

PROF. FRANCISCO FERREIRA DE ABREU. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. 151-158.
REVISTA CENIPEC. 27. 2008. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. FRANCISCO FERREIRA DE ABREU

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Por Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá
Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2005. Pp. 106.

Prof. FRANCISCO FERREIRA DE ABREU
Universidad de Los Andes
Mérida - Venezuela
franciscof@ula.ve

La presente recensión se realiza sobre un libro que recoge dos trabajos acerca del Derecho Penal del Enemigo. El primero –Günther Jakobs: *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*-, y el segundo –Manuel Cancio Meliá *¿«Derecho penal» del enemigo?* Así las cosas, el libro consta de dos partes, además de un prólogo compartido entre los autores, que discurre entre la posición de quien advierte que un pacifismo tan puro hace parte de un mundo de fantasía no así del real, al que pertenece el Estado de Derecho que oculta feos costes como el denominado Derecho penal del enemigo –*Jakobs*- y la de quien demanda una postura que trascienda la mera descripción o constatación de lo existente en la idea de evitar la legitimación de las medidas excepcionales del «*Derecho penal*» del enemigo, al amparo del Derecho Penal constitucionalmente entendido –*Cancio Meliá*.

El profesor Jakobs divide su tesis en una introducción, cinco capítulos y un resumen a modo de conclusión. Comienza por señalar que las denominaciones Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo no pueden desligarse en tanto que son dos maneras de entender el Derecho penal, sólo que uno dirige la prevención hacia personas y el otro a sujetos peligrosos. Por ello sostiene que así como los enemigos pueden ser tratados como ciudadanos, éstos también pueden ser objeto de medidas de aseguramiento como ocurre con los enemigos. Según el autor, el Derecho penal del enemigo no pretende ser peyorativo sino que hace referencia a una pacificación insuficiente de quien se ha apartado del derecho. En este sentido, da inicio a su argumentación desde la teoría de la pena en tanto que simbólica o comunicativa. Con la pena se niega el hecho de la persona que al delinquir cuestiona la vigencia de la norma, pero también se asegura a la sociedad en orden a que la privación de libertad impide que se cometan delitos fuera del centro de reclusión. Por tanto, la pena en tanto que aseguramiento, no contradice ni comunica sino que previene peligros futuros. De allí que distinga entre un Derecho penal que se dirige a negar el hecho de las personas y otro que se vale de la privación

de libertad como custodia de seguridad. De seguidas, apelando a filósofos de la modernidad, asegura que la expresión Derecho hace referencia a un vínculo entre personas que tienen derechos y deberes, de tal suerte que el enemigo, al haberse apartado del derecho y amenazar continuamente a quienes tienen el derecho de contar con el aseguramiento de sus expectativas, ya no puede ser tratado como una persona competente sino como un individuo peligroso.

Por tal razón sostiene que el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho, pero en tanto custodia de seguridad necesaria para la conjura de los peligros que dimanan del enemigo. Peligros que la pena comunicacional y simbólica no puede prevenir, puesto que la vigencia de la norma no puede ser mantenida con la pura pena, sino que ello precisa de una persona que ofrezca un mínimo de *seguridad cognitiva*. Es que además de la pena, también se precisa de una persona de quien pueda esperarse un mínimo de correspondencia con la configuración social. En palabras del autor, al igual que la norma, la personalidad del autor de un hecho delictivo, tampoco puede mantenerse de modo puramente contrafáctico, es decir, mediante la pena.

Para Jakobs, los terroristas del 11 de septiembre de 2001, al rechazar la legitimidad del orden establecido y pretender su destrucción no pueden participar de los beneficios del concepto de persona, aunado al hecho de que la necesidad impone que el Estado intervenga desde el mismo momento de la creación de la organización terrorista o de su adscripción a ella. Como afirma, la necesidad de asegurar a la sociedad frente a los riesgos del terrorista con el uso del Derecho penal del enemigo, se emparenta con la prisión preventiva durante el proceso penal; desde la perspectiva comunicacional y simbólica no significan nada sino la pura coacción o custodia de seguridad. Por tanto, el Derecho penal necesariamente debe reaccionar con la pena o con la coacción.

De allí que en el capítulo *Descomposición: ¿ciudadanos como enemigos?*, señale que el Estado puede proceder con la pena frente a ciudadanos que por haber delinquido han cometido un error, con la coacción frente a los enemigos a los fines de evitar la destrucción del ordenamiento jurídico; en otras palabras, para prevenir la erosión de la norma.

En este contexto el concepto de persona, al tener como referencia la fidelidad al derecho y la garantía de expectativas que deben cumplirse para asegurar el mínimo de orientación, aún cuando puede mantenerse de manera contrafáctica mediante la pena, también depende del comportamiento personal. Por ello, quien abandona el mundo del derecho, adscribiéndose a una organización terrorista o de criminalidad organizada, al no ofrecer garantía en cuanto a las expectativas normativas, ya no puede ser tratado como persona sino como una fuente de peligro. La pena pierde sentido frente al enemigo. Sobre la base de esta afirmación, Jakobs señala que resulta incorrecto demonizar lo que se denomina como Derecho penal del enemigo, pues tal postura además de no resolver nada en cuanto al tratamiento de tales individuos, vulnera el derecho a la seguridad de las personas. En efecto, de los enemigos ya no puede esperarse ninguna garantía de expectativas normativas. Por tanto, en lugar de reaccionar con la pena para afirmar la vigencia de la norma se recurre a la coacción. Como pone de relieve en el siguiente capítulo *Personalización contrafáctica: enemigos como personas*, ya no se trata de asegurar la vigencia de la norma o de un orden previamente establecido, sino de intervenir en el estado de naturaleza de los individuos que han abandonado el mundo del derecho de forma duradera.

En el resumen, donde expone parte de sus conclusiones, el profesor Jakobs vuelve al comienzo de su exposición para reafirmar que al ser el Derecho penal del enemigo una de las formas en que se manifiesta el Derecho penal, la distinción con respecto al Derecho penal del ciudadano se torna ineludible. Bien desde la perspectiva de la teoría de la pena, como de las necesidades propias del Estado de Derecho. Para él, la diferenciación teórica entre un derecho penal que utiliza la pena para contradecir el hecho de la persona que ha delinuido y otro que combate peligros del individuo que delinque por principio, resulta funcional en la idea de evitar la contaminación del Derecho penal del ciudadano con el Derecho penal del enemigo.

Por su parte, el profesor Cancio Meliá, divide su exposición en una introducción y dos capítulos. Al igual que Jakobs sostiene que el derecho penal del enemigo hace parte del derecho penal real, a lo que añade que el mismo es útil para describir la tendencia de los ordenamientos jurídico-penales, caracterizados

por la creación de nuevas figuras penales y el incremento de las penas. Se trata por tanto, de un supuesto de criminalización del estadio previo a la lesión de los bienes jurídicos¹, además de encuadrar en el concepto de la expansión del Derecho penal². También añade, que el estado actual de la legislación penal se resume en el derecho penal simbólico y el resurgir del punitivismo, considerados como la estirpe del derecho penal del enemigo. Sin embargo, advierte que el Derecho penal del enemigo hace parte del derecho penal positivo de manera nominal, dado que el Derecho penal del enemigo es una contradicción en los términos.

Al hablar del derecho penal simbólico, destaca su importancia para comprender el fenómeno de la expansión del derecho penal y el concepto del derecho penal del enemigo. También destaca la necesidad de revisar el discurso del derecho penal simbólico, en tanto que dicho calificativo, aunado a que constituye la esencia del Derecho penal, de igual forma se utiliza para criticar a un legislador penal que pretende mostrarse preocupado ante la criminalidad. No obstante, advierte que no debemos engañarnos acerca de lo simbólico, dado que las reformas penales con la subsiguiente creación de nuevas figuras delictivas y el incremento de las penas, tienen aplicación real en lo que ha denominado como el resurgir del punitivismo, en el que todos los actores políticos procuran ser más “progresistas”. Por lo demás, este clima punitivista también comunica desde una perspectiva política que Cancio Meliá identifica con el populismo punitivo. En este orden de ideas, afirma que el Derecho penal simbólico y el resurgir punitivista resultan interdependientes en la construcción de los sujetos a quienes se dirige la tendencia neocriminalizadora: los enemigos. Por consiguiente, tanto el uno como el otro, resultan funcionales en la configuración de una identidad social que además de darle materialidad al concepto del Derecho penal del enemigo, lo legitiman en armonía con las reformas penales que avanzan hacia la inocuización.

¹ Jakobs, G. (1997). *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. En *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, S.A. Madrid, pp. 293 - 324, traducción de Enrique Peñaranda Ramos del trabajo publicado en 1985: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgustverletzung*, ZStW 97, pp. 751 - 785.

² Sobre el concepto en Silva Sánchez, J. (2006). *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. (Reimp. 2a ed.). Ed. B de F, Buenos Aires.

Establecida la relación entre el derecho penal simbólico y el resurgir del punitivismo, de seguida argumenta que el Derecho penal del enemigo sólo puede concebirse para dar cuenta de un *no-Derecho penal*, al ser incompatible con la función de la pena y conducir a un derecho penal de autor. Por ello, demanda una postura científica más allá de la acertada descripción realizada por Jakobs e inducida por Silva Sánchez con la “tercera velocidad” del Derecho penal³. Así se sustenta la interrogante en torno a su legitimidad desde la prevención general positiva y el principio del hecho, en tanto que la reacción frente al enemigo nada significa, además de afectar el principio de legalidad en lo atinente al mandato de determinación por tratarse de una reacción que se dirige a un sujeto.

En esta valoración del Derecho penal del enemigo *-en tanto que nada significa-*, coinciden Jakobs y Cancio Meliá, sólo que el profesor español asume una visión crítica en virtud de la cual sostiene que el Derecho penal del enemigo es una contradicción en los términos, precisamente porque con él se reconoce una competencia al “enemigo” para cuestionar la vigencia de la norma. Con el Derecho penal del enemigo, afirma, lejos de identificarse al terrorista de ETA como una fuente de peligro a neutralizar, se le reconoce una capacidad para cuestionar la vigencia de la norma y, por ende, para negar la legitimidad del Estado español. Así las cosas, se le otorga una suerte de estatus de beligerancia. Conforme a una valoración desde la prevención general positiva, con el Derecho penal del enemigo se termina por afirmar el mundo que ETA pretende dar por válido, en lugar de negarlo o contradecirlo.

Como refiere el profesor español en respuesta a Jakobs, el Derecho penal del enemigo, además de ser una contradicción en los términos es disfuncional en cuanto al Derecho penal, entre muchas razones, por el hecho de que la cualidad de persona es una atribución que no puede decidirla el “enemigo”, concluyendo que la única manera de negar el delito que comete y hacerle saber que hace parte de una sociedad que dispone de un orden establecido, es mediante la pena en lugar de la coacción o la guerra.

³ En cuanto mal menor y excepcional, el Derecho penal del enemigo resulta justificado en el Derecho penal de la tercera velocidad, Silva Sánchez, J., (2006). *La Expansión...*, cit., pp. 183 -188.

Luego de advertir que el Derecho penal del enemigo resulta políticamente incorrecto, Cancio Meliá se pregunta si hace parte del concepto de Derecho penal. A ello vuelve a responder negativamente, refutando a su vez la postura de los críticos de la construcción dogmática de Jakobs y negando que el Derecho penal del enemigo sea su consecuencia. Sostiene que a pesar de la crítica que se formula a dicha concepción dogmática, en tanto que con ella se desarrolla un normativismo neutro y conservador susceptible de servir a Estados totalitarios, la realidad es demostrativa de todo lo contrario. Para tal fin se vale de una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, en la que se utiliza el concepto de Derecho penal del enemigo del expuesto por el profesor Jakobs, para declarar la inconstitucionalidad de unas normas penales. De allí la conclusión consistente en que toda concepción teórica puede ser utilizada con fines ilegítimos o terminar siendo orientada en tal sentido.

Cancio Meliá, concluye su exposición señalando que el Derecho penal del enemigo contraviene el principio del hecho por ser un derecho penal de autor, lo que desdice de la obra científica de Jakobs a quien corresponde *-según su parecer-* el mérito de llevar dicho principio hasta sus últimas consecuencias, dado que en una dogmática penal funcional lo importante es el hecho.

Finalmente, la lectura de estas líneas, en las que se ha tratado de resaltar los aspectos más relevantes de la disertación entre estos profesores, constituye apenas un bosquejo acerca de un tema controversial y recurrente entre penalistas y criminólogos. Muchas son las razones que invitan a seguir profundizando en este tópico, entre otras, la abierta oposición de Cancio Meliá a la justificación del Derecho penal del enemigo, no tanto desde la perspectiva constitucional de un Estado de Derecho consustanciado con los valores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino desde el terreno de la prevención general positiva. Si se presta atención a la argumentación de Jakobs y la respuesta de Cancio Meliá, podrá advertirse que la discusión se centra en la teoría de la pena que ambos defienden. Mientras el profesor alemán sostiene que el Derecho penal del ciudadano no puede contradecir al enemigo, el profesor español demanda lo contrario para negar los hechos del terrorista, el narcotraficante o del sujeto que comete delitos en el marco de la organización criminal. He aquí el interés que despierta la lectura del libro objeto de la presente recensión.