre pretende ser peyorativa, sino que “Ciertamente, un Derecho penal del enemigo es indicativo de una pacificación insuficiente; sin embargo, ésta no necesariamente debe achacarse siempre a los pacificadores, sino puede que también a los rebeldes.”⁷

Cabe destacar que cuando el autor alemán se refiere al delincuente persistente y peligroso, no solo señala al terrorista sino también a los que han decidido ingresar a la criminalidad organizada vinculada a los delitos económicos y el narcotráfico sin cerrar allí la lista ya que también incorpora a los sujetos que cometen delitos de lesa humanidad.

Derecho penal como dos polos antagónicos en un mismo universo, es decir que conviven simultáneamente dos políticas criminales, una dirigida hacia la culpabilidad del ciudadano buscando restablecer la vigencia plena de la norma cuestionada y otra dirigida a combatir y eliminar la peligrosidad amenazante del sujeto considerado enemigo.

*Por consiguiente, no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros.*⁸

Este derecho penal que distingue dos polos de un mismo universo, construye un derecho penal para el ciudadano, es decir para los sujetos inmersos dentro de la criminalidad ordinaria a quien se le impone una pena pero dentro del debido proceso y manteniendo todas las garantías, y otro derecho penal sin garantías ni debido proceso, reservado para el criminal persistente y peligroso

⁷ Jakobs, Günther, *Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del Enemigo*. Madrid, España, Cuadernos Civitas, 2003, p. 22.

⁸ Jakobs, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, España, Cuadernos Civitas, 2003, p. 22.

que no alcanza la calidad de persona, es decir para el enemigo a quien se le aplica, no solo una pena, sino también una medida seguridad.

Como conclusión en su balance, Jakobs a pesar de las críticas opta frente a un dilema similar al estado de necesidad, y se conforma con el mal menos intenso advirtiendo que es mejor aceptar el Derecho Penal del Enemigo como una realidad indetenible pero encorsetado, limitado de manera precisa, antes que soportar su expansión incontrolable fuera de la emergencia sobre el derecho penal ordinario, como un daño colateral innecesario: “Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo.”⁹

Jakobs señala que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la seguridad de los ciudadanos y que estos tienen derecho a exigirle el goce efectivo de ese derecho y en ese camino señala sin subterfugios que

*quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aun como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraria el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto seria completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana.*¹⁰

En este marco, el autor que aquí concita nuestra atención, identifica solo dos límites a este derecho penal de excepción, por un lado el enemigo no pierde su aptitud a ser propietario de cosas y por otro lado, “el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer, sino que debe contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de Paz.”¹¹

De modo que la reacción del ordenamiento jurídico frente a estos enemigos, se caracteriza

⁹ Jakobs, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 64.

¹⁰ Jakobs, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 51.

¹¹ Jakobs, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, España, Cuadernos Civitas, 2003, p. 33.

*por la circunstancia de que no se trata en primea línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.*¹²

Es decir que este derecho penal extraordinario adelanta la barrera de punibilidad a los actos preparatorios, por principio general no punibles en razón de que el derecho penal de acto, respetuoso del principio de reserva (art. 19, CN) exige la exteriorización de una conducta para que tenga relevancia penal. Y ese adelantamiento se funda en que el enemigo ejerce su amenaza de peligro de modo permanente y persistente y entonces el Estado debe reprimirlo antes de que actúe, cambiando los criterios de imputación, de modo tal que se aleja del derecho penal de acto y se instala de lleno en el de autor.

Otro rasgo característico es que este adelantamiento de la punibilidad se dirige a comportamientos que están lejos de provocar lesión alguna a un bien jurídico tutelado, visualizándose en los tipos penales receptados, que la puesta en peligro es cada vez más abstracta, alejada de todo riesgo jurídico e impregnada del criterio de peligrosidad, y por otro lado, que ese adelantamiento no se corresponde de manera proporcional con una mengua en la escala penal respectiva y esa vulneración al principio de proporcionalidad nos lleva también a un resentimiento del principio de culpabilidad.

En el derecho penal del enemigo no hay comunicación simbólica entre el Estado y el delincuente ordinario como afirma el mismo Jakobs, sino mera coacción para garantizar la seguridad del Estado y de la ciudadanía, neutralizando la amenaza actual y futura que pueda generar el individuo peligroso.

Desde esta perspectiva, no solo se contempla retrospectivamente el hecho del pasado sometido a proceso, sino sobre todo hacia el futuro en virtud a esa tendencia y potencialidad innata de ciertos sujetos rebeldes e imprevisibles a cometer delitos de manera sistemática en perjuicio de la sociedad, sujetos que por esa impronta personal pierden el status de persona por libre voluntad, dejando paso al individuo peligroso que debe ser neutralizado por el ius puniendi por lo que pueda hacer en el futuro.

¹² Jakobs, Günther, ob.cit., p. 40 y 41.

Justamente, ese derecho penal de autor que mira hacia el futuro porque parte de la peligrosidad del sujeto, en lo que atañe al derecho penal ritual, dentro de las medidas probatorias habilitadas durante la pesquisa, encontramos medidas especiales de investigación, la mayoría de ellas invasivas de la privacidad de las personas, tales como las intervenciones de las telecomunicaciones y otras metodologías excepcionales, vinculadas a la intervención de agentes encubiertos, testigos con identidad reservada, entregas vigiladas etc. Técnicas especiales porque de otro modo no se podría conocer lo que piensa el sujeto peligroso para que el *ius puniendi* pueda adelantarse a las conductas ilícitas que pueda desplegar en el futuro.

Es decir toda la prueba se endereza a conocer los movimientos previos del sujeto reputado peligroso, antes del hecho criminal que se espera que haga, para justamente conocer su pensamiento, sus ideas, sus planes, y por eso es importante, que el poder jurisdiccional disponga por ejemplo en la lucha contra el narcotráfico el agente encubierto (art. 31 bis, Ley N° 23737) en el entorno del sujeto sospechoso, para que se gane su confianza, le delate los planes de la organización, le confiese el momento y el lugar donde ha de producirse el hecho ilícito, y finalmente encarcelarlo antes de que actúe.

De allí también, que frente al enemigo, sean tan importantes las escuchas telefónicas, ya que sin estas, es prácticamente imposible punir, por ejemplo por el delito de confabulación en la ley de drogas, y esa prueba, por regla general ilícita, pero que fundada en el modo en el que lo exige el art. 236 del CPP y el precedente Quaranta de la CSJN puede ser ordenada lícitamente por un magistrado con el debido fundamento, y ese tipo de pruebas muchas veces permite, conocer el plan y ante la primera conducta realizada por el sujeto, aunque a priori resulte lícita y durante los actos preparatorios pueda ser encarcelado antes de que comience la ejecución del injusto.

Con la entrega vigilada (art. 33, Ley N° 23737) tiene lugar un plan delictivo en curso de ejecución que es conocido por el poder jurisdiccional y sin embargo este no actúa porque la política criminal prefiere actuar en un momento más avanzado del *inter criminis* con el fin de punir un espectro más extenso de criminalidad, como sucede cuando tiene identificado un cargamento de estupefaciente que está siendo transportado de un lugar a otro y se espera a su arribo para poder encarcelar a los destinatarios del mismo que planifican distribuirlo.

Por otro lado se constata un recorte en ciertas garantías procesales, como ser que a diferencia de lo que impone nuestro sistema interamericano de Derechos Humanos donde sin importar la naturaleza y gravedad del injusto, la regla

es la libertad durante el proceso hasta que una sentencia firme fulmine el principio de inocencia y declare culpable a un sujeto y lo condene, el derecho penal del enemigo establece la prisión preventiva como regla y no como excepción ante la existencia objetiva de riesgo procesal, ya que este individuo peligroso “con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir se conduce, en esa medida, como enemigo.”¹³

También se morigera el derecho de defensa en juicio, ya que con institutos como el denunciante y el testigo de identidad reservada, se impide que el imputado, pueda conocer quiénes son las personas que lo señalan de ese modo, y ello lógicamente, mengua sus posibilidades de defensa, por la vulneración del principio de juicio controvertido.

Las regulaciones del proceso más extremas del derecho penal del enemigo se vinculan al terrorismo y a la criminalidad organizada e incluyen la negativa a que el imputado cuente con asesoramiento legal, las detenciones sin fundamento expreso, la producción de prueba sin noticia ni control del imputado y su defensa, las incomunicaciones y secreto sumario prolongados.

*Las regulaciones del proceso penal del enemigo se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas. En ese contexto puede bastar una referencia a la incomunicación, es decir a la posibilidad, de entrar en contacto un preso con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de una persona.*¹⁴

Resumiendo, el concepto de *derecho penal del enemigo* se refiere al no ciudadano considerado tal porque no existe esperanza de que adecue su comportamiento con la expectativa, es decir con la norma penal y esa expectativa defraudada confiere un status agravado de peligrosidad permanente que abre el cerrojo que conduce hacia el estándar penal especial para enemigos que lucha contra un peligro futuro y por eso morigera las garantías constitucionales.

Alcanzada esa etiqueta, el derecho penal del enemigo se proyecta respecto de ese no ciudadano, adelantando la barrera de punibilidad a momentos anteriores a la tentativa, antes que comience la ejecución del delito que se propon-

¹³ Jakobs, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, España, Cuadernos Civitas, 2003, p. 46.

¹⁴ Jakobs, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. Hammurabi, Buenos Aires 2007, p. 46.

ga, es decir en los actos preparatorios, ello como política criminal de prevención frente a un riesgo latente aunque se esté aún muy lejos de un resultado no ya que lesione sino que ponga en riesgo o peligro abstracto un bien jurídico.

Seleccionado el sospechoso de esa manera y rotulado de enemigo, se lo somete a proceso penal sin pleno goce de garantías constitucionales vinculadas al debido proceso. Estas se flexibilizan o lisa y llanamente se anulan, como por ejemplo los principios de inocencia, legalidad y reserva. En esa instancia se compromete seriamente el principio de defensa en juicio, ya que se habilita un amplia liberalidad y discrecionalidad para la obtención de la prueba muchas veces en contra de principios constitucionales básicos y porque se recurre a extremos probatorios que no puede fiscalizar o controvertir el sujeto reprochado, todo ello además de la extensión de las penas más allá de lo que imponen los principios de proporcionalidad y culpabilidad, a pesar del adelantamiento de las barreras de punibilidad que se propone.

Fundamento iusfilosófico

El derecho penal del enemigo enunciado por Jakobs encuentra fundamento iusfilosófico, en el contractualismo, es decir en la corriente de pensamiento que funda el Estado mediante la ficción de un contrato que, si es infringido por un individuo, este deja de participar de los beneficios de la Constitución civil, y cualquiera sea el delito “cualquier malhechor” es considerado enemigo. El criminal que viola el contrato pierde los derechos estatuidos en el mismo porque declara la guerra, rompe voluntariamente los lazos de la relación jurídica que lo unían con la sociedad y pierde el status de miembro del Estado. Ese hombre es culpable por traidor a la patria y debe ser eliminado, no como ciudadano, sino como enemigo.

En el marco de esa doctrina Rousseau afirma:

todo malhechor, al atacar el derecho social, se transforma por sus fechorías en rebelde y traidor a la patria, y con la violación de sus leyes cesa de ser un miembro de ella, incluso le hace la guerra. Desde ese momento la conservación del Estado es incompatible con la suya, siendo necesario que uno de los dos perezca, muriendo el culpable menos como ciudadano que como enemigo. El proceso y el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, de que ha dejado de ser miembro del

*Estado. Habiéndose antes reconocido como tal, al menos para su permanencia, debe ser separado por el destierro como infractor del pacto, o por la muerte como enemigo público, ya que semejante enemigo no ya una persona moral, es un hombre, y es en este caso cuando el derecho de guerra de matar al vencido tiene realidad.*¹⁵

Pero debe advertirse que con base en esa teoría, Jakobs prefiere a Hobbes y a Kant que a diferencia de Rousseau, no todo “malhechor” es enemigo, y el status de ciudadano lo conservan aquellos que no se desvían por principio, esto es, el criminal común. Por el contrario, el sujeto que representa una amenaza persistente y que niega la Constitución vigente y se rebela contra la misma incurriendo en traición a la Patria, es decir el rebelde que no merece ser tratado como persona, es enemigo.

Recordemos que para Hobbes el contrato se celebraba entre ciudadanos, no entre estos y el soberano, de modo que este queda fuera del mismo y su poder es omnipotente. Para este pensador la pena también es el precio por violar el contrato y no por ello se pierde el status de ciudadano, y a su vez en contra del pensamiento de Locke que pretendía poner límites al poder del Príncipe en beneficio del incipiente poder de la burguesía y receptaba el derecho de resistencia al tirano,¹⁶ niega todo derecho de resistencia contra el soberano, de modo tal que quien adopta posición rebelde y se subleva al orden impuesto pierde la ciudadanía y pasa a ser enemigo y por ello debe irse o ser eliminado. Porque cualquier conato de sublevación puede provocar una recaída en el estado de naturaleza. Estas son sus palabras:

El daño infligido a quien es un enemigo declarado no cabe bajo el nombre de pena (...) y en la hostilidad declarada, infligir cualquier daño es legítimo. De lo que se sigue que si un súbdito niega la autoridad del Representante de la republica de hecho, o de palabra, a conciencia y deliberadamente (sea cual fuere la pena previamente ordenada para la traición), debe legítimamente hacerle sufrir lo que el representante quiera. Pues negando el sometimiento

¹⁵ Rousseau, Jean-Jaques, “El contrato social” 1762, Capítulo V, título “Del Derecho de vida y muerte”.

¹⁶ Locke, John. “Segundo Tratado sobre el gobierno civil” Capítulo XVIII “De la tiranía” Nota 207, 1689.

*niega el castigo ordenado por la ley; y por tanto, sufre como un enemigo de la república, esto es, según la voluntad de su representante. Porque los castigos enunciados en la ley se refieren a los súbditos, no a los enemigos, como son quienes –tras haber sido súbditos por su propio acto– se rebelan deliberadamente y niegan el poder soberano.*¹⁷

Como se señaló, Kant, coincide con Hobbes en cuanto a la inexistencia de derecho de rebelión, pero también en cuanto a que no todo crimen implicaba sedición por violar el contrato y con ello la vuelta al estado de naturaleza donde impera la guerra entre los hombres. Kant pensaba que la incontrastable existencia de pueblos en ese estado de anarquía y violencia (estado de naturaleza) ya de por sí era una amenaza permanente y por ello el soberano, con derecho, podía obligarlos a ingresar al contrato como presupuesto de la paz, o exigirles que se alejaran y si no lo hacían a eliminarlos.

*el hombre –o el pueblo– en el mero estado natural me arrebatara esta seguridad y me lesiona, ya solo al estar a mi lado y en ese estado, aunque no estuviera activo, sino únicamente por la falta de leyes de su estado, que supone una amenaza constante para mí, y yo le puedo obligar, o bien a entrar conmigo a un estado comunicatorio-legal, o bien a marcharse lejos de mi vecindad.*¹⁸

En sintonía con estos pensadores, para Jakobs el Derecho es el vínculo entre personas titulares de derechos y obligaciones, “mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción”¹⁹, el status de ciudadano no necesariamente es algo que no se pueda perder, agregamos nosotros, en la medida que el ius puniendi de turno señale un enemigo.

Por eso decimos que Jakobs adhiere a la posición de Hobbes y Kant para fundar como estos, el reconocimiento de dos derechos penales que necesariamente deben coexistir como polos opuestos dentro del mismo sistema. Un de-

¹⁷ Hobbes Thomas, “Leviatán” Capítulo XXVIII Nota 13. 1651.

¹⁸ Kant, Immanuel, “La paz perpetua” 1795, Nota de la Sección Segunda, traducción Kimana Zulueta Fúlscher, ed. Akal, Madrid 2012, p. 54.

¹⁹ Jakobs, Günther, “Derecho Penal del Enemigo”. Madrid, España, Cuadernos Civitas, 2003, p. 28 y 29.

recho penal del ciudadano —contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio— y un derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio²⁰ y termina siendo un enemigo, es decir un rebelde peligroso que perturba el ejercicio omnímodo del poder del Estado y el sistema que impone, por la amenaza permanente que representa.

Porque

*quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.*²¹

De lo expuesto se advierte claramente la similitud del fundamento del derecho penal del enemigo con la ficción contractualista mediante la cual el hombre se liberó del estado de naturaleza en el que sobreviva el más fuerte, por medio del contrato social, a partir del cual el rebelde peligroso que decidida estar fuera de la sociedad y de la Constitución civil perdía todos sus derechos y podía ser eliminado porque no merecía ni justicia al igual que el *hostis* greco-romano en virtud a que perdía su status de persona, y por ende su calidad de ciudadano por lo cual no era respetado, sino tratado como enemigo lo que habitaba su eliminación o destierro.²²

Opinión de la doctrina

Muchos autores se han pronunciado respecto del derecho penal del enemigo enunciado por Jakobs.

²⁰ Jakobs, Günther, “Derecho Penal del Enemigo”. Madrid, España. Cuadernos Civitas, 2003, p. 33.

²¹ Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”. Madrid, Cuadernos Civitas, 2003, p. 56

²² Hobbes, Thomas; *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed. en español, Novena reimpresión, México, 1998, pp. 144-145.

Cancio Meliá, sostiene que su visión difiere de la postura de Jakobs respecto del derecho penal del enemigo, no en cuanto a la constatación de ese fenómeno como una realidad incontrastable, sino en la significación de ese diagnóstico.

Desde esa perspectiva, alerta acerca de los peligros que avizora si al derecho penal del enemigo se lo considera derecho, porque desde su visión es algo distinto y debe ser tratado fuera del derecho penal en general y en el ámbito de las medidas que se adoptan en el estado de excepción porque

*a diferencia del discurso que parece predominar en los EE UU, en el que se reconoce abiertamente que se trata de una «guerra» en la que no importa ni siquiera la apariencia jurídica, en la vieja Europa (y en España) los agentes políticos que impulsan estas medidas lo hacen bajo el estandarte de una pretendida y total normalidad constitucional, incrementando así aún más los riesgos que por contagio se ciernen sobre el Derecho penal en su conjunto.*²³

Tras esa diferenciación, expone sin subterfugio que este no es un derecho penal de acto:

*En el plano de la teoría del Derecho Penal, resulta evidente que un Derecho Penal del enemigo no es compatible con la teoría de la prevención general positiva, puesto que en él la pena cumple una función divergente e incompatible con el elemento esencial de la culpabilidad-igualdad. Como consecuencia de ello, el Derecho Penal del enemigo, dedicado esencialmente a definir categorías de sujetos, es de modo estructural, un Derecho penal de autor.*²⁴

Desde esta postura, descarta las posiciones ambivalentes y apoya la perfecta delimitación del derecho penal del enemigo y formula con firmeza:

la esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa, que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de deter-

²³ Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, Cuadernos Civitas, 2003, p. 17.

²⁴ Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo: ¿”Derecho Penal” del enemigo? En: *Derecho Penal del Enemigo, el discurso penal de la exclusión*”, d. IBdef, Buenos Aires, p. 375.

*minadas fuentes de peligro especialmente significativas. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos.*²⁵

Resulta interesante citar a Nuria Pastor Muñoz cuando, desde la justificación de la punición de los actos preparatorios para casos graves como el terrorismo, intenta investigar y establecer si bajo determinados presupuestos, puede admitirse en el marco de un derecho penal de ciudadano, un adelanto de la punibilidad, no frente a hechos graves, sino frente a sujetos peligrosos sin la verificación de lesión a bien jurídico alguno con el fin de neutralizarlo y en ese camino sostiene

Un tipo penal que no contenga el motivo del castigo y sea solamente un indicio del motivo real de la imposición de la pena presenta un problema de legitimidad, porque los tipos penales han de contener un hecho grave, perturbador de la sociedad y al autor solamente se lo puede castigar por hechos de tales características, y no porque haya llevado a cabo un hecho en sí mismo no perturbador al que se vincula la probabilidad de que ese sujeto decida en el futuro llevar a cabo comportamientos, esta vez sí, realmente perturbadores.

Esta autora admite tipos penales que describen comportamientos objetivamente no peligrosos si contienen un comportamiento perturbador es decir un equivalente funcional de la peligrosidad objetiva, y ese equivalente es la manifestación seria de la peligrosidad subjetiva de su autor o la manifestación seria del autor de su disposición a delinquir pues tal manifestación lesiona una expectativa normativa de seguridad que pertenece al núcleo de nuestra sociedad.

Finalmente concluye que para alcanzar legitimidad, la manifestación de peligrosidad debe ser seria es decir que el autor debe comunicar una disposición clara a lesionar bienes jurídicos individuales de importancia, afectando severamente la seguridad básica de la sociedad.

Los tipos cuyo injusto consiste en la manifestación de peligrosidad subjetiva no recogen síntomas de una personalidad peligrosa ni son un expediente para reaccionar contra tal personalidad; en ellos, el hecho criminalizado no es ocasión, o excusa para neutralizar a un sujeto peligroso, sino el fundamento del castigo (...) en ellos el

²⁵ Cancio Meliá, Manuel “¿Derecho Penal del enemigo?”. Civitas, Madrid, 2003 p. 86.

*motivo de la imposición de la pena es el comportamiento llevado a cabo del autor, esto es la manifestación de peligrosidad subjetiva, y no la personalidad manifestada.*²⁶

Jesús Silva Sánchez, reconoce el derecho penal del enemigo en la política criminal desarrollada en las sociedades postindustriales, y lo incluye en el marco de su caracterización del fenómeno de la expansión contemporánea del derecho penal, donde distingue tres velocidades. La primera se refiere al sector del derecho penal que impone penas privativas de la libertad, donde imperan plenamente las garantías constitucionales y rigen los criterios de imputación vinculados al derecho penal de acto. Una segunda velocidad donde se enrolan las infracciones respecto de las cuales solo se imponen penas de multa o privativas de derechos, en los que aquellas garantías y principios se morigeran. Y finalmente una tercera velocidad, que resulta de una mixtura entre las dos primeras, donde encaja el derecho penal del enemigo, y en la que conviven penas privativas de la libertad en el marco de una flexibilización de las garantías constitucionales y criterios de imputación que se dirigen hacia las características personales del autor relacionadas con su persistencia y peligrosidad.

El autor que realiza esta descripción, en su análisis acerca de la legitimidad de este derecho de guerra o no derecho cuya existencia verifica concretamente en la realidad, sostiene que eventualmente la sociedad podría admitirlo ante la gravead de una situación excepcional de conflicto, y que frente a este mal, aquel podría representar un mal menor justificado en un estado de necesidad.

Pero advierte:

*es evidente que esta justificación obliga a una revisión permanente y especialmente intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulaciones de esa índole. Pues bien, en mi opinión eso no está sucediendo (...). No creo que sea del todo aventurado pronosticar que el círculo del Derecho penal de los enemigos tendera, ilegítimamente a estabilizarse y a crecer.*²⁷

²⁶ Pastor Muñoz, Nuria, “El hecho: ¿Ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones”. En: *Derecho Penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, Tº II, IBdef, p. 532-534.

²⁷ Silva Sánchez, Jesús M., “La expansión del derecho penal”, p. 187 y 188.

Kindhäuser, pronuncia su rechazo categóricamente de este modo:

Pese a todos los problemas que plantea la mezcla entre las finalidades de la política criminal y las de la política de seguridad, el discurso de un Derecho penal del enemigo, que no trata al autor como ciudadano, sino como no-persona, está desprovisto de toda justificación desde la perspectiva del Derecho penal material y formal vigente (...) por tanto, el concepto del Derecho penal del enemigo es totalmente inapropiado para una comprensión adecuada de los problemas presentes del Derecho penal material y formal en Alemania, se puede, en todo caso, plantear la pregunta respecto de si las necesidades de seguridad de la sociedad del riesgo exigen, de lege ferenda, la creación de un Derecho penal del enemigo. La respuesta puede darse rápida y decididamente: la eventual necesidad de lograr seguridad tratando a autores como no-personas se opondría normativamente al postulado elemental de una protección no restringida de la dignidad humana.²⁸

Al coro de voces impugnantes se suma en nuestro medio Zaffaroni quien explica que el estado de derecho del catedrático de Bonn, se ve severamente debilitado, porque so pretexto de necesidad frente a la emergencia, el soberano, que no reconoce derecho de resistencia (Hobbes), puede señalar enemigos de manera discrecional y suspender las garantías que aquel recepta como incólumes, para poder perseguirlo

la propuesta de Jakobs, no parte ni se apoya en la de Schmitt, insensiblemente cae en su lógica. Cuando se afirma que se trata de casos excepcionales en que el estado de derecho debe cumplir su función de protección y que este está legitimado para ello en razón de la necesidad, o sea, que no pueden oponerse a esta obstáculos derivados de un concepto abstracto del estado de derecho, se está presuponiendo que alguien debe juzgar acerca de la necesidad y que este no puede ser otro que el soberano, en análogo sentido al de Schmitt.²⁹

²⁸ Kindhäuser, Urs, "Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de Derecho". En: Cancio Melia y Gómez, Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo*, vol. 2, ed. IBdef, 2006, p. 162-164.

²⁹ Zaffaroni, Eugenio R., *El enemigo en el derecho penal* (3ª edic.), Ediar, 2009, p. 159.

Derecho penal del enemigo vs. derechos y garantías de la Constitución Nacional

Dicho ello, sentaremos seguidamente nuestra opinión respecto al derecho penal del enemigo y para ello comenzamos con la instalación de un interrogante que no es nuevo y desde el final del primer cuarto del siglo pasado nos precede: “¿Es también derecho la ley injusta y arbitraria del Estado?”.

Esta pregunta formulaba James Goldshmidt durante la República de Weimar, mientras crecía y tomaba protagonismo público la avanzada nacional socialista en curso en Alemania. Seguidamente el jurista germano, definía la arbitrariedad de una norma en un doble sentido: cuando una ley viola abiertamente el principio de justicia de tratar a lo igual como igual (arbitrariedad en sentido subjetivo) y cuando la ley viola el principio de seguridad del derecho, esto es, que la ley debe valer en general y no solo para el caso concreto a través de leyes de excepción (arbitrariedad en sentido objetivo). Finalmente el jurista alemán afirmaba:

*Por consiguiente los derechos fundamentales obligan al legislador, y puesto que el Supremo Tribunal ha reconocido últimamente, el derecho y el deber del juez de examinar la constitucionalidad de las leyes del Reich, resulta que aparece claramente otorgado al juez el fundamento del Derecho político, para negar la aplicación de una ley arbitraria.*³⁰

A pesar de las muchas voces de advertencia, los cantos de sirena penetraron la conciencia colectiva del Pueblo alemán, Hitler llegó al poder democráticamente y no hace falta abundar en señalar el destino que tuvieron (eliminación o exilio) quienes tuvieron el coraje de advertir públicamente las claras señales totalitarias que se comenzaban a vislumbraban en Alemania luego de la derrota de la primera guerra mundial y la humillación que significó el Tratado de Versalles para el pueblo de esa nación. La historia es conocida, la crisis económica y la desocupación, la debacle política y la corrupción reinante, a la postre sirvió de campo fértil para la instalación de la ideología y el discurso beligerante del partido nazi, y la selección del enemigo con las trágicas consecuencias por todos conocidas.

³⁰ Goldschmidt, James, “El ocaso de la ley”. En: *Estudios de filosofía jurídica*. TEA, Buenos Aires, 1947, p. 213, 217 y 218.

No cabe duda que tras aquellas ideologías totalitarias, ínsito estaba la idea de la punibilidad de los sujetos considerados peligrosos o enemigos declarados por el Estado, antes de que realizaran alguna conducta reprochable por la ley formal, para erradicar de la faz de la tierra un supuesto y potencial peligro a los intereses superiores del Estado, de un partido o a un determinado estilo de vida. Si existe un correlato de esa ideología con los poderes hegemónicos actuales, es pura coincidencia.

Como vemos, mensajeros hubo siempre, y como se sabe con diversos mensajes y suerte, por eso asumo que coincido plenamente, con los autores citados precedentemente en cuanto a la advertencia que formulan negándole legitimidad al Derecho penal del enemigo que a todas luces aparece arbitrario y por eso injusto. También pienso junto a Muñoz Conde,³¹ que no resulta suficiente a esta altura de los acontecimientos tan solo describir el fenómeno del avance creciente de un Derecho penal que admite un doble estándar según la peligrosidad del sujeto activo, la negación de la calidad de persona a esos criminales, los cambios de criterios de imputación que nos lleven a un derecho penal de autor y la flexibilización de las garantías constitucionales del debido proceso.

Porque la esencia que emana de la doctrina del derecho penal del enemigo necesariamente nos retrotrae a la concepción de la Escuela Positivista Criminológica Italiana, para la que los actos preparatorios merecían reprochabilidad penal y una pena por respuesta, en virtud a la peligrosidad ex ante del sujeto activo cuyas características antropomorfas sintomáticas de una personalidad criminal lo señalaban como delincuente potencial aunque no hubiera cometido ilícito alguno.

Creo que la gravedad de ese fenómeno que lleva ínsito un espíritu beligerante y arbitrario inaceptable que creíamos superado y su inusitada expansión transgrediendo la excepción e instalándose en la regularidad, exige de nosotros tomar partido en el debate y expedirnos valorativamente respecto del mismo realizando nuestro más enérgico rechazo al derecho penal del enemigo.

En primer lugar nuestro rechazo al concepto y fundamentos del derecho penal del enemigo y todos sus principios y contenidos, se basa en que constatamos que encuadra perfectamente en el molde de ley arbitraria e injusta y por

³¹ Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 70.

ende inconstitucional o no derecho, en consonancia con la definición de Goldshmidt, y desde allí resulta que no es derecho.

Ello es así en atención a que el establecimiento de un doble estándar penal viola el principio de justicia de igualdad ante la ley, ya que trata distinto al ser humano según que el Estado le otorgue discrecionalmente o no el status de ciudadano según el etiquetamiento que se formule a partir del concepto de peligrosidad.

Sabsay define ese principio de esta manera:

*El derecho a la igualdad está previsto en el art. 16 de la C.N. y constituye un principio que es uno de los pilares de nuestro orden jurídico derivados de la forma Republicana de gobierno contemplada en el primer artículo de nuestra ley fundamental (...). La Corte Suprema, en sus orígenes interpreto la igualdad jurídica como el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a los unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.*³²

Además el pretendido derecho extraordinario que propone la suspensión de garantías, simultáneamente viola el principio de seguridad del derecho, en atención a que se trata de preceptos excepcionales estatuidos para la emergencia con alcance acotado en el tiempo y discrecionalmente selectivo y por lo tanto no valen en general; admitiendo así la arbitrariedad que supone la definición de los criterios con que se seleccionan enemigos para dispensarles un trato más gravoso, de acuerdo a los vaivenes de la ideología que informa a quien contingentemente detenta el poder.

Esa circunstancias cobra relevancia en nuestro medio ya que históricamente en la República Argentina, las medidas de excepción para la emergencia repetidamente han adquirido regularidad en su aplicación *sine die* desvirtuando entonces el fundamento que eventualmente pueden haber esgrimido los impulsores de dichas medidas extraordinarias supuestamente validas durante un acotado plazo legal y mientras dure la emergencia.

Por otro lado, entendemos que el derecho penal del enemigo, al adelantar la barrera de punibilidad a los actos preparatorios sin establecer con precisión y

³² Sabsay, Daniel A., *Tratado Jurisprudencial y doctrinario*, Tomo I, Volumen 3, La Ley, Buenos Aires 2010, Capítulo XVII, p. 489.

certeza si persigue penalmente determinados pensamientos o si en realidad reprime conducta humana, delegando a la libre interpretación de los magistrados en qué circunstancias se configura un determinado tipo penal abierto, también viola el principio de legalidad estatuido en el art. 19 de la CN y por consiguiente resulta irrazonable.

Bidart Campos invoca el adagio “no gobiernan los hombres sino la ley” y se pronuncia de este modo:

*Si ha de gobernar la ley y no los hombres es porque se presupone que el contenido de la ley no proviene del voluntarismo discrecional y arbitrario de los gobernantes, sino de un sistema material de valores y principios que, incluso, está por arriba de la ley, nada más y nada menos que en la constitución (...). La finalidad del principio de legalidad es afianzar la seguridad individual de los gobernados. La ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependan solamente de la voluntad ocasional de quien manda.*³³

Desde allí pensamos que el legislador, no detenta un poder discrecional sino que su potestad se ve limitada por nuestro sistema constitucional y en lo que aquí nos interesa en la ley penal sustancial y procesal, y es por eso que no debe receptor normas y preceptos con fundamento en el denominado concepto de derecho penal del enemigo, ya que como se señaló supra, ese tipo de decisiones no solo exceden los límites que los principios del Estado social y democrático de derecho imponen al *ius puniendi* para su legitimación, sino también porque perturban el derecho a la seguridad jurídica, ya que la plena vigencia de dicho derecho se verifica cuando “el habitante sabe que las decisiones de los poderes públicos se adoptaran según el esquema constitucional de asignación de competencias”.

No puede ser el juez quien determine el contenido de una norma penal abierta e imprecisa, porque en ese caso es una norma inconstitucional, pero en el caso de que a través de una construcción lógico racional encuentre otras precisiones no explicitadas literalmente en la norma, la interpretación que haga

³³ Bidart Campos, German J. *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I-A Ediar, 1999, p. 802.

de la misma debe ser desde una exegesis constitucional, en el marco del principio *pro homine*.

Sobre este tópico, en particular considero oportuno analizar seguidamente el pensamiento de Ferrajoli, vinculado al modelo penal garantista y especialmente a su concepto de “estricta legalidad”. Este autor, explica que los principios sobre los que se edifica el modelo clásico garantista (estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre las partes y la presunción de inocencia) persiguen garantizar el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.

En ese camino señala que la definición de la desviación debe cumplir con dos presupuestos, uno de carácter formal o legal y por otro lado debe verificarse el principio de estricta legalidad penal. Con el carácter formal hace referencia al sometimiento del juez a la ley es decir que el poder jurisdiccional solo califica como delitos lo que son receptados y definidos formalmente por la ley como presupuestos de una pena. Con la segunda condición establece el carácter absoluto de la reserva de ley penal, “en virtud del cual el sometimiento del juez lo es solamente a la ley” Es decir utiliza la expresión de “principio de estricta legalidad” para designar la reserva absoluta de ley, como un mandato vinculante que impone al legislador la taxatividad y precisión empírica de las fórmulas acuñadas para receptar tipos penales.

Este autor, señala que el principio de estricta legalidad, no admite “normas constitutivas”, sino solo “normas regulativas” de la conducta ilícita punible. Es decir desecha la norma que crea ipso iure las conductas ilícitas sin prescribir nada, y solo admite la ley penal que regula comportamientos, o sea acciones, estableciendo su prohibición.

Es decir que sólo lo que con autoridad dice la ley es lo que confiere a un fenómeno relevancia penal. Y la ley no puede calificar como relevante cualquier hipótesis indeterminada, sino sólo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales ya describibles a la culpabilidad del sujeto.

Ferrajoli resalta los dos avances esenciales alcanzados con la teoría clásica del derecho penal:

el primero es la garantía de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho de que lo punible es lo prohibido por la ley y

nada de lo que la ley no prohíbe es punible; y el segundo es la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley: las acciones o los hechos, cometidos por cualquier persona, pueden ser descritos por la ley como tipos objetivos penales y ser previstos por iguales tratamiento penales.

Finalmente y luego de precisar los presupuestos del modelo garantista, este autor crítica los sistemas autoritarios, señalando que estos no se basan solamente en la ley penal formal para la determinación de los hechos delictivos y ello se denota en la previsión de “tipos penales elásticos e indeterminados, idóneos para connotar en términos vagos o valorativos modelos globales de desviación en vez de denotar unívocamente supuestos típicos criminosos empíricamente determinables”. En ese sentido señala que estos sistemas apelan al concepto de peligrosidad del sujeto, vislumbrado en etiquetamientos subjetivos e imprecisos tales como vago, vagabundo, reincidente o delincuente profesional.

Conforme a estos criterios autoritarios, Ferrajoli advierte que se produce un menoscabo fuerte a la garantía de estricta legalidad, pilar fundamental en todo sistema garantista, lo que conlleva a

perseguir no tanto por lo que se ha hecho sino, sobre todo, por lo que se es (...) se confunde entre derecho y moral o entre derecho y naturaleza, permitiendo discriminaciones subjetivas e invasiones incontroladas en la esfera de la libertad de los ciudadanos.³⁴

Señalado entonces el resentimiento del principio de legalidad que generan los tipos penales imprecisos, elásticos o abiertos, propios de los sistemas que asimilan el concepto de peligrosidad tal cual lo hace el derecho penal del enemigo, nos referimos ahora al problema del adelantamiento de la barrera de punibilidad que también pregona aquel derecho que pretende encontrar legitimación en la emergencia, afectando con ello el principio de libertad, de la intimidad o de reserva que resguarda el art. 19 de la CN.

Esta intimidad o reserva se refiere a una órbita de libertad, a un campo personalísimo del hombre (...) donde el Estado ni las demás

³⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995, Capítulo I, p. 1 y ss.

*personas pueden intervenir o interferir. Es decir que esta orbita o área de reserva corresponde exclusivamente al individuo, mientras no lesione el orden, la moral pública o los derechos ajenos.*³⁵

Y por esos mismos argumentos, ese adelantamiento de la punibilidad claramente implica una mutación del derecho penal de acto al de autor porque se persigue penalmente a un sujeto no por lo que hizo históricamente subsumiendo su conducta en lo que establece la ley penal precisa y previa, sino por su peligrosidad y por el pronóstico negativo de lo que hará en el futuro,

*Con la denominación derecho penal de autor se alude a una tendencia legislativa y doctrinal que incrimina no hechos o actos, sino personalidades. Así se condena a un individuo por lo que es, no por lo que hace. El art. 18 de la C.N. propicia la teoría del tipo penal de hecho, ya que solo cabe condenar a alguien por el hecho del proceso, según dice la norma, el delito de autor, por ende, es inconstitucional.*³⁶

A partir de estos conceptos concluimos que el legislador no detenta un poder discrecional para establecer ninguna ley, en especial en lo que aquí nos interesa, tipos penales ni reglas de imputación que repugnen a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales que la integran.

Porque la violación de aquellos principios acarrea la violación de la regla de razonabilidad y por ende deviene la arbitrariedad. En este sentido Sagüez explica:

*la arbitrariedad es un vicio que puede presentarse tanto en las sentencias judiciales, como en los demás actos estatales e incluso en la ley arbitraria que es la contraria a la ley moral, la anacrónica, la inconstitucional (que se aparta de la voluntad del constituyente, para basarse en el criterio del legislador ordinario), o simplemente, la ley injusta.*³⁷

³⁵ Zarini, Helio J. *Análisis de la Constitución Nacional*. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 87.

³⁶ Sagüez, Néstor P. *Manual de derecho constitucional*. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 887.

³⁷ Sagüez, Néstor P. *Derecho Procesal Constitucional, Acción de amparo* (5ª edic.), Tomo III, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 110.

Bielsa, en la misma línea define los límites que la cúspide del ordenamiento jurídico impone al Parlamento:

*Cuando se sanciona una Constitución, se quiere establecer normas fundamentales necesarias para la existencia del Estado y su orden jurídico. Esas normas, por eso mismo, están sobre todo otro poder, y, desde luego, sobre el legislador. Si no fuere así, no tendría razón de ser un sistema básico de normas, pues bastaría librarlo todo al legislador. Tratase, pues, de limitaciones impuestas al poder discrecional del legislador.*³⁸

Fayt, se refiere a la supremacía constitucional y al deber de control del poder judicial de este modo diáfano:

*Es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderador a uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.*³⁹

De manera que a partir de todo lo dicho, no cabe duda que el derecho penal del enemigo encuadra perfectamente en los parámetros de ley arbitraria e injusta y por ello debe ser desechado, porque no puede admitirse en nuestro sistema constitucional, ninguna regulación que se corresponda con el establecimiento de dos estándares penales diferenciados y simultáneos que vulneren el principio de igualdad ante la ley, que admita criterios de imputación dirigidos a la peligrosidad del autor y no a su conducta culpable enervando del derecho penal

³⁸ Bielsa, Rafael. *La protección constitucional y el recurso extraordinario*. Buenos Aires, 1936, p. 52-53.

³⁹ Fayt, Carlos S. *Derecho Político, Teoría de la Constitución* (6ª edic.). Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 35-36.

de acto, que imponga escalas penales desproporcionadas que vulneren el principio de culpabilidad, que admita técnicas de investigación invasivas del ámbito de privacidad preservado por el principio de reserva o que tras el pretexto de la seguridad, flexibilice las garantías constitucionales, violando el debido proceso y el derecho de defensa en juicio como cuando se receptan testimonios inculpativos en juicio oral supuestamente público, donde el imputado y su defensa técnica desconocen las identidades de los testigos o agentes encubiertos y delatores que los formularon.

Creemos que esa caracterización del concepto bajo examen viola elementales Derechos Humanos, y por ende la Constitución Nacional cuyo texto recepta a los tratados internacionales que incluye vía art. 75, inc. 22.

Al respecto Bidart Campos ha sostenido:

*La cobertura que la supremacía constitucional depara a los derechos tiene a su favor principios y valores que la propia constitución acoge. Diríamos que la forma democrática del estado, la dignidad humana, el personalismo humanista, componen con todo el plexo de derechos un sistema de valores que da razón legitimante y justificadora del por qué la supremacía aglutina en su meollo una defensa muy importante de los derechos humanos que se desprenden de la constitución.*⁴⁰

En resumen, y en defensa de la plena vigencia de todos esos principios constitucionales aquí enunciados, pensamos que el concepto denominado derecho penal del enemigo y los institutos y principios que recepta debe ser rechazado de plano en nuestro sistema. Porque la constitución nacional impone la igualdad ante la ley (art. 16 CN y art. 14.1 PIDC y P); porque nuestro sistema no admite el derecho penal de autor y con exclusividad recepta un derecho penal de acto (art. 18 CN, precedente “Gramajo Marcelo E, L.L. 05/09/06 CS.); porque los derechos y garantías constitucionales vinculadas al debido proceso son inalienables y ninguna ley de excepción puede conculcarlos (art. 18, CN; art. 8, 9, 11 de la CADH; art. 9, 10) y porque la valla infranqueable del art. 19 y el principio de reserva receptado por los tratados internacionales que hoy son texto constitucional (arts. 17.1, PDC y P; art. 11 CADH; art. 12, DUDH;

⁴⁰ Bidart Campos, Germán J. *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I-A Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 429.

y art. 5, DAD y DH) impiden que las barreras de punibilidad se adelanten de manera tal de punir la mera idea sin que haya mínimamente dado comienzo la exteriorización de una conducta ilícita que lesione un bien jurídico.

Y finalmente porque los principios de proporcionalidad y culpabilidad enervan una misma pena para el hecho ilícito consumado que para los actos preparatorios o la mera asociación que ni siquiera llegan a la instancia de la tentativa.

Es decir, si nuestro ordenamiento jurídico se apoya sobre la base de la Constitucional nacional y los tratados internacionales de derechos humanos que la integran vía art. 75, inc. 22, y por debajo de esa cúspide se desarrolla el resto de la pirámide normativa donde según Kelsen se produce una relación derivada de la distinta jerarquía legal, es inequívoco que aquel es el faro que debe guiar nuestras conclusiones sobre este derecho penal perfeccionado para la emergencia que hace tabla rasa con todos los principios y garantías de nuestro debido proceso penal.

Y es ese faro cuya supremacía emerge del art. 31 de la CN y su texto enriquecido a través de aquellos tratados internacionales sobre derechos humanos que entre otros reivindica con fuerza inusitada el principio *pro homine*, el que aparece refractario a cualquier intento de categorización de la persona humana cualquiera sea su pretexto y el que refuerza la impronta tuitiva de nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto respecto de la dignidad inherente al hombre frente al poder del Estado.

Por estos primeros fundamentos el legislador debería inhibirse de sancionar normas propuestas por el Derecho penal del enemigo, y de hacerlo, será el poder jurisdiccional quien deba asumir la responsabilidad de poner las cosas en su lugar realizando una exegesis constitucional de la norma si es que esta lo admite, o en última instancia declarando la inconstitucionalidad en su caso por el principio de supremacía constitucional (art. 31, CN), ya que no puede aplicarse normas arbitrarias, irrazonables e injustas contrarias a la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente quiero aquí resaltar la vigencia de la doctrina emanada del más alto Tribunal de la República, último interprete de la Constitución y las leyes en nuestra Nación al declarar en caso concreto la inconstitucionalidad del art. 52 del CP a través de la afirmación de que en nuestro sistema solo admite un derecho penal de acto, rechazando al de autor:

La pretensión de que la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado no es una pena, sino una medida de seguridad fundada en

la peligrosidad del agente, resulta constitucionalmente inadmisibles porque, la peligrosidad es un juicio subjetivo de valor de carácter arbitrario que implica una declaración de enemistad destinada a excluir a la persona de la sociedad (...). Recurriendo a la presunción de peligrosidad, la doctrina legitimante del art. 52 del Cód. Penal encubre una pena incompatible con nuestro orden jurídico, por tener como base la declaración de que un ser humano no merece ser tratado como persona y, por ende, resulta excluido de las garantías que le corresponden a la ley penal.⁴¹

La categórica doctrina que emana de este fallo, en cuanto al rechazo indubitado del derecho penal de autor, me eximen de mayores comentarios, ya que de la misma emerge el potente rechazo de cuajo del establecimiento de un doble estándar según que el *ius puniendi* rotule o etiquete a un ciudadano como peligroso en virtud a su historia personal para excluirlo de la categoría de persona con la consecuencia de la pérdida de garantías constitucionales.

Del texto del precedente Gramajo, surge palmario el rechazo por parte del más alto Tribunal de la Republica, al corazón mismo del derecho penal del enemigo.

Protección de bienes jurídicos y principio de lesividad

Jakobs, sostiene que el derecho penal no tiene por objeto preservar bienes jurídicos, y que la pena es coerción tendiente evitar el menoscabo a la vigencia de la norma, por eso la pena es portadora de la respuesta al hecho delictivo que representa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, en virtud de ese concepto la pena implica que la afirmación del criminal es irrelevante y que la norma penal sigue vigente, es un mensaje simbólico a la sociedad reafirmando la vigencia de aquella y confirmando la configuración social.

Por ese motivo el sistema de su pensamiento mantiene coherencia, no presenta contradicciones desde el punto de vista de la punición de los actos preparatorios, ya que su Derecho penal del enemigo apunta a la peligrosidad del sujeto y entonces el principio de lesividad resulta irrelevante.

⁴¹ CSJN, 5/9/2006, "Gramajo, Marcelo E.". Fallos: 329:3680.

Desde esa perspectiva parece ser que se otorga discrecionalidad al legislador para establecer a gusto tipos penales sin necesidad de proteger bienes jurídicos, mucho menos que la Constitución sea un marco de referencia vinculante y restrictivo de aquella discrecionalidad. De ello infiero que lo importante es la vigencia de la norma, no su contenido aunque sea arbitrario e injusto.

Roxin, en cambio, afirma que el derecho penal tiene una función social que es garantizar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura siempre y cuando esas metas no puedan alcanzarse mediante otras medidas políticas más leves que restrinjan en menor medida la libertad de los ciudadanos. De manera que esa función es la que delimita la frontera de la punición y allí cobra relevancia en la política criminal la determinación de tipos penales que protejan bienes jurídicos concretos frente a los riesgos no permitidos.

*El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.*⁴²

Mir Puig, entiende que la gravedad del injusto se mide de acuerdo a la gravedad del ataque a un bien jurídico,⁴³ que es el límite al *ius puniendi*, y considera también que el estado social y democrático de derecho “sólo deberá amparar como bienes jurídicos, condiciones fundamentales de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social”.⁴⁴

Para este autor, previo al principio de culpabilidad, que exige la posibilidad de imputación, está el principio de lesividad, que exige la afectación a un bien jurídico porque:

⁴² Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General*. T I. Trad. De Diego Luizon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2 ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 55.

⁴³ Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1979, p. 60 y ss.

⁴⁴ Mir Puig, Santiago, “Derecho penal-Parte general; 2º (1985), p. 75-77; o 9 edición, 2012, p. 121.

*La razón primera por la cual se tipifica un hecho como delictivo es que supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico justificada por la necesidad de salvar otro bien jurídico preferente. Este contenido es la base primera del desvalor objetivo del injusto. El tipo parte de la exigencia de un resultado (separado o no de la conducta) que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. Las causas de justificación parten de la concurrencia de situaciones que hacen desaparecer el significado negativo del hecho típico porque lo hacen necesario para la salvaguarda de otros bienes jurídicos y principios superiores.*⁴⁵

Dentro de ese marco y en lo que al problema del adelanto de la barrera de punibilidad respecta, cobra relevancia inusitada el principio de lesividad y la protección de bienes jurídicos como legitimación material y límite del derecho penal en el marco del Estado social y democrático de derecho, perspectiva desde la cual es el legislador quien define la política criminal pero desde el marco vinculante que establece la Constitución como programa de bienes jurídicos que aquel puede proteger mediante la ley penal en el ejercicio discrecional de la oportunidad política.

Si coincidimos que los preceptos constitucionales de lesividad y de reserva limitan el *ius puniendi*, seguidamente concluimos que para que haya lesión a los bienes jurídicos que nuestra Constitución Nacional reivindica, debe haber exteriorización de una conducta que los ponga en riesgo y de ello se desprende que los actos preparatorios donde la conducta exteriorizada lejos está de poner en crisis la preservación de bien jurídico alguno es lo que hace que por regla general esos actos que preceden el comienzo de la ejecución del delito no sean punibles porque de lo contrario se vulnera aquel principio constitucional que juega armoniosamente con el de reserva (art. 19 CN).

Porque

sin afectación o puesta en peligro efectiva de un bien jurídico ajeno, no puede haber delito ni por tanto sanción alguna. Así se conceptualiza lo que la dogmática ha caracterizado como derecho penal de acto, que impone que a nadie se lo persiga penalmente por

⁴⁵ Mir Puig, Santiago, "Significado de la imputación objetiva en Derecho penal". En: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 2003.

*lo que es sino por lo que ha hecho (...) el elemento acción lo constituye un comportamiento humano, activo o pasivo (acción, propiamente dicha, u omisión) y se exige que tenga notas de exterioridad y voluntariedad. Lo primero porque aquel comportamiento que no trasciende del ámbito de reserva que garantiza el art. 19 de la C.N. es ajeno a cualquier previsión legislativa.*⁴⁶

De ello se colige que la penalización exige en primer lugar conducta exteriorizada que dañe o ponga en riesgo esos bienes jurídicos protegidos y además una legitimación distinta a la discrecionalidad del legislador elegido democráticamente. De modo que los principios de lesividad y reserva en cuanto a la lesión a bienes jurídicos concretos se relacionan no solo con aspectos que hacen a la legitimación material del derecho penal, sino también a la exegesis de los tipos penales de la parte especial y choca además con el adelantamiento de las barreras de punibilidad que propicia el derecho penal del enemigo.

De manera que aquí queda planteado otro obstáculo para la legitimación del Derecho Penal del enemigo, en virtud a su choque con el concepto de acción como exterioridad corporal de la voluntad persiguiendo un fin, como principio rector del derecho penal de acto (art. 18) y no de autor, y el presupuesto de la existencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico emanado de la Constitución, como límite al *ius puniendi* en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Jakobs advierte que si consideramos a los terroristas y a los miembros de la criminalidad organizada dentro de la categoría de delincuente ciudadano, debemos soportar la mezcla de los conceptos de guerra y proceso penal, derecho penal del enemigo y del ciudadano.

Pienso que esa disyuntiva es aparente, porque de inicio se parte del error o arbitrariedad de considerar un doble estándar, ya que ello es lo que desarticula la coherencia de todo nuestro sistema constitucional colocándolo en crisis, de manera que no cabe aceptar tal disyuntiva sino descartar de plano el establecimiento de dos estándares de amigos o enemigos frente al *ius puniendi* a partir de la categorización de los sujetos de acuerdo a una pretendida personalidad peligrosa.

⁴⁶ Almeyra, Miguel Á. *Tratado Jurisprudencial y doctrinario, Derecho Penal parte General*. T I, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 31 y 93

Porque partimos del rechazo, por ilegítimo, a la relativización del principio de igualdad ante la ley como del cambio de paradigma del derecho penal de acto que nuestro sistema legitima, reconociendo que solo debe existir un solo derecho penal, donde imperen plenamente las garantías constitucionales para todos los delitos, donde las reglas de imputación y la barrera de punibilidad se adecuen al derecho penal de acto acorde el Estado de Derecho social y democrático, cualquiera sea la imputación, incluida la tenencia de explosivos y armas de guerra, la privación de la libertad, los estragos, el narcotráfico, la trata de personas etc.

Respecto de estos delitos, deben regir las mismas reglas de imputación e imperar plenamente las garantías constitucionales al igual que al resto de los delitos sin distingos. Ello emana de la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, y hace a los cimientos mismos del Estado de Derecho.

Si pensáramos distinto en lo que hace a la extensión del injusto cometido, nos preguntamos, ¿que cabría entonces para los políticos corruptos y empresarios y banqueros inescrupulosos que corporativa, sistemáticamente y de modo perdurable en el tiempo, distraen y desvían sumas de dinero multimillonarias que debieron ser invertidas en salud y educación para los niños y que por ese fraude finalmente mueren por desnutrición o consumo de paco, consumando un verdadero genocidio social?

Por otro lado cabe decir que ese interrogante se profundiza cuando comprobamos la vinculación estrecha que existe entre criminalidad organizada y corrupción pública, lo que hace suponer que aquel derecho penal del enemigo, en la concreta realidad, sin perjuicio del discurso legitimante que pretende asentarse sobre el reclamo de seguridad ciudadana que exacerba la criminología mediática a través de la política establecida por las grandes corporaciones de comunicación masiva, no se dirige contra el crimen organizado, sino al silenciamiento de los perturbadores del sistema, es decir la legión de ciudadanos excluidos social y económicamente.

Silva Sánchez, sostiene que vivimos un proceso de expansión del derecho penal producido en las últimas décadas a causa de varios fenómenos. Entre ellos hace referencia a la criminología mediática y el abuso que los medios masivos de comunicación social hacen de la difusión del fenómeno de la criminalidad que claramente existe, pero que es exacerbado a través de una sobre información alimentada por el masivo consumo del público y su potente identificación con la víctima, provocando en el público “percepciones inexactas”.⁴⁷

⁴⁷ Silva Sánchez, Jesús. *La expansión del Derecho Penal* (3ª edic.), Editorial IB f, Montevideo, Buenos Aires, 2011, p. 28 y 29.

Zaffaroni en similar sentido explica que

*La consigna de la criminología mediática, según la cual a mayor represión corresponde menor libertad y mayor seguridad, impulsa una política que procura un control que neutralice políticamente a la población excluida o marginada a costa del sacrificio de muchas vidas humanas.*⁴⁸

Y que esa criminología oculta deliberadamente al público la reducción de márgenes de libertad ciudadana que ello implica porque la necesidad de protegerlos de la delincuencia justifica la expansión de los controles estatales y el avance cada vez más intenso sobre esferas de privacidad para alcanzar con eficacia el bien de la seguridad, porque para proveer a ese bien, la sociedad misma le reclama al Estado ser monitoreada para ser protegida.

El verdadero peligro, la selección y eliminación del enemigo

La concepción del delincuente como enemigo y que como tal pierde la calidad de persona, nos retrotrae naturalmente en la República Argentina al concepto de subversivo utilizado por la última dictadura militar para identificar a su enemigo ideológico, rotulo que habilitaba la tortura para la confesión y delación de otros supuestos miembros de células terroristas, para finalmente, luego del aporte, merecer la desaparición física.

Si una enseñanza deja esta patética experiencia en la sociedad Argentina es que el peor criminal, ya sea el terrorista que coloca artefactos explosivos y los detona para que mueran inocentes, el que asesina, porta armas de guerra o priva de la libertad a seres humanos cualquiera sea su finalidad o el que incurre en delitos de lesa humanidad en el marco del terrorismo de Estado, debe ser juzgado bajo el imperio de la Constitución Nacional, en igualdad de condiciones y otorgadas las garantías de esta para que eventualmente el juez natural de la causa bajo el imperio del debido proceso lo encuentre culpable y lo condene imponiendo todo el peso de la ley, como contracara de la desaparición física del enemigo sin proceso.

⁴⁸ Zaffaroni, E. Raúl. *La palabra de los muertos*. Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 381 y 382.

Bien sabemos todos, que hoy con perfil lombrosiano, globalmente las potencias del hemisferio norte han señalado al hombre peligroso, al enemigo de hoy, como moreno, barbado que utiliza turbante (o sea el propietario del petróleo), aunque en Suramérica basta con ser moreno y pobre (el explotado y destinatario de la miseria), como ayer también lo fue en la República Argentina el joven militante político o sindical en la década de los años setenta y antes en la segunda mitad del siglo XIX el gaucho vago y mal entretenido que la justicia criminal bonaerense encarcelaba, despojaba de sus bienes y enviaba al fortín en el desierto provocando el exterminio mutuo entre criollo federal y aborigen, bajo el solo fundamento de que no resultaba útil –en todo caso alzado y perturbador– del sistema económico y político que pergeñaron los vencedores de Caseros. En el marco de esa política criminal, la categoría de enemigo la alcanzaba el paisano que se resistía –sublevaba– a trabajar conchabado con papeleta en la estancia durmiendo en el establo con el recado por almohada junto a los animales, tan solo por la comida.

A los ojos de Sarmiento y Mitre el centauro de las pampas no comprendió que su estilo de vida libre había fenecido y arisco e indomable para la vida civilizada (liberal), debía ser exterminado.

De manera que esa repetición histórica del derecho penal utilizado y manipulado por el poder de turno para perseguir y eliminar al enemigo circunstancial cualquiera sea el pretexto con que se ha ingresado a esa categoría, es lo que enerva y daña nuestra esencia y naturaleza como hombres de derecho pero también por imperativo ético y político como hombres en lucha que somos.

No ya en el pasado, sino hoy, ese camino de exterminio del distinto rotulado de enemigo, ha merecido este tipo de expresiones

Ejemplo paradigmático si los hay, de lo que significa el desguace de los derechos básicos del hombre en cualquier comunidad civilizada, lo constituye la reacción que tuviera el gobierno estadounidense luego del atentado a las Torres Gemelas. La base de Guantánamo y los centros clandestinos distribuidos en otros continentes avergüenzan a la humanidad.⁴⁹

⁴⁹ Mill, Rita. “Criminalidad Organizada. Dificultades probatorias”. En: *Revista de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 66.

Es decir vemos como el poder desde siempre ha utilizado la política criminal y el derecho penal no como respuesta a la criminalidad ordinaria sino para perseguir y eliminar al contingente enemigo ideológico y político y es por ello que no puede dejarse de lado un primer análisis en esa esfera. Y en un segundo momento debe ponderarse que no hay paz sobre la injusticia y que por lo tanto la primer y mejor respuesta a la criminalidad es la instauración de la comunidad organizada bajo el imperio de la justicia social. Ese estadio superior de organización ciudadana tras el bien común no tengamos dudas, reducirá a niveles mínimos la delincuencia y será en esa instancia de paz social en que habrá de debatirse una política criminal acorde a esa situación de concordia generalizada.

Vemos entonces que la historia se repite sin solución de continuidad y es por ello que es momento de cambiar, de saldar el debate de una vez por todas porque la especie humana debe y necesita instalar como verdad absoluta que el fin no justifica los medios y que la fuerza no da derechos, en todo caso impone deberes y obligaciones, porque la fuerza es el derecho propio de las bestias y no del hombre entendido como *zoom politikon*⁵⁰ y precisamente, frente a todo crimen, el Estado tiene la obligación de mantener imperturbable el principio de igualdad ante la ley y dispensar a todos los hombres el mismo tratamiento, porque por mas aberrante que resulte el hecho ilícito cometido, debe permanecer incólume el debido proceso que impone el art. 18 de la CN los principios de legalidad y reserva y todos los derechos y garantías que emanan de los tratados internacionales receptados vía art. 75, inc. 22. No puede ni debe haber excepciones sobre este principio.

Nadie que se precie de firme defensor de la plena vigencia del estado de derecho, puede admitir sin más la denominación derecho penal del enemigo, porque el rótulo de enemigo anticipa el quebrantamiento de la paz y la vigencia de la guerra a partir de un lenguaje y una política criminal beligerante que pone al descubierto la pretensión de instauración de un estado de emergencia permanente que habilita medidas en principio extraordinarias y excepcionales de manera regular suspendiendo garantías. En ese estado todos somos sospechosos y toda la comunidad dependerá de la ideología, el fin político que aliente y el imperativo ético que ostente quien circunstancialmente ejerce el poder.

Y allí es donde se vislumbra claramente el error en el que incurren los pensadores que realizan el planteo del distingo de dos estándares jurídico-pena-

⁵⁰ Aristóteles, "Política" Libro I, Capítulo II, nota 5.

les. Porque aceptada esa diferenciación, instalado el concepto de amigos y enemigos, ello da carta abierta a que quien circunstancialmente ejerza el monopolio de la fuerza se vea tentado de perseguir al adversario o a las facciones no adictas al poder oficial de turno y eventualmente manipular esa contienda hacia un lado o hacia el otro según su ideología y propósitos.

Vemos que el sustrato ideológico que alimenta el ejercicio de un derecho penal beligerante dirigido contra enemigos no es invención de Jakobs, claramente lo precede la historia universal y parte de inicio con la dificultad que plantea la ambigüedad de aquel rotulo, ya que el impreciso y vago concepto de terrorista o criminal peligroso, tiene tantas definiciones como intereses tiene el sistema que maneja el centro del poder.

Por otro lado no podemos ocultar ni callar que ese derecho destinado al enemigo se vincula y resulta perfectamente funcional a una necesidad emergente en el mundo desarrollado relacionada con las invasiones territoriales y la conquista bélica para el uso y goce de recursos naturales escasos, no renovables y ajenos, por parte del bloque de potencias hegemónicas que toma las decisiones en el mundo y la resistencia que esa impronta imperialista provoca y su vinculación con el terrorismo internacional.

Es decir, el derecho penal del enemigo, fue forjado en el mundo desarrollado para defender propios intereses y avanza deslizándose indetenible desde el hemisferio norte hacia el sur y decididamente se instala con distinta intensidad en los diferentes ordenamientos penales del mundo excediendo el marco de la lucha antiterrorista, esta vez en democracia pero al margen del Estado de Derecho, apuntando a la peligrosidad de los sujetos perturbadores del sistema, es decir los excluidos socialmente o los explotados y naturalizando cada vez más un mundo vigilado desde un panóptico omnipresente que todo lo ve, controla y reprime.

Muchas veces, cuando se establece esa ciega relación entre aumento o disminución de la criminalidad y aumento o disminución de la dureza de la represión punitiva, se busca, con fines oscuros, crear un sentimiento de angustia y miedo a la libertad en los ciudadanos, bloqueando cualquier intento liberalizador o simplemente humanizador de la legislación penal existente. Sucede esto generalmente en épocas de crisis, en las que grandes masas de la población afectadas por la misma se muestran más proclives a quebrantar la normativa jurídica y con ello a la delincuencia. El derecho Penal en estos casos

*aparece como un sistema de disciplinamiento y de contención de los sectores más desfavorecidos económicamente y, con ello también un eficaz instrumento contra sus reivindicaciones.*⁵¹

Ese derecho penal de guerra que rechazamos porque confronta con las garantías constitucionales montado en el fundamento de la peligrosidad persistente de un determinado tipo de sujeto, con el pretexto de optimizar la lucha contra la criminalidad que pone en riesgo la seguridad, también se expande y trasciende las fronteras del terrorismo, se dirige contra la criminalidad organizada y sigue su curso influyente hacia toda manifestación criminal.

*Debe ser entendido de una vez y para siempre que el sistema de garantías no debe comprometerse de ningún modo con la necesidad de eficiencia en la persecución criminal. El problema de la eficiencia, es para un buen garantista, harina de otro costal (...). Toda pérdida de vigencia del sistema de garantías culmina por dañar el sistema de decisión y debilita el desarrollo de las cadenas argumentales instalando en el propio modelo de imputación y en la escenografía de la validez institucional del juzgamiento la más pura arbitrariedad.*⁵²

Es decir que además de ilegítimo, ese derecho, en principio fundado para la excepción en el marco de la emergencia, va lentamente trocando en regular y ordinario aplicándose analógicamente a otras conductas criminales, seleccionando cada vez más generalmente a sujetos que representan un peligro y por ende enemigos, habilitando entre otras medidas extraordinarias, la posibilidad de la punición de los actos preparatorios hasta llegar al límite de reprochar la mera idea porque existen probabilidades que se concrete en el futuro. Ese concretamente es el caso en nuestro país del delito de confabulación previsto en el art. 29 bis de la Ley N° 23737, el que si no es interpretado en clave constitucional propicia la punición de meras ideas, antes del comienzo de ejecución del designio criminal concertado.

⁵¹ Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal y Control social*. Fundación Universitaria de Jerez, p. 127.

⁵² Rusconi, Maximiliano. *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*. Had- hoc, 2008, p. 72 y 104.

Y es este derecho penal del enemigo que se pretende justificar y legitimar en aras de la eficacia del derecho penal para perseguir los delitos más graves, el que de paso encaja perfectamente frente al reclamo generalizado de mayor seguridad ciudadana y entonces las propuestas legislativas con impronta demagógica y las concretas normas existentes en el derecho positivo argentino vinculadas al derecho penal del enemigo consolidan su marcha expansiva hacia el derecho penal en general.

La diversificación y crecimiento de la criminalidad no es un dato desconocido, no obstante opinamos que ninguna política criminal que vulnere el estado de derecho y el sistema constitucional de derechos y garantías del ciudadano frente al Poder del Estado, puede ser buena y nos parece que la dicotomía mano dura y garantismo, es falsa y aparente y en realidad distrae el análisis de las causas y consecuencias más profundas de la criminalidad, centrando selectivamente la acción del *ius puniendi* en el hombre peligroso que el sistema penal ha escogido hoy, el morocho, pobre y vulnerable según las reglas de Brasilia.

Es decir, aquella discusión, desvía y demora el debate referido a las múltiples causas que provocan la criminalidad, entre ellas la más importante, la exclusión social y el masivo y deliberado consumo de estupefacientes por parte de legiones de desclasados y también y muy especialmente el problema de la criminalidad organizada en torno al terrorismo, el narcotráfico y las mafias transnacionales y sus ramificaciones locales, desde la arista de su funcionalidad al sistema que sostiene el Poder imperante que decide y adopta la política criminal vigente.

Una política humanista integral y un fin de la pena adecuado a esa política

Tras los discursos, puede constatarse muchas veces la inexistencia de seria voluntad política orientada hacia la lucha concreta, real y efectiva contra la criminalidad más lesiva y extensa, esto es, la criminalidad organizada vinculada muchas veces a los políticos, empresarios y banqueros inescrupulosos, es decir la delincuencia que organizada en mafias dedicadas a diferentes rubros actúan como instrumento del poder al que le son funcionales en miras de fortalecer el control social, mantener el statu quo del sistema que gobiernan los sectores poderosos y neutralizar conatos de sublevación.

Sublevación al orden que convalida la obtención de derechos por la fuerza, al sometimiento y explotación del más débil a través de las estructuras econó-

micas imperantes, sublevación a la inequidad y exclusión social que provocan las políticas caracterizadas por la sumisión al poder financiero internacional, por la inequitativa distribución de la riqueza y por las políticas tributarias regresivas. Finalmente sublevación al silenciamiento de legiones de seres humanos a través de la droga, para truncar de cuajo la natural fuerza transformadora del sector más vital de la sociedad y sublevación también a las mafias organizadas que engordan al amparo del poder: tráfico de armas y de personas, barras bravas, prostitución, narcotráfico, juego clandestino, lavado de activos etc.

Es decir hablamos de sublevación al status quo imperante, y desde esta perspectiva es que nos parece que detrás de la política de mano dura del derecho penal del enemigo, se esconde un interés inconfesable que se identifica con el sostenimiento a ultranza del poder del sistema imperante, y la persecución de todo sujeto peligroso que controvierta el alma del sistema, es decir la excluyente matriz económica del mismo, pero nunca atacar con decisión la criminalidad organizada y mucho menos implementar políticas para derruir la usina de criminalidad ordinaria, es decir la injusticia y la exclusión social.

Para justificar la persecución del hombre peligroso seleccionado por el poder, es decir para legitimar ese disciplinamiento social, hace falta una excusa incuestionable que todos abracen, incluidos los perjudicados, gracias a la decidida política de los medios masivos de comunicación y los voceros políticos, es decir la seguridad ciudadana, aunque todo lo que hace y propone el sistema no es realizado en función de la seguridad del ciudadano, sino del sistema que de alguno modo debe garantizar el silenciamiento de los perturbadores, a través de la desaparición, el exterminio, el genocidio social por goteo y el encarcelamiento.

La inseguridad ciudadana, no la del sistema, se instala mediáticamente, crece al amparo de un acorralamiento social existente real y concreto provocado a través del funcionamiento de un sistema que excluye socialmente, que niega los más elementales derechos humanos vinculados al trabajo formal, la educación, la salud, la vivienda digna y los servicios básicos, que tritura el cerebro de los jóvenes excluidos a través de la droga y que colocándolos contra la pared provoca la iniciación en la carrera criminal de los que no tienen destino, han perdido la esperanza y nada tienen que perder.

Ese y no otro es el círculo vicioso que alimenta las usinas de criminalidad y el reclamo de mano dura, mediante la criminología mediática y el discurso vindicativo, enancado en el dolor de las víctimas que naturalmente exigen justicia y castigo ejemplar. Ese discurso es el que instala una guerra sin cuartel y sin garantías

contra la inseguridad que produce esa criminalidad, la necesidad de encarar una lucha que aniquile con eficacia la delincuencia partiendo de que para ello deben morigerarse los derechos y garantías que establece el Estado de Derecho.

Frente a esa cruel y fatídica realidad señalamos con énfasis que no es la política criminal de mano dura, el adelantamiento de la punibilidad, el agravamiento de las penas, ni la tortura, ni la pena de muerte, ni la reducción de la edad de punibilidad lo que aquietara los espíritus de los convulsionados tiempos que vivimos, porque no se construye la paz perpetua con la que soñaba Kant, sobre la injusticia que provoca la exclusión social y la conculcación de derechos humanos y garantías constitucionales, como tampoco fue eterna la Pax Romana.

Ya lo hemos dicho y lo repetiremos asumiendo costos, el fin no puede justificar los medios, esa doctrina ha llevado al mundo a los crimines de lesa humanidad más horrendos de la historia universal, porque todo menoscabo al sistema de garantías, aunque se invoque como excepción en casos extraordinarios como puede ser el terrorismo, culmina siempre con la discrecionalidad e impunidad de quien ejerce el poder.

En las antípodas de la lógica de la criminología mediática argentina, no es por el camino de la expansión del poder punitivo y del derecho penal del enemigo, que vamos a garantizar la reducción de la criminalidad y por ende alcanzar la seguridad ciudadana, sino a partir de activas, fuertes y decididas políticas de Estado en múltiples sentidos.

La política criminal en todo caso debe centrarse en la persecución seria de la criminalidad organizada muchas veces apañada por el mismo poder o por factores de poder vinculados al Estado, en la persecución de la corrupción pública que distrae recursos que debieran ser destinados a una mayor equidad social, en los banqueros y empresarios inescrupulosos que actúan al margen de la ley cooptando al propio Estado en beneficio propio y en perjuicio del interés general, distorsionando las condiciones del mercado y la economía en perjuicio de los derechos de toda la sociedad. Políticas públicas dirigidas de manera fuerte y concreta hacia la prevención del delito, paralelamente a otras decisiones políticas enérgicas vinculadas sobre todo a la educación y la salud que contribuyan decididamente a la inclusión y la justicia social, para desactivar las usinas determinantes de la criminalidad.

Finalmente podemos señalar sin agotar las posibilidades, que hace falta también la concreción de políticas públicas enérgicas destinadas a levantar una valla potente por medio de fuerzas de seguridad operativas en las fronteras de

la nación para que dejen de ser francamente permeables al ingreso masivo de estupefacientes, esos que traen consigo la destrucción de las personas, la familia y la comunidad, porque la criminalidad como consecuencia de la droga dependencia implica la pulverización de todo plan de vida respecto de un sujeto jugado que enfermo y sin esperanza nada tiene por perder en miras a obtener el objeto excluyente de su obnubilación destructiva.

Todo ello debe ser acompañado de una profunda reforma del sistema penitenciario nacional, en miras a terminar con la actual escuela delictiva donde sobrevive el más fuerte, tras el objetivo de cumplir con la manda constitucional que claramente señala que: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”.

Este precepto que desecha el fin vindicativo de la pena se complementa con la finalidad activa de reforma y readaptación social del condenado que impone el art. 5° inc. 6 del Pacto de San José de Costa Rica y que receptaba expresamente con similar sentido el art. 29 de la Constitución Nacional de 1949. Ese categórico fin de la pena ya de por sí rechaza el Derecho penal del enemigo que se dirige a sujetos peligrosos y persistentes considerados irrecuperables.

Aun que más adecuado nos parece hablar de educación social a través de la dignificación ya que el medio social en el que viven la mayoría de los hombres y mujeres que delinquen, justamente señala que frente al acorralamiento socio económico al que fueron sometidos por generaciones, han de abrirse paso como puedan en el mundo de exclusión, injusticia y violencia en el que nacen, viven y mueren, justamente allí donde el entramado familiar y social no existe. ¿Porque en ese destino de miseria e indignidad en el que crecieron, donde han vivido un círculo vicioso y repetido de frustraciones familiares, que readaptación social podemos proponernos?

Lo que sí podemos hacer es generar con políticas activas de Estado, un marco adecuado para la integral realización del hombre, lo que implica una enseñanza y educación jerarquizada que inculque el camino hacia la vida digna que los marginados no conocen, otorgándoles herramientas culturales e intelectuales para que puedan trazar un plan de vida con objetivos materiales pero sobre todo espirituales, instruyéndolos en el hábito disciplinado de la búsqueda de la virtud y también de una actividad que los dignifique, un oficio, una profesión un empleo cualquiera sea, que los autorice a llevar el sustento digno a sus familias y de ese modo crecer y elevarse como personas de bien, respetuosos de una comunidad que los respete y reconozca, no como enemigos, sino como ciudadanos titulares de derechos humanos.

*Así como el hombre, llegado a su pleno desarrollo, es el mejor de los animales, así también, apartado de la ley y de la justicia, es el peor de todos. Porque la más atroz es la injusticia apoyada en las armas; y el hombre, por su parte, está dotado de armas naturales para ejercer sabiduría y virtud, armas que es posible emplear con fines del todo opuestos. Por eso, sin virtud el hombre es el ser más impío y más salvaje.*⁵³

Pues bien, si consideramos este pensamiento del sabio Aristóteles e interpretamos la palabra “armas” como todas las capacidades humanas, debemos concluir que es necesaria la educación en todos sus niveles, pero ello no alcanza para que el hombre recupere un espíritu laborioso y altruista, de manera que además de una enseñanza convencional garantizada, el hombre debe ser incentivado para regresar animosamente a la cultura del trabajo y al ejercicio de la sabiduría y la virtud, esos son los únicos instrumentos que permitirán la construcción de una comunidad organizada justa porque como también dijo el maestro estagirita “La virtud de la justicia, por su parte, es algo propio de la ciudad, pues la justicia es la ordenadora disposición de la comunidad política y la virtud de la justicia consiste en discernir lo que es justo”⁵⁴ y para ello el hombre bueno y culto ha de ejercer la prudencia y la justicia, la templanza y fortaleza, pero además la ecuanimidad, la sensatez y la razonabilidad bajo el imperio de la ley justa.

Porque como también ha dicho otro gran pensador de la antigüedad:

*Si la virtud, que tiene por objeto la unión y conservación de los hombres, no influye en el conocimiento de las cosas, éste queda árido y sin provecho; y lo mismo la grandeza de ánimo, si no es su primer móvil la unión y sociedad humana, degenera en barbarie y ferocidad.*⁵⁵

Dicho esto nos parece oportuno traer aquí un pensamiento que debiera estar en nuestro presente y futuro, y es ese que emana del informe sobre el

⁵³ Aristóteles, “Política”, Libro I, Capítulo II, notas 30 y 35.

⁵⁴ Aristóteles, “Política”, Libro I, Capítulo II, nota 35.

⁵⁵ Ciceron, “Los oficios”, Capítulo XLIV sobre “El estudio ha de tener por fin el bien de la sociedad”.

despacho de la mayoría de la comisión revisora de la reforma constitucional de 1949 en el debate general del 8 de marzo de ese año, donde Arturo E. Sampay, desde la antropología filosófica cristiana, ubicada en las antípodas de la doctrina de la peligrosidad emergente de la concepción totalitaria del derecho penal soviético o nacional-socialista alemán, exponía:

*las cárceles deben propender a la reeducación de los penados y con ello se considera al delincuente como un hombre de formación moral deficiente; el derecho penal retorna, así, salvando arduamente los escollos del positivismo, el cauce donde encuentra su razón de ser, esto es, en la libertad y en la responsabilidad humana.*⁵⁶

Si abrevamos en esta conclusión, la realización integral del hombre en cuerpo y alma a través del pleno goce de todos los bienes que ofrece la civilización en el marco de su formación adecuada a través del ejercicio de la virtud imbricada con la sabiduría y por otro lado la libertad y la responsabilidad humana como fundamento del derecho penal, antes habremos de acordar que es el Estado en primer lugar, lejos de la funcionalidad a las corporaciones que lo cooptan, quien tiene el deber y la responsabilidad de otorgar mínimas herramientas y condiciones vitales a los ciudadanos todos para que forjen con esfuerzo disciplinado propio un destino virtuoso sin exclusiones, para luego si, exigir e imputar responsabilidad, no solo penal, también social, económica y política.

La mejor forma de reducir la criminalidad de manera contundente y proveer a la seguridad ciudadana, es instaurar la comunidad organizada con justicia social. Si el Estado propende a esa elevada organización basada en la cooperación y la solidaridad entonces alcanza legitimidad para imponer penas a aquellas personas que aun frente a la concordia, paz y justicia social, toman la decisión de delinquir.

De manera que será toda esta reforma aquí escuetamente enunciada, la que encarada integralmente con voluntad política y recursos, inexorablemente nos conduzca más tarde o más temprano al camino de la paz social, aunque las tensiones lógicas entre los distintos sectores dinámicos de la sociedad siempre existirán en algún mínimo grado.

⁵⁶ Sampay, Arturo E., "Las constituciones de la Argentina (1810-1972)" Eudeba, 1975, p. 506 y 507.

Esa paz social no ha de alcanzarse a través del derecho penal del enemigo, porque la violencia engendra violencia. Aquel bien supremo se construirá a través de una comunidad que retome el camino de la virtud, y a partir de allí, florecerán dirigentes nobles y elevados, que templados en la forja de la lucha por la más elevada de las justicias, es decir la justicia social y por la liberación de las culturas foráneas que quieren imponerse por la fuerza, restauren el orden, la ley, las instituciones y las organizaciones libres del Pueblo y sobre todo la democracia sustantiva y la política del bien común que conlleva el pleno goce de los derechos humanos por todos los miembros de la comunidad.

Pero debe considerarse que los hombres respetaran la autoridad de la ley, cuando esta sea justa y se dirija a los ciudadanos considerándolos iguales frente a su faz:

solo la ley es la que dirige y tiene autoridad, pero la ley que es expresión de la sapiencia y manifestación del pensamiento sapiencial (...). Es propio del hombre vulgar dedicar su empeño al dinero y no para adquirir lo que es noble. (...) no podemos designar ninguna tarea mejor del pensamiento o de la parte que piensa del alma, que el logro de la verdad. (...) El legislador tiene que tener en cuenta ciertos puntos de referencia, tomados de la naturaleza misma y de la verdad, con relación a los cuales ha de juzgar lo que es justo, lo que es bueno y lo que es conveniente (...) y así la mejor ley es la que es más conforme a la naturaleza de las cosas (...) si uno legisla los asuntos de una ciudad imitando la administración realizada por otros hombres o por otra constitución existente no es un buen legislador ni un hombre de valor.⁵⁷

Por todo esto pensamos que sin menospreciar a nadie, debemos ser originales y auténticos en nuestro sistema de valores, considerando que aquel mundo de utopía aparente, digo el de la comunidad organizada que restaure la justicia social, integrada por hombres sabios y virtuosos, puede construirse, aunque no será posible si no se propende a solucionar el problema de fondo de la humanidad que es el problema de la Nación Argentina, ese que consiste en que lo importante no es el mercado, los bancos y la maximización de las ganancias, sino que el norte de la política y el desvelo tuitivo del Estado debe estar centrado en el hombre y su realización integral, cuerpo, mente y espíritu.

⁵⁷ Buela, Alberto, del prólogo de la segunda edición de su traducción al castellano del *Protréptico* de Aristóteles.

La comprensión de ese problema implica abandonar el materialismo individualista y desandar el camino de la guerra, la supervivencia del más fuerte, abolir la explotación, desterrar la injusticia social, proponiéndose la alternativa de construir una comunidad justa y equitativa, donde la concordia y los lazos de cooperación y solidaridad, tornen su desarrollo organizado, compatible con el pleno goce de los derechos humanos que la comunidad internacional solo declama.

Ese será el escenario que disminuirá la delincuencia a niveles ínfimos en un marco adecuado de justicia y concordia social. Esos valores son los que aquietarán las fuertes perturbaciones que lógicamente en una sociedad injusta e individualista, generan los sectores menos favorecidos que pugnan por alcanzar la vida digna. Por eso decimos que aquel será el escenario propicio, para que a través de activas y decididas políticas de prevención y educación, se alcance el bien preciado de la seguridad ciudadana, consecuencia segura de un inexcusable presupuesto, la justicia social, teniendo en cuenta que la gigante dimensión de esos fines, no ha de justificar el menoscabo al Estado de Derecho, porque ese es el precio que toda la ciudadanía por igual y sin distinguos, no está dispuesta a pagar.

Conclusión

Jakobs, mentor del *derecho penal del enemigo*, ha aclarado que su concepto es meramente descriptivo de una realidad constatada en un mundo cada vez más peligroso, pero debo señalar que en sus conferencias ha puesto empeño en dar fundamento teórico al concepto que aquí nos ocupa, y a nosotros nos parece que se vislumbra un claro argumento de legitimación. De cualquier manera ese punto no es importante, lo trascendente y necesario es advertir y poner en evidencia, los serios peligros que encierra este derecho penal que desde mi punto de vista resulta funcional a las potencias hegemónicas del hemisferio norte, allí donde se ha elaborado, y a los gobiernos del sur, celadores de los intereses de aquellos, que bajo la excusa de bregar por un planeta más seguro, exacerbaban y expanden la vigilancia y la punición estatal de manera inusitada, quizás con el objetivo de silenciar a los perturbadores del sistema imperante pero también controlar y disciplinar a toda la población en general mediante un panóptico estatal que pretende conocer el pensamiento de los ciudadanos para que el *ius puniendi* reprima según sus propios criterios de selectividad, antes de la exteriorización de conducta humana.

En ese sentido creo oportuno resaltar que la instalación de miedo e inseguridad del mundo paranoico construido en parte por los medios masivos de comunicación, es el que pretende dar fundamentos y justificación al “mundo vigilado”⁵⁸ de hoy por medio del cual a través de un sistema cada vez más extendido y tecnológicamente sofisticado (video vigilancia, ficheros, huellas genéticas, escuchas telefónicas, chips, ingreso solapado a toda conexión por internet), que pone en evidencia un sistema político donde se incrementan a niveles incompatibles con la constitución nacional y el Estado social y democrático de Derecho, múltiples y diversas técnicas de intrusión en la vida privada de los individuos bajo la excusa de que ese control social es en beneficio de la seguridad ciudadana para prevenir las conductas disvaliosas del hombre peligroso de hoy antes de que ocurran.

Ese Panóptico construido a escala mundial, identificado con el modelo de organización del presidio pensado por Jeremy Bentham,⁵⁹ tiende a mantener bajo inspección, vigilancia y control a todos los seres humanos del planeta para que cumplan, sin interferencias, disciplinadamente con su rol específico en la cadena del sistema economicista que vivimos, bajo la excusa de cruzada contra la criminalidad mundial incorregible: el nuevo hombre delincuente.

El contenido del derecho penal del enemigo, señala sin ambages que le asiste razón a Jakobs, al rotularse simple mensajero de una noticia desagradable frente a un mundo cada vez más peligroso, describiendo objetivamente un fenómeno concreto que lo excede, porque, en primer lugar, ciertamente la originalidad del contenido ideológico de esa propuesta lo precede históricamente y en segundo lugar porque ese mensaje, es receptado por la sociedad representada por el legislador actual, y es este que copia, no el mensajero que impone, quien revela la voluntad político criminal de instaurar una transición desde la política de prevención, a la lucha contra la criminalidad organizada que dice combatir y el que pone en evidencia un desplazamiento desde el derecho penal de acto al de autor, tomando institutos y preceptos propios del derecho penal del enemigo para aplicarlos en todo el derecho comparado en general, a partir del concepto de peligrosidad.

Con ello se advierte que el sistema de ese derecho penal de emergencia y sus diferentes criterios de imputación, se propaga en el mundo entero e

⁵⁸ Matterlant, Armand, *Un mundo vigilado*, Barcelona, 2009.

⁵⁹ Jeremy Bentham “Panopticon”, 1791.

inquietamente pregona un cambio de paradigma patente en los nuevos —¿o viejos?— criterios para imputar hechos ilícitos y la morigeración de elementales garantías que hacen al debido proceso, ese fenómeno nos parece más inquietante que el mismo hombre rebelde-enemigo que se dice combatir, porque la vuelta al concepto de peligrosidad lleva ínsita la idea del hombre delincuente (*l'uomo delinquente*) de la Escuela criminológica positivista italiana⁶⁰ y la pretensión de orientar selectivamente el ius puniendi hacia determinadas razas con determinadas características antropomorfas o grupos sociales específicos con características socio-culturales propias relacionadas esencialmente con la explotación, la injusticia y la exclusión social.

Finalmente cabe decir que las invasiones militares, la tortura para la confesión de Talibanes cautivos en Guantánamo, las vejaciones y las ejecuciones públicas de líderes opositores y seguidores sin debido proceso señalados a discreción por el País que soportó el atentado del 11 de septiembre de 2001 y sus aliados en Europa y medio oriente, las hemos dejado al margen de esta investigación porque ellas son adoptadas con total impunidad fuera del derecho penal, cualquiera sea su rotulo y en el marco de la beligerancia que provoca la apropiación violenta de territorios y recursos naturales no propios.

Quizás las potencias que marcan el paso en el mundo, en lugar de mano dura o exterminio de los que consideran enemigos y perturbadores del sistema que dominan, alguna vez puedan plantearse el desafío dignificante de la especie humana de dar el ejemplo al resto de naciones más débiles, distribuyendo equitativamente la riqueza, instaurando la justicia y relacionándose con los ciudadanos que integran los pueblos del mundo a través de la cooperación y la solidaridad antes que por vía de la dominación, la guerra y la supervivencia de la raza más fuerte.

A los hombres de derecho, sin perjuicio de que como tales expresamos una determinada ideología y en consonancia con el imperativo ético y político que nos guie debemos tomar posición frente al debate aquí planteado, nos corresponde la enorme responsabilidad de examinar desde nuestro sistema constitucional, la dogmática penal, y el ordenamiento ritual, cada uno de los preceptos del derecho penal del enemigo, para admitirlos o desecharlos según el caso, desde la vigencia incólume de todos los derechos y garantías que emergen del Estado social y democrático de Derecho.

⁶⁰ Lombroso, Ferri y Garófalo.